

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



**¿Estamos ante el nacimiento de un nuevo soporte publicitario? Implicancias prácticas
a partir de las normas de protección al consumidor**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogado

Autor

David Francisco Vásquez Ramos

Revisor

César Augusto Higa Silva

Lima, 2021

RESUMEN

El Sr. Rojas Leo denunció por derecho propio y en representación de la ciudadanía a América Móvil por infracción al deber de idoneidad, en tanto al momento de iniciar una llamada, antes de dar paso al timbrado regular, se escuchaba la locución "prueba la velocidad de la Gigared Claro". En Primera Instancia, se declaró improcedente la denuncia defensa de los derechos de los consumidores; y se admitió a trámite la denuncia por métodos comerciales agresivos y engañosos. En Segunda Instancia, se declaró la nulidad de la Resolución de Primera Instancia, se declaró improcedente la denuncia, pues es un tema que le compete al regulador OSIPTEL, y se señaló que el Sr. Rojas Leo no contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses de los consumidores.

En el presente trabajo se analizará la naturaleza publicitaria de la locución telefónica “prueba la velocidad de la Gigared Claro”, así como se evaluará si esta puede ser considerada como un método comercial agresivo o engañoso; o en su defecto, si puede significar una vulneración al deber de idoneidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Finalmente, se dilucidará si el Sr. Rojas Leo, como persona natural, contaba o no con legitimidad para iniciar una acción procesal defendiendo los intereses difusos y colectivos de los consumidores y/o usuarios.

ÍNDICE ANALÍTICO

1. Introducción	1
2. Justificación de elección de la Resolución	3
3. Identificación de los hechos suscitados.....	4
3.1. Denuncia: argumentos del Sr. Juan Francisco Rojas Leo (en adelante, Sr. Rojas Leo): ..	4
3.2. Primera Instancia: Resolución N° 1760-2019/CC2.....	5
3.3. Apelación a la Resolución N° 1760-2019/CC2.....	5
3.4. Descargos de América Móvil:	6
3.5. Primera Instancia: Resolución N° 780-2020/CC2.....	6
3.6. Apelación a la Resolución N° 780-2020/CC2.....	7
3.7. Absolución de apelación de América Móvil:	8
3.8. Segunda Instancia: Resolución N° 2463-2020/SPC-INDECOPI.....	9
4. Identificación y desarrollo de los problemas jurídicos.....	9
4.1. Cuestión preliminar: Naturaleza de la locución denunciada: ¿la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro" califica como un anuncio publicitario?.....	9
4.2. Primer problema jurídico: ¿Se realizó un indebido encauzamiento de la pretensión del Sr. Rojas Leo por parte de la autoridad?.....	15
4.2.1. Marco jurídico del deber de encauzamiento y aplicación del principio de congruencia por parte de la Administración.....	15
4.2.2. ¿El hecho denunciado se encontraba tipificado como una vulneración al deber de idoneidad o como un método comercial agresivo o engañoso?	17
4.3. Segundo problema jurídico: ¿El Sr. Rojas Leo contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses de los consumidores?.....	20
4.3.1. Naturaleza y actuación de las asociaciones de consumidores.....	20
4.3.2. ¿El Sr. Rojas Leo tiene legitimidad para invocar en su denuncia la protección de un interés difuso o colectivo?.....	23
4.4. Tercer problema jurídico: ¿La reproducción de esta locución telefónica puede calificar como un método comercial coercitivo/agresivo o engañoso?.....	29
4.4.1. Marco jurídico de los métodos comerciales abusivos.....	29
4.4.2. Análisis de la locución cuestionada en base a la realización de métodos comerciales agresivos o engañosos por parte de América Móvil.....	34

4.5. Cuarto problema jurídico: ¿La reproducción de la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro" durante una llamada telefónica puede calificar como una vulneración al deber de idoneidad?	40
4.5.1. Marco jurídico del deber de idoneidad.....	40
4.5.2. Deber de idoneidad en servicios de telecomunicaciones	44
4.5.3. Al tomar en consideración que se trata del servicio público esencial de telecomunicaciones, ¿la locución puede afectar la idoneidad en la prestación del servicio?. 48	
4.5.4. ¿Las normas sectoriales de telecomunicaciones permiten este tipo de locución telefónica durante una llamada?	51
4.5.5. ¿OSIPTEL tiene la competencia para resolver este tipo de controversias?	55
5. Conclusiones	58
6. Bibliografía.....	61



1. Introducción

El presente informe jurídico tiene como finalidad realizar un análisis integral de la Resolución N° 2463-2020/SPC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, la cual versa sobre la denuncia realizada por el Sr. Juan Francisco Rojas Leo contra América Móvil Perú S.A.C., por la presunta infracción al deber de idoneidad en la prestación de servicios de telecomunicaciones, pues al momento de iniciar una llamada se podía escuchar la locución “prueba la velocidad de la Gigared Claro”. La Comisión de Protección al Consumidor N° 2 admite a trámite la denuncia por la supuesta realización de métodos comerciales agresivos o engañosos.

La resolución comentada es bastante reciente, por lo que plantea un interesante desafío debido a que el avance y desarrollo de los sistemas de telecomunicaciones, generalmente, no van a la par de la emisión de normas. Así, se busca explorar los límites de la aplicación normativa en temas concernientes a los avances tecnológicos de las telecomunicaciones.

Como se deduce, el deber de idoneidad no será lo único que será estudiado a través de la presente investigación, ya que la Resolución, dada su complejidad, ha integrado otras figuras jurídicas que serán analizadas, por lo cual, no me limitaré a hacer una mera revisión de las normas del Código de Protección y de Defensa del Consumidor, sino que incorporaré al análisis otras fuentes normativas de igual relevancia, tales como la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En tal sentido, el análisis tendrá un carácter polifacético y tomará en cuenta diversos aspectos jurídicos que fueron señalados por la Sala Especializada en Protección al Consumidor, así como aquellos que pasaron desapercibidos, pero que considero relevantes para tener una cabal comprensión de los problemas jurídicos suscitados.

La estructura empleada para desarrollar el informe estará, esencialmente, conformada por cinco ejes temáticos, los cuales comprenden una cuestión preliminar y cuatro problemas jurídicos, que están divididos en dos procesales y dos de fondo. Como es pertinente, cada problema jurídico tendrá un apartado en el que se desarrolle el marco jurídico aplicable para la resolución de los problemas, con la finalidad de que estos sean entendidos en plenitud.

En la cuestión preliminar analizaré la naturaleza de la locución “prueba la velocidad de la Gigared Claro”, pues la esencia jurídica será neurálgica para emprender el desarrollo de los problemas jurídicos. ¿Será acaso una frase o sonido neutral con finalidad informativa o será, en su defecto, un anuncio publicitario *per se*? Por ello, la cuestión preliminar es un paso ineludible para entender el desenvolvimiento ulterior de la controversia y el análisis.

Siguiendo un orden cronológico, evaluaré el encauzamiento de la pretensión del Sr. Rojas Leo que realizó la Autoridad de Consumo, ya que no contempló, en primera instancia, lo petitionado por el denunciante. De esta manera se podrá entender si el INDECOPI actuó en línea con el principio de congruencia procesal al momento de la formulación de cargos contra América Móvil.

Posteriormente, analizaré el ejercicio de los derechos colectivos y difusos por parte de consumidores individualmente considerados. Para ello, será importante definir la actuación de las asociaciones de consumidores y cómo su ámbito de actuación se vincula con el ejercicio de los derechos colectivos y difusos, En este punto, comentaré cuál es el criterio e interpretación empleado por el INDECOPI y, de esta forma, se dilucidará si el Sr. Juan Francisco Rojas Leo contaba o no con legitimidad para obrar en nombre de la colectividad.

Seguidamente, realizaré el análisis de los problemas de fondo. Estos tienen una estrecha vinculación con la reproducción de la locución “prueba la velocidad de la Gigared de Claro” que se examinará en la cuestión preliminar.

En principio, se evaluará si la conducta de América Móvil –la emisión de la locución– puede calificar como la ejecución de métodos comerciales agresivos. En dicho apartado, aparte de las normas de protección al consumidor, se tomarán en consideración las disposiciones específicas de las normas de protección de datos personales; y en base a ello, se valorará si ha habido dolo, intimidación o violencia al momento de contratar; o dar el consentimiento para finalidades comerciales.

Como corolario, analizaré si existe un nexo causal entre la reproducción de la locución y la vulneración al deber de idoneidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones por parte de América Móvil. En este apartado, tomaré en cuenta las normas sectoriales y determinaré qué organismo es competente para conocer esta controversia.

Finalmente, expondré las conclusiones a las que he arribado respecto de los problemas jurídicos comentados a lo largo del presente informe. En ellas se plasmarán las respuestas obtenidas en base a un exhaustivo análisis jurídico.

2. Justificación de elección de la Resolución

El análisis de la Resolución N° 2463-2020/SPC-INDECOPI resulta relevante para la sociedad, ya que el tema central del informe aborda un problema no planteado con anterioridad en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional, en tanto no se han suscitado controversias similares al respecto. Siendo ello así, el desarrollo del informe plantea retos jurídicos cautivadores que buscan que exista un despliegue normativo sobre situaciones novedosas y cotidianas, pero que no han merecido la atención de los operadores jurídicos.

En consecuencia, la evaluación realizada supondrá un desafío innovador en el análisis jurídico y su consecuente aplicación práctica respecto de hechos que, hasta el sol de hoy, no han sido evaluadas a la luz del derecho. Empleando figuras tradicionales, como la idoneidad y la realización de métodos comerciales agresivos se analizará la reproducción de una locución que la mayoría de personas ha escuchado al realizar una llamada e ingresar a la red de telecomunicaciones de determinado operador móvil.

Asimismo, el tema central del informe hace que exista un replanteamiento en cuanto a la consideración de los soportes tradicionales para emitir publicidad comercial. ¿Es posible que estemos ante un nuevo medio para que el anunciante difunda su publicidad? ¿La red de telecomunicaciones puede ser un nuevo soporte publicitario? ¿Afecta de alguna manera la prestación del servicio de telecomunicaciones?

Ante el silencio del regulador y del INDECOPI a todas estas interrogantes, el presente análisis se hace valioso, ya que versa sobre de una cuestión jurídica casi inexplorada que puede significar un cambio de paradigma, por lo tanto, puede ser sugestivo evidenciar cuál podría ser una explicación jurídica, y por supuesto lógica, al respecto.

El análisis fresco que pretende descubrir un camino desconocido también toma en cuenta un artículo recientemente modificado, el cual es el inciso e) del artículo 58° del Código de

Protección y Defensa del Consumidor, que pone de relevancia el consentimiento del consumidor y plantea una frontera casi indivisible con la legislación de protección de datos personales.

Sin dejar de lado los temas habituales en la aplicación jurídica del INDECOPI, analizaré la forma en la que se ejercen los derechos difusos y colectivos en materia de consumo en nuestro país y comentaré mi posición que dista sobremedida de lo que se ha venido aplicando a lo largo de estos años.

Por lo expuesto, considero que esta Resolución es copiosa en aspectos jurídicos a analizar y hace una conjunción en temas inexplorados y pretende traer del recuerdo aspectos jurídicos polémicos que, sin ser completamente olvidados, nuestra Autoridad de Consumo ya tomó una posición casi radical.

3. Identificación de los hechos suscitados

3.1. Denuncia: argumentos del Sr. Juan Francisco Rojas Leo (en adelante, Sr. Rojas Leo):

- El Sr. Rojas Leo denunció por derecho propio y en representación de la ciudadanía –en defensa de los derechos de los consumidores– a tres operadoras móviles: América Móvil, Entel y Movistar. Posteriormente, se dispuso la desacumulación del expediente, a fin de que las denuncias se tramitarán de manera separada. La que analizaré a continuación es la que corresponde a América Móvil.
- La denuncia fue realizada en base a la presunta afectación al deber de idoneidad que deben cumplir los proveedores de servicios de telecomunicaciones, en este caso, América Móvil.
- El Sr. Rojas Leo indicó que se afectó este principio al escucharse un aviso publicitario no solicitado e inevitable de una marca o producto (“prueba la velocidad de la gigared Claro”) antes de dar paso a los códigos de comunicación universal. Este aviso publicitario era programado por América Móvil.

- La introducción de los spots publicitarios transgredía el principio de idoneidad, ya que, de esta forma, las operadoras móviles podían captar usuarios de otras compañías rivales usando un medio no consentido por el consumidor.
- Esto ponía en riesgo la conexión universal de un servicio de comunicación pública que requería de urgencia en la conexión.
- La legislación vigente establecía que el consumidor no puede ser obligado a recibir publicidad no solicitada y menos por métodos coercitivos.
- Existía incompatibilidad legal entre el servicio de telefonía móvil que ofertaba América Móvil y el servicio efectivamente prestado, en la medida que el usuario contrataba con ellas para que le otorgaran un adecuado sistema de comunicación de telefonía móvil, y no un medio para que las empresas efectúen publicidad que no era parte del vínculo contractual entre ellas y los usuarios.

3.2. Primera Instancia: Resolución N° 1760-2019/CC2

- Declaró improcedente la denuncia del Sr. Rojas Leo en defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de América Móvil, en tanto carecía de legitimidad para obrar respecto de un interés colectivo o difuso, ya que el Sr. Rojas Leo no constituía una asociación de consumidores.
- Admitió la denuncia del Sr. Rojas Leo en contra de América Móvil por la presunta infracción del artículo 58°.1 literal e), en tanto habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales eran escuchadas al momento de marcar a cualquier número de teléfono móvil de la denunciada, y antes de dar paso al timbrado regular, sin que medie su consentimiento como usuario.

3.3. Apelación a la Resolución N° 1760-2019/CC2

- El Sr. Rojas Leo estableció que nunca alegó tener condición de una asociación de consumidores, sino que invocó el artículo 119° del del TUO de la LPAG que hacía referencia a que “las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o

contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad.” La Comisión descartó sus argumentos con normas de Protección al Consumidor que estaban referidas a las asociaciones de consumidores.

- Señaló que los intereses defendidos eran difusos.

3.4.Descargos de América Móvil:

- La locución denunciada se generaba de manera pasiva, no por accionar de su empresa, ya que quien iniciaba la llamada era el consumidor; por lo que no se configuraba el supuesto imputado del artículo 58°.1 literal e). La operadora móvil, de manera proactiva, no realizaba una llamada o enviaba un mensaje de texto al consumidor, ni tampoco elegía un destinatario determinado de la publicidad.
- Asimismo, no empleaba centros de llamada, sistemas de llamada telefónico ni algún servicio de telemercadeo.
- La locución no llegaba ni a los dos (2) segundos y permitía a los usuarios identificar la red de telefonía móvil con la que se comunicaban; por lo que no calificaba como método agresivo, sino como una mera comunicación publicitaria.
- El denunciante no expresaba una afectación concreta, más aún si alegó que no era necesario presentar medios probatorios.
- Extemporáneamente, el Sr. Rojas Leo solicitó la reformulación de la imputación alegando que lo realmente denunciado era una infracción del deber de idoneidad, más no la aplicación de un método comercial agresivo o engañoso.

3.5.Primer Instancia: Resolución N° 780-2020/CC2

- Declaró improcedente la solicitud formulada por el Sr. Rojas Leo, respecto a que el hecho denunciado se evalúe como una presunta infracción del deber de idoneidad y no como un método comercial agresivo.

- Declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de América Móvil por presunta infracción del artículo 58° literal e) del Código, referida a que el proveedor denunciado habría programado locuciones con mensajes publicitarios.

3.6. Apelación a la Resolución N° 780-2020/CC2

- El Sr. Rojas Leo señaló que formuló los hechos de su denuncia como una infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que la denunciada le prestaba un servicio de telecomunicaciones; siendo que, antes de establecer una llamada –de una operadora a otra– y de dar paso a los códigos de comunicación universal, lo obligaba a escuchar publicidad de la marca o producto.
- El uso de la palabra “coercitivo” no implicaba que haya denunciado un método comercial coercitivo o agresivo, dado que estos estaban relacionados con la venta del producto o servicio; sino que, lo único pretendido fue expresar que se trataba de una práctica respecto de la cual el denunciante no tenía posibilidad alguna de sustraerse, por lo que su voluntad estaba coartada. Para el denunciante, la situación denunciada implicaba un servicio no idóneo.
- Aludió a normas sectoriales de telecomunicaciones, en las que se hace referencia a “anuncios grabados”, los cuales no debían ser equiparados a anuncios publicitarios; ya que las normas sectoriales solo aluden a la información comunicada por el sistema telefónico, por ejemplo, la red empleada.
- El servicio esencial de telefonía móvil se caracteriza por la inmediatez de la conexión, lo cual quiere decir que, ante una llamada en este circuito, el requirente de la conexión debía escuchar los códigos universales y no la publicidad que forzosamente hacían oír las empresas de telecomunicaciones en el Perú. Esto generaba que se pierda tiempo en establecer la conexión.
- En el supuesto extremo de que dicho acto administrativo fuera una autorización para realizar publicidad, debía tenerse presente que este era un acto de menor jerarquía y no podía ir en contra de las normas que regulaban la prestación técnica del servicio.

3.7. Absolución de apelación de América Móvil:

- La denuncia del Sr. Rojas estaba limitada a los supuestos métodos comerciales agresivos a través de llamadas no solicitadas para promover la contratación de productos y servicios; por lo que pretender extender su denuncia a una presunta infracción del deber de idoneidad era extemporáneo e improcedente.
- En caso se evalúe una presunta infracción al principio de idoneidad, la denuncia será improcedente, pues lo cuestionado estaría vinculado al servicio de telecomunicaciones, respecto del cual la competencia exclusiva para dilucidar controversias era del OSIPTEL.
- No era posible interpretar que la locución escuchada por los usuarios antes de que se establezca la llamada hacia el número marcado encajaba dentro del supuesto expresamente previsto en el literal e) del artículo 58°.1 del Código y, por tanto, la autoridad administrativa no podía sancionar la conducta que sustentaba su imputación.
- La locución en cuestión no se originaba como consecuencia de una conducta proactiva de su empresa, sino que se producía como consecuencia de una acción previa del propio usuario que actuaba como sujeto activo.
- La locución ni siquiera correspondía al operador del usuario que efectuaba la llamada, sino al operador de la red de destino que no era necesariamente el mismo operador desde cuya red se originaba la llamada.
- No había dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor, como para ser considerado un método comercial agresivo o engañoso.
- La locución que escuchaban los usuarios al hacer una llamada no llegaba ni a dos (2) segundos de duración y permitía a los usuarios identificar la red de telefonía móvil con la que se estaban comunicando.

3.8. Segunda Instancia: Resolución N° 2463-2020/SPC-INDECOPI

- Declaró la nulidad de las resoluciones de Primera Instancia (Resolución N° 1760-2019/CC2 y Resolución N° 780-2020/CC2) por vulneración al Principio de Congruencia procesal, en tanto la Comisión omitió imputar y pronunciarse sobre el hecho denunciado; esto es, vulneración del deber de idoneidad y no la comisión de métodos comerciales agresivos.
- El hecho denunciado no encuadra en el tipo legal imputado de métodos comerciales agresivos (artículo 58°, literal e), atendiendo a que en estricto no fue el proveedor quien se dirigió al consumidor a fin de promover sus productos o servicios, empleando medios de comunicación no autorizados previamente por el último; sino que la locución era escuchada en el marco de una comunicación que el propio usuario promovía por propia iniciativa.
- Declaró improcedente la denuncia impuesta en contra de América Móvil por la presunta vulneración al deber de idoneidad, en tanto el OSIPTEL es el ente competente para analizar el referido hecho como una presunta infracción del deber de idoneidad del servicio de telefonía móvil.
- Señaló que el Sr. Rojas Leo no contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

4. Identificación y desarrollo de los problemas jurídicos

4.1. Cuestión preliminar: Naturaleza de la locución denunciada: ¿la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro" califica como un anuncio publicitario?

De forma preliminar al análisis de cuestiones procesales y de fondo del presente informe, es necesario exponer algunas consideraciones sobre la naturaleza de la locución que fue materia de la denuncia realizada por el Sr. Rojas Leo. La pertinencia de este inevitable preámbulo se basa en que una locución reproducida al momento de realizar la llamada puede significar dos cosas:

- i) un simple mensaje incómodo que no busca una determinada finalidad, por ejemplo, sonidos que fungen como tonos de espera, sonidos aleatorios musicales, sonidos que pueden llegar a ser estridentes o sonidos que se emiten con una finalidad identificadora de la red de telecomunicaciones; o, en su defecto,
- ii) un mensaje que tiene como finalidad principal la concurrencia en el mercado por parte de la empresa operadora, en este caso, América Móvil.

De acuerdo a lo señalado en los hechos denunciados, la locución comentada era la siguiente: "prueba la velocidad de la gigared Claro". Como se puede apreciar, el mensaje está haciendo una invitación a probar una nueva prestación de la red de América Móvil. En este punto ya se puede descartar la opción i) comentada, pues, evidentemente, no se trata de un mensaje inocuo o algún sonido neutral, como puede ser una canción o melodía en particular que bien puede ser usada como tono de espera. Entonces, la locución cuestionada calza de mejor manera en la opción ii) propuesta, ya que se esta se trataría de publicidad comercial.

El Decreto Legislativo N° 1044 define a la publicidad del siguiente modo:

“a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales¹”.

Esta definición, en primer lugar, establece que la comunicación puede ser difundida a través de cualquier soporte o medio. Sin lugar a dudas, la red de telecomunicaciones es un soporte bastante peculiar, pues no es usual que los anunciantes comunes y corrientes emitan anuncios publicitarios a través de ese medio; sin embargo, en vista de que la publicidad no se limita a determinados soportes, la lista ilimitada de estos hace posible que los anuncios publicitarios puedan reproducirse en cualquier medio existente. Luego de ello, la normativa señala que los anuncios publicitarios promueven directa o indirectamente la imagen, marcas, productos o

¹ Literal d) del artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

servicios de una empresa, promoviendo la contratación, en el marco de una actividad de concurrencia.

Alex Sosa y Gustavo Rodríguez manifiestan que la función más importante de la publicidad comercial es la función persuasiva, “pues independientemente de la forma como se presente, lo que busca un anuncio publicitario es convencer al potencial cliente a comprar o adquirir su producto o servicio²”.

Por su parte, Raúl Solórzano alega que “es evidente que mediante la publicidad un empresario desea fomentar las ventas de sus productos o servicios. Sin embargo, no debemos olvidar que el anunciante también persigue incrementar su prestigio y reputación en el mercado³”. Por lo que será suficiente que la locución persiga que la marca de América Móvil sea más considerable en el mercado, incrementando la reputación de la empresa.

De otro lado, es fundamental indicar que la finalidad concurrencial será una característica clave para evaluar si la locución analizada es o no un mensaje publicitario ya que la publicidad por sí misma es una actividad concurrencial, la cual tiene dos características indispensables: i) es susceptible de generar un efecto en el mercado, ii) mejorando la posición de un agente económico.

Con acierto, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI ha definido la finalidad concurrencial:

“Así pues, un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el agente económico que lo comete procura obtener algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, **esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento comercial de quien que lo realiza**⁴.” (Énfasis agregado).

² SOSA, Alex y RODRÍGUEZ, Gustavo. “*Con Licencia para Anunciar*”. Editorial Themis, Lima, 2014, pp. 3.

³ SOLÓRZANO, Raúl. “*La esponsorización como mecanismo de publicidad comercial*”. En: *Ius Et Veritas* N° 30, pp. 2.

⁴ Definición recogida de la Resolución N° 0041-2019/SDC-INDECOPI del Expediente N° 061-2017/CCD.

En base a lo señalado, es claro que la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro" busca promover la marca de América Móvil en el mercado, así como la contratación de uno de sus servicios que tiene como elemento innovador la nueva velocidad de la red. En tal sentido, es indiscutible que esta locución puede generar un efecto en el mercado, mejorando la posición concurrencial de América Móvil frente a sus competidores, ya que se está tratando de exhibir un nuevo servicio que está ofreciendo y, para ello, busca que los consumidores conozcan más acerca de este o al menos lo tengan en consideración. Está de más analizar el impacto del mensaje publicitario, pues basta que tenga la potencialidad de generar un efecto económico en el mercado y mejorar la posición del agente económico que emite el mensaje para poder sostener que estamos frente a una finalidad concurrencial. Como bien lo señala Gustavo Rodríguez, "la ventaja en términos de mejora de la posición económica no tiene que haberse producido necesariamente. En otros términos, basta con que la ventaja sea potencial para que permita que la conducta desplegada se encuadre dentro del ámbito de aplicación objetivo de la [Ley de la Represión de la Competencia Desleal]⁵".

Cabe destacar que el análisis que debe hacerse de la publicidad es integral y superficial⁶, es decir, sin realizar un análisis exhaustivo y minucioso de la misma; y tomando en cuenta, de manera conjunta, todos los elementos que conforman la campaña publicitaria⁷. Resulta relevante manifestar que la locución estudiada tan solo es una pieza publicitaria que forma parte de una campaña publicitaria en la que se promociona determinado servicio. En otras piezas publicitarias emitidas en soportes diferentes se pueden mostrar características

⁵ RODRÍGUEZ, Gustavo. "FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y LEGALES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CLÁUSULA GENERAL". En: Revista del Indecopi. Volumen 9. Número 17, pp. 6.

⁶ Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-

21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman."

⁷ Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

"Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

e) Campaña publicitaria: a los anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal;

(...)"

adicionales del servicio ofrecido, sin que se pierda de vista la vinculación existente entre las diversas piezas publicitarias que conforman toda la campaña. Así, todas las piezas publicitarias siguen un mismo patrón determinado por el objetivo final de la campaña publicitaria, que, en este caso, busca promocionar un nuevo servicio relacionado a una navegación más dinámica dentro de la red 4.5G de América Móvil. En tal sentido, basta el análisis de esta representación de la campaña publicitaria –la locución cuestionada– para determinar que nos encontramos ante un anuncio publicitario.

Habiendo definido que la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro" se trata de un mensaje publicitario, es pertinente determinar si la misma afecta al principio de autenticidad señalado en el D.L. N° 1044. El mencionado principio sanciona *“la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal”*⁸. Es decir, el principio de autenticidad busca que la naturaleza real de la publicidad sea advertida y que el consumidor reconozca que el mensaje emitido bajo cualquier medio o soporte se trata de un anuncio publicitario. Alex Sosa y Gustavo Rodríguez, sobre el principio de autenticidad publicitaria, señalan que *“el fundamento por el que se considera ilícito el mensaje publicitario que se enmascara o encubre de manera que no lo parezca, es evitar que los destinatarios lo reciban sin adoptar las medidas psicológicas con las que se reciben los anuncios publicitarios”*⁹. En el presente caso el principio de autenticidad no ha sido vulnerado, ya que es indudable la esencia publicitaria de la locución cuestionada, por los motivos que expuse en líneas anteriores.

Ahora bien, cabe la posibilidad que el consumidor confunda esta locución publicitaria con un tono de llamada universal que suelen reproducirse al momento de conectarse con la red de un operador determinado; o con un sonido que tiene una finalidad identificadora de la red de telecomunicaciones. Sin embargo, esto es insuficiente para demostrar la vulneración del principio de autenticidad, ya que el consumidor claramente podrá distinguir que se trata de un mensaje publicitario, pues existe el ofrecimiento de un determinado servicio (*“la gigared de*

⁸ Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

“Artículo 16.- Actos contra el principio de autenticidad.-

16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.

16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.”

⁹ SOSA, Alex y RODRÍGUEZ, Gustavo. *“Con Licencia para Anunciar”*. Editorial Themis, Lima, 2014, pp. 93.

Claro”). Probablemente, si la locución solo hubiese reproducido el nombre de la red –América Móvil o Claro– sí podría haberse tratado de un sonido identificador de la red, pero en el caso concreto la locución tiene un claro afán persuasivo al invitar al usuario y/o abonado a probar las características de la Gigared de Claro 4.5.

De esta forma, considero que el único aspecto que podría discutirse es el medio empleado para emitir este mensaje publicitario, materia que será discutida en un apartado posterior del presente informe, en el que se tomarán en cuenta las normas sectoriales de telecomunicaciones.

Después de haber comentado mi posición respecto de la locución denunciada, pasaré a evaluar si esta trae consigo efectos negativos *per se* para el mercado de telecomunicaciones. Sin perjuicio de que posteriormente analizaré si existe una prohibición expresa en alguna norma sectorial de telecomunicaciones, es preciso manifestar que esta práctica publicitaria es bastante común por parte de las operadoras móviles. Basta recordar que la denuncia materia del presente análisis fue realizada contra los cuatro más grandes operadores móviles que existen actualmente en el mercado. A partir de esto último, propondré algunas ideas e interrogantes para tomar en cuenta:

- i) ¿Se puede decir que estamos frente a un nuevo soporte publicitario de uso regular por parte de los operadores móviles? De manera preliminar, mi respuesta es afirmativa, ya que, en tanto, la legislación de competencia desleal no impone restricciones a los soportes o medios a través de los cuales se emite la publicidad, no hay impedimento para que los anuncios publicitarios se emitan a través de esta vía.
- ii) ¿Afectará de alguna manera negativa al mercado? En tanto los operadores móviles tengan las mismas oportunidades de colocar su publicidad a través de redes de telecomunicaciones, no existirá ningún inconveniente en el mercado. Sin embargo, es fundamental establecer que el impacto de estos anuncios publicitarios en redes de telecomunicaciones no será el mismo por cuanto la cuota de mercado de los operadores de telecomunicaciones no es tampoco la misma. A saber, a mayor participación en el mercado, habrá mayor posibilidad de usuarios o abonados móviles que puedan recibir la publicidad de determinada empresa de telecomunicaciones; por el contrario, a menor participación de mercado, menor será

la posibilidad de los usuarios o abonados reciban la publicidad de determinada empresa de telecomunicaciones. ¿Qué hay de los operadores pequeños o aquellos que recién ingresan al mercado? ¿Puede afectarse la libre competencia del mercado de telecomunicaciones? Las respuestas a estas interrogantes exceden el propósito del presente informe, pero sí considero que es pertinente siquiera haberlas mencionado.

Aspectos procesales:

4.2. Primer problema jurídico: ¿Se realizó un indebido encauzamiento de la pretensión del Sr. Rojas Leo por parte de la autoridad?

4.2.1. Marco jurídico del deber de encauzamiento y aplicación del principio de congruencia por parte de la Administración

El Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO de la LPAG) impone deberes a la Administración, los cuales están “dirigid[o]s a cumplir las atribuciones que le son inherentes¹⁰”. Juan Carlos Morón señala que “si bien [las disposiciones contenidas en el artículo 86° del TUO de la LPAG] no agotan los deberes que la ley les encarga cumplir a las autoridades, es un referente importante porque congrega las principales obligaciones que el legislador considera indispensable para la mejor gerencia de los procedimientos administrativos¹¹”.

En esa misma línea, uno de los deberes de la Administración es “*encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos*¹²”. Juan Carlos Morón lo denomina el “deber de oficialidad”, el cual se fundamenta en el hecho de que “a las autoridades administrativas les

¹⁰ MORON URBINA, Juan Carlos (2019). “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Décima Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 559.

¹¹ Ibidem. Pp. 560.

¹² Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

3. *Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.*”

corresponde impulsar, dirigir y ordenar cualquier procedimiento administrativo sometido a su competencia hasta esclarecer las cuestiones involucradas, aun cuando se trate de procedimientos iniciados por el administrado¹³”. De ahí que la Administración tenga la obligación de subsanar cualquier error u omisión del procedimiento, con el propósito de satisfacer el interés público que atañe la resolución de estos procedimientos administrativos.

Este deber va de la mano con el cumplimiento del principio de congruencia, que está materializado en el artículo 198° del TUO de la LPAG, el cual dispone que “*en los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede*¹⁴.” El principio de congruencia tiene por finalidad principal lograr que la Administración emita una resolución sobre la petición concreta de los administrados, es decir, habiendo acogido todas sus pretensiones, ya sea para declararlas fundadas o desestimarlas. El Tribunal Constitucional estableció que este el principio de congruencia “*forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación de las decisiones judiciales y que garantiza que el juzgador resuelva cada caso concreto sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes*¹⁵”.

Por su parte, Ramón Huapaya¹⁶ establece que uno de los requisitos objetivos de una sentencia es la congruencia, la cual “*consiste en la en la adecuación entre los pronunciamientos judiciales y lo que se pidió al juez, incluida la razón de ser de la petición*”¹⁷. De esta forma, también señala que un vicio de incongruencia es el denominado “*citra petitum*”, el cual “*consiste en que la sentencia deja de juzgar alguna cuestión objeto del proceso (incongruencia ex silentio)*¹⁸”.

¹³ MORON URBINA, Juan Carlos (2019). “*Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*”. Décima Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 561.

¹⁴ Artículo 198° del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 04293-2012-PA/TC (LORETO CONSORCIO REQUENA).

¹⁶ HUAPAYA, Ramón (2019). “*El proceso contencioso-administrativo*”. Fondo Editorial de la PUCP, pp. 64.

¹⁷ Ibidem. Hutchinson citado por Huapaya.

¹⁸ Ibidem.

Lo señalado hasta aquí se condice con lo dispuesto en el artículo 5° del TUO de la LPAG, el cual establece que *“el contenido [del acto administrativo] debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes¹⁹”*. De ello se desprende que, *“un contenido irregular será aquel que es incongruente con las cuestiones planteadas por los administrados. De esto último se deriva la exigencia del deber de congruencia entre lo alegado por las partes y lo resuelto por el juzgador²⁰”*.

En suma, la imputación de cargos es uno de los actos de mayor preponderancia en la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, ya que con este se da inicio al mismo. Tal es su relevancia que será imprescindible que la Autoridad sea sumamente diligente al momento de la formulación de la imputación, debiendo realizarla con claridad y precisión; de lo contrario, se estaría cometiendo una vulneración del principio del debido procedimiento administrativo. De esta manera, y en concordancia con lo dispuesto por el principio de congruencia, la imputación de cargos deberá contener todos los elementos que serán analizados en el procedimiento, lo que, evidentemente, incluye la calificación de las infracciones que los hechos pueden llegar a constituir. En pocas palabras, debe haber un correlato entre lo solicitado o lo planteado por el administrado y lo resuelto por la Administración.

4.2.2. ¿El hecho denunciado se encontraba tipificado como una vulneración al deber de idoneidad o como un método comercial agresivo o engañoso?

A través de la denuncia formulada contra América Móvil, el Sr. Rojas Leo alegó una vulneración al deber de idoneidad, en tanto la locución *“prueba la velocidad de la gigared Claro”* se escuchaba antes de dar paso a los códigos de comunicación universal de una llamada.

¹⁹ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.”

²⁰ Véase la Resolución N° 0134-2018/SPC-INDECOPI del Expediente N° 064-2016/CPC-INDECOPI-LOR.

De esta forma, según lo dispuesto por el Sr. Rojas Leo, se transgredía el principio de idoneidad en la medida que América Móvil pretendía captar usuarios de otras compañías rivales usando un medio no consentido por el usuario del servicio. A su vez, señaló que, según la legislación vigente, el usuario no puede ser obligado a recibir publicidad no solicitada y menos por métodos coercitivos.

De manera insospechada, la Comisión admitió a trámite la denuncia del Sr. Rojas Leo en contra de América Móvil por la presunta infracción del artículo 58°.1, literal e)²¹ del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), ya que, presuntamente, América Móvil habría programado locuciones con mensajes publicitarios, sin que ningún usuario haya brindado su consentimiento para ello.

A través de estas líneas, analizaré la pertinencia y licitud de la imputación realizada por la Comisión, para determinar procesalmente si cabía iniciar un procedimiento por actos contrarios al deber de idoneidad o por prácticas comerciales agresivas o engañosas. Es preciso indicar que los análisis de fondo de ambos supuestos se encuentran, de manera posterior, en los apartados correspondientes del presente informe; por lo que en la presente sección no evaluaré si la conducta de América Móvil puede encauzarse sustantivamente en alguna de las conductas infractoras relacionadas.

En principio, es importante tomar en cuenta la petición concreta del Sr. Rojas Leo, la cual está vinculada con la afectación del deber de idoneidad por parte de América Móvil. Más allá de que la conducta de la denunciada calce o no en el supuesto alegado, el Sr. Rojas Leo, de forma precisa y directa, alegó la vulneración del deber de idoneidad, pues según él había una

²¹ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 58.- Definición y alcances

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

(...)

"e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales." (Énfasis agregado).

(...)

discordancia manifiesta respecto de lo que le habían ofrecido y lo que, efectivamente, recibió en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Sin perjuicio de ello, la Comisión admite a trámite la denuncia, pero no por la falta del deber de idoneidad, sino por la presunta comisión de prácticas comerciales agresivas o engañosas. Las razones que motivaron a la Comisión a realizar esta imputación y no aquella relacionada al deber de idoneidad son desconocidas, pero haciendo una interpretación del texto de la resolución se puede inferir cuál fue el razonamiento que tomó este colegiado.

El Sr. Rojas Leo señaló expresamente que ningún usuario puede ser obligado a recibir publicidad no solicitada y menos por métodos coercitivos. Por más increíble que parezca, la frase “métodos coercitivos” conllevó a que la Comisión dejara de lado la imputación al deber de idoneidad para aplicar únicamente aquella que versa sobre los métodos comerciales agresivos o engañosos. Si bien más adelante comentaré acerca de la naturaleza de estas prácticas comerciales prohibidas para definir si la conducta de América Móvil calza en este supuesto o no, considero que la actuación de la Comisión es cuestionable, en tanto omite pronunciarse sobre el pedido concreto que realiza el Sr. Rojas Leo.

Como señalé en el apartado que le precede a este, la Administración tiene la obligación de encauzar de oficio el procedimiento cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados. No obstante, en el presente caso no se advierte que haya habido algún tipo de error u omisión en la pretensión formulada porque el Sr. Rojas Leo advirtió una falta de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, la cual estaba relacionada con la reproducción de la locución. Probablemente –como el mismo Sr. Rojas Leo lo reconoció posteriormente en su escrito de apelación– emplear la palabra “coercitiva” no fue la decisión más acertada, pues, como se ha visto, puede generar imprecisiones normativas e imputaciones inexactas. Sin embargo, esta palabra no debería ser determinante para dejar de lado la pretensión original del Sr. Rojas Leo, es decir, la afectación al deber de idoneidad.

Además de ello, en el presente caso la Comisión ha vulnerado el principio de congruencia del TUO de la LPAG, pues no emitió una resolución sobre la petición concreta del Sr. Rojas Leo, y rechazó su pretensión original. Se ha producido una clara alteración en la pretensión formulada, ya que no hubo un correlato entre lo solicitado por el denunciante y lo resuelto por la Administración.

Por fortuna, de manera ulterior, la Sala advierte el error cometido por la Comisión y se pronuncia sobre lo solicitado por el Sr. Rojas Leo, es decir, sobre la afectación al deber de idoneidad por parte de América Móvil. A pesar de ello, la mala actuación procesal por parte de la Comisión generó dilaciones injustificadas al procedimiento, causando una vulneración al principio del debido proceso que debe regir en toda actuación administrativa.

4.3.Segundo problema jurídico: ¿El Sr. Rojas Leo contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses de los consumidores?

4.3.1. Naturaleza y actuación de las asociaciones de consumidores

En el contexto socioeconómico en el que nos desenvolvemos, las relaciones de consumo no se dan de manera perfecta, pues la asimetría de información y de recursos entre el proveedor y el consumidor es vasta. Existe muy poco respeto hacia los derechos del consumidor, así como limitaciones para que este vea tutelado sus derechos. Aunado a ello, la falta de conocimiento, de tiempo, de dinero, de representación, de asesoría, crean el escenario propicio para la actuación de las asociaciones de consumidores, las cuales "se presentan como una opción recomendable para contribuir a la progresiva defensa del consumidor y a la eliminación de prácticas abusivas de los proveedores²²".

De igual forma, son innumerables las veces en las que los consumidores tienen serias limitaciones para presentar sus denuncias contra los proveedores, ya que no han recibido una asesoría adecuada para ello. Así, "en estas circunstancias, las asociaciones de consumidores se presentan como una alternativa viable y consistente para que los intereses de los consumidores trasciendan el ámbito del reclamo individual hacia la protección de intereses colectivos y difusos²³".

El Código define a las asociaciones de consumidores como "*organizaciones que se constituyen de conformidad con las normas establecidas para tal efecto en el Código Civil. Su finalidad es*

²² GALVÁN, Gustavo A. "*Las Asociaciones de Consumidores en Lima: Desarrollo y Limitaciones*". En: Pensamiento Crítico. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006. Recuperado de: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9279>, pp. 2.

²³ Ibidem, pp. 5.

*proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios, pudiendo interponer ante las autoridades competentes reclamos y denuncias a nombre de sus asociados y de las personas que hayan otorgado poder a su favor, así como en defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores (...)*²⁴”. De esta forma, las asociaciones de consumidores que están reconocidas por el INDECOPI están legitimadas para formular denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y ante los demás órganos funcionales competentes del INDECOPI, a nombres de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder para tal efecto²⁵.

De acuerdo al artículo 156° del Código, las asociaciones de consumidores tienen participación en las multas administrativas impuestas a los proveedores, hasta en un 50 % de la misma²⁶. Este porcentaje recibido tiene la finalidad de lograr acciones específicas de promoción y defensa de los intereses de los consumidores.

Dentro de las funciones más importantes de las asociaciones de consumidores está la informativa, toda vez que –muchas veces– la información en el mercado es insuficiente o puede tener un costo muy elevado. En tal sentido, "el costo de obtener información sobre la calidad de un producto o servicio que no puede ser asumido de manera individual por ningún consumidor, pese a que es de interés común, sí puede ser cubierto por un ente abstracto que, reuniendo recursos de los consumidores que lo integran y de otras fuentes, cuenta con la

²⁴ Definiciones estipuladas en el Artículo IV de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

²⁵ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 129.- Procedimientos administrativos en defensa colectiva de los consumidores

*Las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el Indecopi están legitimadas para formular denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y ante los demás órganos funcionales competentes del Indecopi, en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores o de los potencialmente afectados.
(...)”*

²⁶ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 156.- Convenios de cooperación institucional

156.1 El Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos pueden celebrar convenios de cooperación institucional con asociaciones de consumidores reconocidas y debidamente inscritas en el registro especial. La firma del convenio de cooperación institucional otorga la posibilidad de que el Indecopi y los organismos reguladores de los servicios públicos puedan disponer que un porcentaje de las multas administrativas impuestas en los procesos promovidos por estas asociaciones de consumidores les sea entregado. En cada caso, dicho porcentaje no puede exceder el cincuenta por ciento (50%) de la multa impuesta y constituye fondos públicos.”

capacidad económica suficiente para realizar los estudios necesarios a efectos de obtener la información requerida²⁷".

Otra de las funciones relevantes es la de representación de los intereses individuales y colectivos de los consumidores ante los órganos administrativos y jurisdiccionales. Moisés Rejanovinschi señala que "las asociaciones de consumidores son los vigilantes de los derechos de los consumidores, y para ello cuentan con la facultad de representarlos no solo a nivel individual sino también en defensa de derechos colectivos o difusos²⁸".

Los derechos colectivos "son los que pertenecen a un número indeterminado, pero determinable de titulares, entre los que existe una relación jurídica base que los vincula, sea entre ellos o con la parte contraria²⁹". De otra parte, los derechos difusos se refieren a un número indeterminado e indeterminable de personas, así como "a la naturaleza indivisible e indisponible del bien jurídico afectado y a la conexión fáctica generada por el daño materia de la pretensión colectiva³⁰". De acuerdo a ello, la diferencia entre ambos tipos de derechos se basa en el vínculo jurídico existente: en los derechos colectivos sí existe tal vínculo, mientras que en los derechos difusos no existe.

La Autoridad de Consumo ha acotado la diferencia tomando en consideración las acciones que pueden promover las asociaciones de consumidores, de acuerdo a lo siguiente: "el interés colectivo, resulta ser las acciones que se promuevan en defensa de los derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados con un proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo, sin que sea necesario

²⁷ GALVÁN, Gustavo A. "Las Asociaciones de Consumidores en Lima: Desarrollo y Limitaciones". En: Pensamiento Crítico. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006. Recuperado en: <https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9279>, pp. 5.

²⁸ REJANOVINSCHI, Moisés. "HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA COMUNIDAD ANDINA". En: Derecho PUCP. Lima, 2017. Recuperado en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110987>, pp. 31.

Ver también el artículo 153.2° del Código de Protección y Defensa del Consumidor:

"Artículo 153.2.- Las asociaciones de consumidores reconocidas por el Indecopi están legitimadas para interponer reclamos y denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor y los demás órganos funcionales competentes del Indecopi a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder para tal efecto, así como en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores."

²⁹ GLAVE, Carlos. "El Proceso Colectivo según el Código de Consumo". En: Revista de Círculo de Derecho Administrativo N° 11, 2012. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565>, pp. 344.

³⁰ Ibidem.

identificarlos individualmente y, por su parte, el interés difuso, implica las acciones que se promuevan en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados³¹”.

El beneficio que trae a la sociedad la participación de las asociaciones de consumidores es invaluable, ya que su actuación impacta positivamente en el mercado. La razón de ello es que “los individuos aislados suelen carecer de incentivos suficientes para promover el inicio de un procedimiento sancionador ante una conducta que podría afectar masivamente el correcto desenvolvimiento del mercado³²”, para lo cual, las asociaciones de consumidores permiten acortar las brechas de recursos y de información existentes entre los consumidores y proveedores en el mercado.

4.3.2. ¿El Sr. Rojas Leo tiene legitimidad para invocar en su denuncia la protección de un interés difuso o colectivo?

Como se desprende de los antecedentes del caso, la Sala confirmó la Resolución N° 1760-2019/CC2, emitida por la Comisión, a través de la cual se declara improcedente la denuncia interpuesta por el Sr. Rojas Leo, en tanto carecía de legitimidad para obrar respecto de un interés colectivo o difuso, ya que no constituía una asociación de consumidores. En su apelación a la Resolución de Primera Instancia, el Sr. Rojas Leo alegó que nunca manifestó tener la condición de una asociación de consumidores, sino que su pretensión estaba enmarcada dentro de los parámetros contenidos en el artículo 119° del TUO de la LPAG, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 119.- Solicitud en interés general de la colectividad

119.1 Las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad.

119.2 Comprende esta facultad la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o

³¹ Resolución Final N° 1297-2016/INDECOPI-LAL del Expediente N° 0039-2016/CPC-INDECOPI-CHT emitido por la Comisión de la Oficina Regional de del Indecopi de La Libertad, pp. 11.

³² SOSA, Alex y RODRÍGUEZ, Gustavo. “Con Licencia para Anunciar”. Editorial Themis, Lima, 2014, pp. 171.

*el cumplimiento de los principios procedimentales, **así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos.***” (Énfasis agregado).

De acuerdo al artículo, las personas naturales pueden iniciar acciones ante la Administración, alegando la afectación del interés difuso de la sociedad. Inclusive, a través del mecanismo indicado, se pueden presentar sugerencias o iniciativas dirigidas a mejorar la calidad de los servicios públicos en aras de incrementar los niveles de satisfacción de la sociedad. Juan Carlos Morón establece que el citado artículo tiene que ver con el “derecho de petición popular, que tiene por objeto la protección del bien común y el interés general, consistente en un pedido en representación de un grupo indeterminado de personas o de la colectividad en general dirigido a obtener respuesta a sus necesidades comunes³³.” El mismo autor indica que “la finalidad de este artículo es influir en los criterios con los cuales se toman las decisiones del Estado³⁴”.

El caso materia de análisis del presente informe está asociado a la presunta falta de idoneidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, la cual versa sobre la reproducción de la locución “prueba la velocidad de la gigared Claro” al acceder a la red de telecomunicaciones de América Móvil a través de una llamada que realiza el usuario y/o abonado del servicio. Siendo ello así, los usuarios “afectados” representan a un número indeterminado e indeterminable de personas, no existiendo un vínculo jurídico que los vincule.

Si bien la presente denuncia está dirigida contra América Móvil, la acción que promueve el Sr. Rojas Leo no busca garantizar los derechos únicamente de los usuarios y/o abonados de la mencionada empresa operadora, sino que busca proteger a la colectividad, por las siguientes dos razones: i) la denuncia fue también realizada contra las demás operadoras más importantes en el mercado actual de telecomunicaciones móviles (Entel, Movistar y Bitel); y ii) según lo que mencionó el Sr. Rojas Leo en sus alegaciones, la reproducción de la locución no solo es escuchada por los usuarios y/o abonados de América Móvil, sino por cualquier persona que ingresa a la red de esta operadora móvil. Entonces, por lo manifestado, se puede establecer que la denuncia está dirigida a proteger un interés difuso.

³³ MORON URBINA, Juan Carlos (2019). “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Décima Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 638-639.

³⁴ Ibidem

Ahora bien, con respecto a la aplicación del artículo 119° del TUO de la LPAG (anteriormente citado) se puede indicar preliminarmente que, al cumplir con los requisitos señalados en dicha disposición, sí es factible que despliegue sus efectos en un procedimiento administrativo iniciado de parte en INDECOPI. Para esto, se debe tener presente que el artículo 106.2 del Código³⁵ y el artículo 247° del TUO de la LPAG³⁶ señalan que la aplicación del TUO de la LPAG deberá realizarse de manera supletoria.

En ese sentido, de manera preliminar, podemos afirmar que el Sr. Rojas Leo tenía legitimidad para invocar un interés difuso en un procedimiento administrativo seguido ante el INDECOPI. Lo que buscaba el Sr. Rojas Leo era que lo decidido por la Administración beneficie a la colectividad y sirva para garantizar el bien común. A este tipo de legitimidad, se le denomina “legitimidad para obrar extraordinaria”, lo cual significa que “cualquier persona natural tiene legitimidad para obrar al interponer válidamente una pretensión que tiene por objeto la tutela del grupo³⁷”.

A pesar de ello, la Sala declaró improcedente la denuncia del Sr. Rojas Leo, aduciendo que los intereses difusos solo pueden ser cautelados a través de acciones interpuestas por asociaciones de consumidores. Esto es una práctica que se ha venido desarrollando a través del tiempo³⁸ en la Autoridad de Consumo, por encontrarse regulada en los siguientes artículos del Código:

³⁵ Artículo 106° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor:

“De manera supletoria, en todo lo no previsto en el presente Código y en las disposiciones especiales, es aplicable a los procedimientos administrativos anteriormente señalados, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.”

³⁶ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 247.- Ámbito de aplicación de este capítulo

247.1 Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.”

³⁷ GLAVE, Carlos. “El Proceso Colectivo según el Código de Consumo”. En: Revista de Círculo de Derecho Administrativo N° 11, 2012. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565>, pp. 344.

³⁸ Véase la Resolución Final N° 1297-2016/INDECOPI-LAL del Expediente N° 0039-2016/CPC-INDECOPI-CHT emitida por la Comisión de la Oficina Regional de del Indecopi de La Libertad, pp. 11.

“Artículo 130.- Procesos judiciales para la defensa de intereses difusos de los consumidores

El Indecopi se encuentra legitimado para promover de oficio procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia en defensa de los intereses difusos de los consumidores, conforme al artículo 82 del Código Procesal Civil. *Las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas pueden promover tales procesos, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Procesal Civil.”* (Énfasis agregado).

“Artículo 131.- Procesos judiciales para la defensa de intereses colectivos de los consumidores

*131.1 El Indecopi está facultado para promover procesos en defensa de intereses colectivos de los consumidores, los cuales se tramitan en la vía sumarísima, siendo de aplicación, en cuanto fuera pertinente, lo establecido en el artículo 82 del Código Procesal Civil. **Asimismo, el Indecopi puede delegar la facultad señalada en el presente párrafo a las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas, siempre que cuenten con la adecuada representatividad y reconocida trayectoria.**”* (Énfasis agregado).”

De los artículos precitados se desprende que solo están legitimados, tanto el INDECOPI, como las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas, para interponer una acción legal que tenga por objeto la tutela de un interés colectivo o difuso de los consumidores. A pesar de que no se señala la prohibición expresa de que los consumidores individualmente considerados puedan invocar la protección de un interés colectivo o difuso, la interpretación controvertida que ha manejado el INDECOPI es que la invocación de este tipo de derechos difusos o colectivos solo pueden ser cautelados jurídicamente por las asociaciones de consumidores o el mismo INDECOPI.

Como bien lo ha señalado Carlos Glave, “lo que ha planteado el Código de Consumo es lo contrario, es decir no le ha otorgado legitimidad para obrar a cualquier persona natural o miembro del grupo para presentar una demanda que tenga por objeto la tutela del colectivo. Este Código ha optado por restringir la legitimidad para obrar, para proteger el derecho

colectivo, únicamente al propio INDECOPI o a asociaciones, autorizadas por el INDECOPI, que tengan por objeto la protección de los derechos de los consumidores³⁹”.

Esta interpretación del INDECOPI genera una situación de incertidumbre e inseguridad jurídica, ya que limita el ejercicio de derechos de jurisdicción administrativa en caso se busquen tutelar intereses o derechos difusos y/o colectivos. Si bien la justificación de INDECOPI es buscar una adecuada representatividad y una sólida protección de los derechos de consumo de los consumidores, el impedimento de accionar en sede administrativa una denuncia en nombre de la colectividad –siempre que el consumidor no sea parte o no sea representado mediante una asociación de consumidores– es desproporcionada. Nuevamente, con acierto, Carlos Glave expresa que “el Código de Consumo, sin duda, pretende asegurar que el interés supraindividual sea tutelado de la mejor forma posible y, por ello, considera que es mejor asegurar que el demandante sea el propio INDECOPI o alguna asociación debidamente facultada por el INDECOPI, la cual seguramente estará capacitada para asumir la defensa del interés supraindividual correctamente⁴⁰”.

Está claro que las asociaciones de consumidores buscan quebrar la asimetría de recursos y de información existente entre el proveedor y el consumidor, así como también buscan suplir la falta de tiempo, de dinero, de representación o de asesoría jurídica de los consumidores afectados. No obstante ello, en el caso planteado, el Sr. Rojas Leo nunca manifestó tener la condición de una asociación de consumidores, todo lo contrario, su principal finalidad era que se tutelaran los intereses difusos invocados. Además, tampoco había una asimetría de recursos o de información, pues el Sr. Rojas Leo sabía perfectamente lo que buscaba, tal es así que invocó el artículo del Código que consideró pertinente (el referido a la idoneidad de los bienes y servicios), al momento de realizar su denuncia.

La exigencia de actuar bajo la representación de una asociación de consumidores, en todos los casos, es un sinsentido y limita el normal ejercicio de los derechos del consumidor, pues, incoherentemente la Autoridad obliga a los consumidores a crear su asociación de

³⁹ GLAVE, Carlos. “*El Proceso Colectivo según el Código de Consumo*”. En: Revista de Círculo de Derecho Administrativo N° 11, 2012. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565>, pp. 348.

⁴⁰ Ibidem, pp. 350.

consumidores o unirse a una, bajo cualquier modalidad de representación, para recién atender los derechos invocados en el procedimiento administrativo.

Si bien el artículo 82° del Código Procesal Civil⁴¹, el cual ha sido citado por los artículos 130° y 131° del Código antes comentados, establece que solo pueden invocar la protección de intereses difusos el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro; es esencial tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico existen muchas más legislaciones –tales como el TUO de la LPAG, la Ley General del Ambiente, la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo y el Código Procesal Constitucional– en las que se permite que cualquier persona natural pueda interponer una acción ante una entidad administrativa invocando la protección de sus intereses difusos y colectivos. De esta manera, Carlos Glave señala que es un error que los artículos del Código citados “atienda la existencia del artículo 82° del Código Procesal Civil como si esa siguiera siendo la única norma que en nuestro país ha atendido la regulación de un proceso que tiene por objeto una acción colectiva⁴²”.

Como se ha mostrado, el criterio que ha adoptado el INDECOPI es arbitrario, pues solo se limita a tomar como referencia a una normativa en la que no se otorga legitimidad a personas naturales para presentar una demanda aduciendo la protección de intereses difusos y colectivos. Considero que la elección del artículo 82° del Código Procesal Civil que ha realizado el INDECOPI a través del Código es casual y no guarda coherencia con el extenso número de

⁴¹ TUO del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS

“Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio.

(...)”

⁴² GLAVE, Carlos. “El Proceso Colectivo según el Código de Consumo”. En: Revista de Círculo de Derecho Administrativo N° 11, 2012. Recuperado en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565>, pp. 350.

normas que existen en el país, las cuales permiten que una persona natural puede invocar una acción en base a la protección de intereses colectivos y difusos.

Tal es así que el Sr. Rojas Leo invocó una norma del TUO de la LPAG perfectamente aplicable, de acuerdo al análisis realizado, al caso concreto. Entonces, en teoría, el Sr. Rojas Leo podría tener legitimidad extraordinaria para invocar la protección de un interés difuso, sin que sea necesario ampararse bajo el manto de una asociación de consumidores. Lamentablemente, la interpretación y criterio adoptado por el INDECOPI niega esta legitimidad extraordinaria e imposibilita y dificulta procesalmente la protección jurídica de los derechos difusos y colectivos en el Perú en materia de consumo.

Aspectos de fondo:

4.4.Tercer problema jurídico: ¿La reproducción de esta locución telefónica puede calificar como un método comercial coercitivo/agresivo o engañoso?

4.4.1. Marco jurídico de los métodos comerciales abusivos

Debido a la asimetría de información y de recursos entre proveedores y consumidores en el mercado, se crea una situación de desequilibrio comercial que afecta a la formación de relaciones comerciales saludables. La posición de preeminencia que ostentan –muchas veces– los proveedores son aprovechada ilícitamente, trayendo, como consecuencia, el empleo de métodos comerciales abusivos que vulneran los derechos del consumidor.

El Código distingue, dentro del apartado de métodos comerciales abusivos, ciertas conductas prohibidas en desmedro del consumidor: a) los métodos comerciales coercitivos, y b) los métodos comerciales agresivos o engañosos.

En las siguientes líneas comentaré sobre estas dos modalidades de métodos comerciales abusivos, pues el análisis que abordaré en el siguiente informe versará sobre la naturaleza y aplicación de estas figuras jurídicas que configuran infracciones para el proveedor.

Con respecto a los métodos comerciales coercitivos, el Código no establece una definición particular de los mismos, sino que se limita a consignar una serie de conductas típicas⁴³ en las que el proveedor, empleando esta figura prohibida, logra doblegar la voluntad del consumidor en el marco de una relación de consumo. Viviana Barbosa define a los métodos comerciales coercitivos como “aquellos mecanismos mediante los cuales los proveedores imponen –o intentan imponer- a los consumidores prestaciones adicionales no pactadas inicialmente⁴⁴”.

Como señala Carolina De Trazegnies, “al proteger a los consumidores de los métodos comerciales coercitivos se busca principalmente evitar que sean obligados a asumir prestaciones no pactadas o que se modifiquen las condiciones pactadas sin el consentimiento expreso del consumidor⁴⁵”. Es por ello que el empleo de estos mecanismos desleales se encuentra proscrito debido a que “tienen por efecto directo vaciar de contenido el derecho a elegir de los consumidores (...)”⁴⁶.

⁴³ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 56.- Métodos comerciales coercitivos

56.1 De manera enunciativa y no limitativa, el derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

- a. En los contratos de duración continuada o de tracto sucesivo, condicionar la venta de un producto o la prestación de un servicio a la adquisición de otro, salvo que, por su naturaleza o con arreglo al uso comercial, sean complementarios. La oferta de productos o servicios no complementarios debe garantizar que puedan ofrecerse por separado.*
- b. Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa.*
- c. Modificar, sin el consentimiento expreso del consumidor, las condiciones y términos en los que adquirió un producto o contrató un servicio, inclusive si el proveedor considera que la modificación podría ser beneficiosa para el consumidor. No se puede presumir el silencio del consumidor como aceptación, salvo que él así lo haya autorizado expresamente y con anterioridad.*
- d. Completar formularios, formatos, títulos valores y otros documentos emitidos incompletos por el consumidor, de manera distinta a la que fue expresamente acordada al momento de su suscripción.*
- e. Establecer limitaciones injustificadas o no razonables al derecho del consumidor a poner fin a un contrato cuando legal o contractualmente se le haya reconocido ese derecho, o a emplear los mismos mecanismos de forma, lugar y medios utilizados en la celebración de los contratos para desvincularse de estos.*
- f. Tomar ventaja indebida en las relaciones contractuales de duración continuada o de tracto sucesivo, en aquellas situaciones en las que el cambio de un proveedor resulta significativamente costoso para el consumidor.*
- g. Exigir al consumidor la presentación de documentación innecesaria para la prestación del servicio que contrate o la entrega del producto adquirido, pudiendo, en todo caso, exigirse solo la documentación necesaria, razonable y pertinente de acuerdo con la etapa en la que se encuentre la prestación del producto o ejecución del servicio.*

56.2 Se sujetan a estas limitaciones todas las ofertas de productos o servicios, sean estas efectuadas dentro o fuera de establecimientos comerciales o mediante métodos de contratación a distancia, cualquiera sea el medio de comunicación empleado para ello.”

⁴⁴ BARBOSA, Viviana. “Generando confianza en el comercio electrónico: Análisis de la conveniencia de reconocer el derecho de retracto a favor de los consumidores que celebran contratos de consumo por internet”. Tesis, tesis para optar el grado de Magister en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, escuela de Posgrado, pp. 35.

⁴⁵ DE TRAZEGNIES, Carolina. “Sobre la publicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor: Perspectivas y análisis”. En: Revista Foro Jurídico. Derecho PUCP, 2010. pp. 336.

⁴⁶ RODRIGUEZ, Gustavo. “El consumidor en su isla: una visión alternativa del sistema de protección al consumidor.” Primera edición. Lima: Universidad del Pacífico, 2013, pp.75.

En base a lo comentado, se puede establecer que el uso de métodos comerciales coercitivos por parte del proveedor tiene como eje central la formación deficiente y anómala de la voluntad del consumidor en una relación de consumo. Por tanto, la operación jurídica que realice el consumidor se torna infructuosa, considerando que sus derechos e intereses económicos se ven seriamente lesionados.

Enrique Ferrand, con acierto, establece que

“los métodos comerciales coercitivos tienen como objetivo, forzar a que el consumidor, existiendo o no una relación contractual, asuma obligaciones o cargas no pactadas o autorizadas. En uso de su autonomía privada, el consumidor tiene el derecho a definir y aceptar las relaciones de consumo que considere convenientes para sus intereses, sin que medie coacción alguna por parte del proveedor. Advirtiéndose que los métodos coercitivos comunes son la modificación unilateral por parte del proveedor de las condiciones y términos contractuales en que un consumidor adquirió un producto o servicio, o el cargo automático de una oferta no requerida por el consumidor⁴⁷”.

Es fundamental recordar que el consumidor es el único que deberá controlar la esfera íntima de sus decisiones de consumo, es decir, en base a la información que le brinde el proveedor, deberá evaluar si le conviene entablar la relación de consumo o no, de manera libre e informada, sin sentirse coaccionado, condicionado o presionado por factores externos a su libre albedrío. En ese sentido, los métodos comerciales coercitivos afectan la libertad de elección y de contratación del consumidor al limitar el libre ejercicio de su voluntad contractual.

A diferencia de los métodos comerciales coercitivos, en el Código de Protección y Defensa del Consumidor sí se ha establecido una definición de los métodos comerciales agresivos o engañosos, la cual señala que son prácticas realizadas por los proveedores “*que merm[a]n de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo*⁴⁸”. Como se puede apreciar, se han recogido bajo

⁴⁷ FERRAND, Enrique. “*Los derechos de los consumidores*”. En: *Ley de Protección al Consumidor*. Rodhas, Lima, 2004, pp. 66.

⁴⁸ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 58.- Definición y alcances

una sola tipificación las prácticas comerciales agresivas y engañosas. Asimismo, se señalan una serie de supuestos que implican prácticas comerciales agresivas o engañosas⁴⁹.

Sobre los métodos comerciales agresivos o engañosos, Carbonell establece que “(...) el consumidor tiene el derecho a definir y aceptar las relaciones de consumo que considere convenientes para sus intereses, sin que medie coacción alguna por parte del proveedor. El Código busca prohibir aquellos mecanismos utilizados por el proveedor en los cuales se observa como punto central la intención de afectar la libertad de elección con la finalidad de conseguir que el consumidor adopte una decisión de consumo de manera irracional o desinformada⁵⁰”.

En línea con lo expresado, Estivagarribia y Gilbota, citados por Gustavo Rodríguez, exponen que los métodos agresivos o engañosos constituyen verdaderas imposiciones al cliente

58.1 El derecho de todo consumidor a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos implica que los proveedores no pueden llevar a cabo prácticas que mermen de forma significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo. (...)

⁴⁹ Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor

“Artículo 58.- Definición y alcances

(...)

En tal sentido, están prohibidas todas aquellas prácticas comerciales que importen:

- a. Crear la impresión de que el consumidor ya ha ganado, que ganará o conseguirá, si realiza un acto determinado, un premio o cualquier otra ventaja equivalente cuando, en realidad: (i) tal beneficio no existe, o (ii) la realización de una acción relacionada con la obtención del premio o ventaja equivalente está sujeta a efectuar un pago o incurrir en un gasto.*
- b. El cambio de la información originalmente proporcionada al consumidor al momento de celebrarse la contratación, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.*
- c. El cambio de las condiciones del producto o servicio antes de la celebración del contrato, sin el consentimiento expreso e informado del consumidor.*
- d. Realizar visitas en persona al domicilio del consumidor o realizar proposiciones no solicitadas, por teléfono, fax, correo electrónico u otro medio, de manera persistente e impertinente, o ignorando la petición del consumidor para que cese este tipo de actividades.*
- e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemercadeo, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.*
- f. En general, toda práctica que implique dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor.*

58.2 La presente disposición comprende todo tipo de contratación de productos o servicios, sea efectuada mediante contratos dentro o fuera del establecimiento del proveedor, ventas telefónicas, a domicilio, por catálogo, mediante agentes, contratos a distancia, y comercio electrónico o modalidades similares.”

⁵⁰ CARBONELL, Esteban. “Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Edición: mayo 2015. Lima: Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. pp. 274 – 282.

mediante constante acoso, adjudicación de premios y engaños reiterados, impidiéndole un consentimiento verdadero, formado en la reflexión de sus propias conveniencias⁵¹”.

Los métodos comerciales agresivos o engañosos producen un recorte significativo en la capacidad analítica y volitiva del consumidor con respecto a la oferta señalada por el proveedor. Aunado a ello, la libertad del consumidor se ve afectada al no poder decidir en qué momento o de qué forma efectuar una operación de consumo. Mediante esta práctica proscrita, el consumidor toma una decisión de consumo de manera irreflexiva o desinformada; o en su defecto, lo hace porque siente que no tiene opción, lo cual puede evidenciar una coacción o presión de parte del proveedor.

En una posición concordante, Masaguer señala que con los métodos comerciales agresivos o engañosos se produce un “falseamiento de la libertad de decisión del destinatario de la comunicación a distancia indeseada, como es el juicio negativo que merece tanto la invasión inesperada de la esfera privada o el aprovechamiento indebido de los medios y tiempos del consumidor para hacerle llegar su oferta en contra de su voluntad”⁵².

Sintetizando, el inciso f) del artículo 58° del Código establece que los métodos comerciales agresivos o engañosos son todas aquellas prácticas comerciales que impliquen dolo, violencia o intimidación que hayan sido determinantes en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor; por lo que estarán prohibidas.

Para resumir, el capítulo de los métodos comerciales abusivos del Código de Protección y Defensa del Consumidor hace hincapié en la autonomía de la voluntad del consumidor al momento de tomar decisiones de consumo. El hilo central de las dos conductas prohibidas reseñadas tiene que ver con la protección de los derechos del consumidor al momento de realizar una transacción comercial, buscando establecer una relación de intercambio saludable y adecuada con el proveedor. Debe partirse de la premisa que la posición privilegiada del proveedor frente al consumidor no debe usarse como excusa para emplear estos métodos

⁵¹ RODRÍGUEZ, Gustavo. “*El Fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*”. Actualidad Jurídica. Lima, 2010, número 202, pp. 45-48.

⁵² MASSAGUER, José. “*Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal*”. Artículo de ResearchGate. Recuperado de: <https://www.researchgate.net/profile/Jose-Masaguer>, pp. 9.

comerciales abusivos, sino que debe buscarse la reducción de esta asimetría informativa y de recursos que lesiona el normal desenvolvimiento de las relaciones de consumo en el mercado.

4.4.2. Análisis de la locución cuestionada en base a la realización de métodos comerciales agresivos o engañosos por parte de América Móvil

A pesar de que el Sr. Rojas Leo no denunció a América Móvil por la comisión de presuntos métodos comerciales abusivos, la Comisión encauzó la denuncia en los términos señalados. Como ya fue comentado en el apartado pertinente, no volveré a repetir el aspecto procesal que conllevó a dicha tipificación de oficio –errónea, a mi entender–; y solo me centraré a analizar el supuesto de hecho de la conducta cometida por parte de América Móvil para poder determinar si esta calza dentro de las prácticas comerciales abusivas.

En particular, el artículo determinado que analizó la Comisión y, posteriormente, la Sala fue el siguiente:

Inciso e) del artículo 58° del Código:

"e. Emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales⁵³."

Dicho artículo pertenece al Capítulo II “Métodos comerciales agresivos o engañosos”, el cual forma parte del Título III “Métodos comerciales abusivos”. Tal como señalé en el apartado precedente, los métodos comerciales agresivos o engañosos son aquellos que merman de manera determinante la libertad de elección del consumidor al momento de entablar la relación

⁵³ En septiembre del año 2018, a través del Decreto Legislativo N° 1390, publicado en el Diario El Peruano el 5 de septiembre de 2018, el artículo 58, específicamente el literal e) de su numeral 58.1, sufrió una modificación, quedando tal cual fue señalado.

de consumo, usando para ello, prácticas comerciales que impliquen dolo, violencia o intimidación.

Haciendo un análisis detallado del artículo, puede destacarse, en primer lugar, que se trata de una conducta activa por parte del administrado; es decir, mediante el empleo de *call centers*, sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto o correos electrónicos se busca promover la comercialización de un producto o servicio. En segundo lugar, implica la vulneración al consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco que todo consumidor debe brindar para hacer uso de sus datos personales con fines comerciales. El artículo comentado hace remisión a la normativa de protección de datos, por lo que será importante revisarla para poder entender la preponderancia que ostenta el consentimiento de los consumidores en una relación comercial.

De acuerdo con la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1390, el objetivo general de la modificación realizada al artículo bajo comentario consistió en mejorar la efectividad de la protección al consumidor en el Perú, atendiendo, entre otros, al siguiente objetivo específico:

*“i. En relación a los métodos comerciales agresivos o engañosos: Asegurar que exista el **consentimiento previo de los consumidores para que reciban ofertas** de productos o servicios por parte de los proveedores, en adecuación a la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.” (Énfasis añadido).*

Uno de los principios rectores de la legislación de datos personales nacional es el consentimiento, el cual establece que *“para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular⁵⁴”*. Diego Zegarra, sobre este principio, manifiesta que *“es una de las piezas fundamentales del derecho de protección de datos personales, se ha cimentado para el control y la protección de los titulares de datos personales⁵⁵”*.

El artículo 7° del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales desarrolla el principio del consentimiento, estableciendo que el tratamiento de los datos personales es lícito

⁵⁴ Artículo 5° del Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.

⁵⁵ ZEGARRA, Diego. *“LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES”*. En: Revista PRAECEPTUM. Año 1 Número 1, INDECOPI, Lima, 2014.

cuando el titular del dato personal hubiere prestado su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco. Además, se indica que no se admiten fórmulas de consentimiento en las que este no sea expresado de forma directa, como aquellas en las que se requiere presumir, o asumir la existencia de una voluntad que no ha sido expresa. Aunado a ello, el artículo 12° del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales hace referencia a que el consentimiento deberá ser libre, lo cual significa que este debe brindarse “*sin que medie error, mala fe, violencia o dolo que puedan afectar la manifestación de voluntad del titular de los datos personales*”.

En tal sentido, el inciso e) del artículo 58° del Código busca que no se empleen determinados soportes para enviar publicidad o promover una contratación no deseada; es decir, aquella en la que el consumidor no ha brindado su consentimiento expreso y libre para el uso de sus datos personales para este tipo de finalidades comerciales. Por ese motivo, es importante que el proveedor solicite el consentimiento de manera previa al consumidor para poder realizar el envío de estos mensajes que promueven la generación de un vínculo contractual entre estos.

Por otro lado, en la descripción del problema, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1390⁵⁶ hace referencia a que muchas veces los proveedores se comunican con los consumidores de manera insistente, sin su consentimiento, ofreciendo la contratación de servicios o la adquisición de productos, lo cual podría afectar su capacidad de elegir libremente y tomar una adecuada decisión de consumo. Ello podría perjudicar a la economía de los consumidores, en la medida que estos, frecuentemente, no evalúan con parámetros objetivos su capacidad de pago ni analizan de forma adecuada los términos y condiciones del contrato, aceptando virtual o telefónicamente ofertas y concretando relaciones de consumo sin haber realizado un análisis de conveniencia idóneo en función a sus necesidades reales.

Si bien el literal e) del artículo 58° del Código no tiene como finalidad regular la publicidad en sí misma, sino los medios de comunicación (llamadas telefónicas, mensajes de texto a celular y correos electrónicos) que se utilizan para promover productos y servicios, la Autoridad de consumo es enfática en señalar que es ilícito enviar publicidad empleando los datos personales del titular sin que medie su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco⁵⁷.

⁵⁶ Mediante el Decreto Legislativo 1390° se realizaron varias modificaciones al Código de Consumo, dentro de las que se encontró el inciso e) del artículo 58° antes comentado.

⁵⁷ Véase la Resolución N° 1931-2016/SPC-INDECOPI del Expediente N° 592015/CPCINDECOPI-JUN.

En el caso concreto, deberá evaluarse si la conducta denunciada calza dentro del supuesto reseñado en el inciso e) del artículo 58° del Código. A primera impresión, se puede entender que América Móvil emplea un soporte determinado para enviar publicidad con el propósito de que se realice una contratación comercial respecto de un producto o servicio, en este caso, se trata de la “Gigared de Claro”. Sin embargo, hay vastas diferencias que impiden que la conducta de América Móvil pueda ser encauzada dentro del artículo comentado, conforme expondré a continuación:

a) La red de telecomunicaciones no es un soporte que haya sido señalado en el inciso e) del artículo 58° del Código:

Los medios de comunicación empleados para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing son solo los siguientes: (i) llamadas vía telefónica, (ii) mensajes de texto a celular (SMS y similares), y (iii) correos electrónicos. Por lo que cualquier otro medio que no sea aquellos reseñados no están en el ámbito de prohibición de la norma.

En consecuencia, al no calzar la conducta de América Móvil dentro del supuesto de la presunta conducta infractora, habría una vulneración expresa al principio de Tipicidad, establecido en el artículo 248.4° del TUO de la LPAG⁵⁸. En efecto, dicho principio determina que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica.

b) Ausencia de daño al consumidor:

⁵⁸ Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General

“Principios de la Potestad Sancionadora Administrativa

(...)

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

(...)”

Mediante la locución cuestionada no puede generarse algún tipo de daño al consumidor, pues no existe una oferta que este pueda aceptar o rechazar, y mucho menos, puede implicar la posibilidad de que este se vea impedido de tomar libremente una decisión de consumo consciente que haya merecido una reflexión adecuada. Además, no existió dolo, violencia o intimidación para que la conducta de América Móvil sea considerada como un método comercial agresivo.

c) No es una conducta activa por parte de América Móvil, pues este no la promueve, sino el propio usuario:

La locución cuestionada “prueba la velocidad de la gigared Claro” se escuchaba en el contexto de una comunicación telefónica que el Sr. Rojas Leo promovía por propia iniciativa. Es decir, se producía como consecuencia de una acción previa del denunciante, quien actuaba como sujeto activo del hecho denunciado. Por el contrario, América Móvil tenía una posición pasiva en la realización de la conducta denunciada, ya que era el Sr. Rojas Leo quien promovía la comunicación hacia otro número telefónico de la red de telecomunicaciones. Siendo ello así, no se configura el hecho imputado, pues es necesario que América Móvil haya participado en la conducta de forma proactiva.

d) La locución no estaba dirigida al Sr. Rojas Leo:

Si bien el Sr. Rojas Leo no dio su consentimiento para que sus datos sean tratados con fines comerciales, no se está haciendo un uso ilegítimo de sus datos ya que el anuncio no se trata de un mensaje personalizado, sino que todo usuario que accede a la red de telecomunicaciones de América Móvil lo escuchará.

De ahí que La locución no se encontraba destinada e individualizada para determinados usuarios identificados a través de sus datos personales, sino que esta era escuchada por el amplio universo de usuarios y/o abonados que deseaban realizar una llamada telefónica a una línea que pertenecía a la red de telecomunicaciones de América Móvil.

e) La locución no siempre correspondía al operador del usuario que efectuaba la llamada:

Contrariamente a lo señalado por el Sr. Rojas Leo, la empresa operadora de la red de destino podía ser una completamente distinta de la red de origen. En otras palabras, cualquier usuario de una red distinta a la de América Móvil podía escuchar la locución cuestionada, por lo que la actuación de América Móvil no calza dentro de la presunta conducta infractora.

Ahora bien, como quedó demostrado, el inciso e) del artículo 58° del Código no puede ser aplicado en el presente caso. Sin embargo, el Sr. Rojas Leo adujo que detrás de la conducta de América Móvil se escondía un acto “coercitivo” que lo obligaba a escuchar publicidad no deseada o, en su defecto, signos distintivos que posicionan una marca de producto o servicio.

Lo señalado en el párrafo anterior puede ser equiparado a la publicidad que se visualiza en medios publicitarios masivos sin que exista posibilidad de evitarla. Me explico. Es una práctica comercial bastante común y aceptada que las empresas hagan uso de vallas o paneles publicitarios ubicados en la vía pública para posicionar sus marcas frente a los consumidores, utilizando –usualmente– para ese fin, lemas comerciales que los identifiquen ante el consumidor y le generen un impacto positivo; tal como lo ha hecho América Móvil en el presente caso a través de la locución cuestionada.

Otro ejemplo de ello es la emisión de anuncios publicitarios a través de páginas webs o redes sociales como YouTube, Facebook o Instagram, en donde se reproduce constantemente publicidad, la cual se realiza sin el previo consentimiento de los usuarios, es más, en muchos casos interrumpiendo parte de la actividad del usuario. En el caso que el usuario se encuentre viendo un vídeo en la plataforma de YouTube o Facebook, este será interrumpido por la publicidad. Por más incómoda que sea la situación, esta conducta no es ilícita.

En ese sentido, si bien una cantidad indeterminada de consumidores, en determinadas situaciones (como las ejemplificadas), pueden verse expuestos a este despliegue de signos distintivos y/o anuncios publicitarios, no se requiere contar con la autorización previa de los mismos para que las empresas puedan llevar a cabo estas prácticas; ya que en determinados momentos el usuario no puede sustraerse de la publicidad, así lo desea. Esto es parte de la expresión de la libertad empresarial y de la competencia entre agentes económicos en el mercado.

Como se verá más adelante, el principal cuestionamiento de la conducta de América Móvil radicaría en la pertinencia de su reproducción en las redes de telecomunicaciones: si a partir de esto puede derivarse en una afectación a la idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

4.5. Cuarto problema jurídico: ¿La reproducción de la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro" durante una llamada telefónica puede calificar como una vulneración al deber de idoneidad?

4.5.1. Marco jurídico del deber de idoneidad

En el contexto de economía social de mercado en el que nos encontramos, las transacciones comerciales marcan el pulso del desenvolvimiento socioeconómico. De esta manera, los proveedores de bienes y servicios ofertan en el mercado y los consumidores, a cambio de una contraprestación económica, adquieren estos productos y/o servicios, configurándose así una relación de consumo.

Uno de los pilares fundamentales del derecho a la protección al consumidor es el deber de idoneidad de los proveedores de bienes y servicios, el cual versa sobre la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a las condiciones ofrecidas y a la naturaleza del producto⁵⁹. Este deber está íntimamente vinculado con la información que deben recibir los consumidores para tomar una adecuada decisión de consumo. Este concepto tiene una doble dimensión aplicativa: es tanto un derecho para los consumidores; como un deber para los proveedores. Por tanto, el consumidor deberá recibir información veraz, suficiente, de sencilla comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible para realizar una elección de consumo idónea⁶⁰. La información que recibe el

⁵⁹ Ley N° 29571, Ley de Protección y Defensa del Consumidor:

“Artículo 18.- Idoneidad

Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. (...)”

⁶⁰ Ley N° 29571, Ley de Protección y Defensa del Consumidor:

“Artículo 1.- Derechos de los consumidores

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos: (...)

consumidor puede encontrarse en la publicidad, en los documentos contractuales, en *landing pages*, o puede darse de manera verbal, entre otras formas diversas. En ese sentido, el análisis de idoneidad que se realice se hará en base a la información que el proveedor haya proporcionado al consumidor. En línea con lo señalado, es acertada la opinión de Alfredo Bullard, quien señala que “la idoneidad es la falta de coincidencia entre lo que el consumidor espera y lo que recibe. Pero, a su vez, lo que el consumidor espera depende del nivel de información que ha recibido⁶¹”.

Respecto al deber de idoneidad del proveedor frente al consumidor, Juan Espinoza establece que este “se materializa en que los productos y servicios que el proveedor pone en circulación en el mercado respondan a las expectativas de un consumidor razonable y que una de las maneras de cubrir estas expectativas se da a través de la garantía, que no es más que la asunción de responsabilidad del proveedor frente al consumidor, en caso el producto o servicio no satisfaga las expectativas de un consumidor razonable⁶²”.

De acuerdo a lo señalado, el proveedor, atendiendo a la naturaleza del producto o servicio, deberá brindar información veraz, exacta, pertinente y adecuada para que el consumidor decida realizar la transacción económica. Es en base a esta información que el consumidor puede tener una idea objetiva de lo que, efectivamente, recibirá. Tal como indica Pierino Stucchi, “la idoneidad a la que tiene derecho el consumidor es la adecuación o correspondencia entre aquello que se le ofrece y lo que realmente recibe por parte del proveedor, como consecuencia de una transacción que implica un acto de consumo⁶³”. El quiebre de estas dos situaciones de correspondencia (lo ofrecido y lo recibido) generará una afectación en el consumidor, por la cual el proveedor debe responder jurídicamente.

Ahora bien, la ruptura de las expectativas del consumidor –que en la práctica viene a ser la falta de idoneidad del proveedor– no puede basarse en consideraciones meramente subjetivas,

*b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.
(...)”*

⁶¹ BULLARD, Alfredo. 2010. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10. 2010, pp. 10.

⁶² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de los Consumidores” 2006. Lima: Rodhas, pp. 102.

⁶³ STUCCHI, Pierino. “La Ciudadanía Económica en el Perú: El Consumidor”. Marzo, 2011, pp. 13.

ya que el Código de Protección y Defensa del Consumidor solo puede tener incidencia en los aspectos objetivos del producto o servicio ofrecido en el mercado, los cuales están en función a la naturaleza, cantidad, precio, dimensiones, etcétera, del mismo. Siendo ello así, si bien podría pensarse que el consumidor espera un producto o servicio de “calidad”, nuestra legislación de consumo no establece un estándar *per se* de calidad predeterminado, ya que el consumidor tomará su decisión de consumo en base a la información brindada por el proveedor: si este asegura brindar una calidad inferior a la normalmente previsible y el consumidor ha sido correctamente informado y adquiere el producto o servicio, no existe ningún inconveniente en reducir la calidad⁶⁴.

La situación descrita tiene que ver con lo que el Código de Protección y Defensa del Consumidor denomina ‘garantía explícita’, que es aquella que se encuentra en los términos y condiciones ofrecidos por un proveedor, ya sea en la publicidad, el etiquetado, contrato, o en cualquier otro soporte físico o virtual. Cavero manifiesta que la garantía explícita se otorga “cuando el proveedor sí ha brindado información específica al consumidor. Entonces, será responsable de que el producto o servicio corresponda a lo ofrecido. Si el proveedor ha informado que el producto tiene una calidad incluso menor a la que sería esperable de acuerdo a las circunstancias, y si el consumidor ha accedido a ello estando debidamente informado, entonces el proveedor estará obligado solamente a lo que informó y ofreció⁶⁵”.

En línea con lo expresado, Alfredo Bullard afirma que si “había una garantía explícita que extendía las calidades o condiciones del producto por encima de lo esperado, es el consumidor el que tiene que probar que se le ofreció más de lo esperado⁶⁶.” En esta situación se puede apreciar que la carga probatoria es dinámica, pues la tendrá el consumidor que tiene que probar que se le ofreció más de lo esperado; o, en su defecto, la tendrá el proveedor que tiene que probar que ofreció condiciones menos beneficiosas de las que previsiblemente se podían

⁶⁴ Véase el artículo 21.3° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor:

“Artículo 21.- Protección de las expectativas del consumidor

(...)

21.3 La acreditación de la existencia de una condición distinta a la normalmente previsible, dadas las circunstancias, corresponde al beneficiado por dicha condición en la relación de consumo.”

⁶⁵ CAVERO, Enrique. “¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano”. En: *Ius Et Veritas* N° 53, pp. 6.

⁶⁶ BULLARD, Alfredo. 2010. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* N° 10. 2010, pp. 20.

esperar. Al estar frente a posiciones encontradas, tanto el consumidor como el proveedor deberán sustentar su posición de manera objetiva, es decir, mostrando medios probatorios en donde se hayan acreditado las condiciones de transacción de un bien o servicio determinado.

Por otro lado, existen garantías legales que se producen “cuando la ley exige un determinado estándar de calidad y no es posible pactar en contrario. Entonces, el proveedor será responsable de cumplir con ese estándar, independientemente de lo que haya informado⁶⁷.” Este tipo de garantías son aquellas que son señaladas por las leyes y normas sectoriales. Estas no pueden ser desplazadas por una garantía explícita ni implícita; y contra ellas no cabe pacto en contrario. En contraposición con lo señalado respecto de las garantías explícitas, en las garantías legales la ley ordena un estándar de calidad o característica específica que necesariamente debe cumplir el bien o servicio ofrecido en el mercado. Para ello, el proveedor debe conocer la regulación específica que atañe a este tipo de productos o servicios; en caso contrario, no estaría cumpliendo con el modelo de idoneidad al que debe apuntar.

Finalmente, están las garantías implícitas, las cuales se entienden que han sido tácitamente incorporadas en la relación de consumo, teniendo en consideración los usos y costumbres del mercado.

Esta definición ha sido aplicada por la Sala de Protección al Consumidor en diversos pronunciamientos, conforme se señala a continuación:

“(…) los parámetros de idoneidad pueden variar en función a los medios o la forma como se genera tal expectativa; así, estaremos frente a: (i) una garantía implícita, cuando se atiende a los fines y usos previsibles para los que normalmente se adquiere tal servicio en el mercado, según lo que esperaría un consumidor (...)”⁶⁸.

Como es evidente, esta garantía será la más complicada de probar, ya que, atendiendo a parámetros de un consumidor razonable, se puede generar una discusión en torno a los usos previsibles de ciertos productos o servicios que se ofrecen en el mercado. La habitualidad y la costumbre serán patrones para establecer objetivamente la existencia de una garantía implícita.

⁶⁷ CAVERO, Enrique. “¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano”. En: Ius Et Veritas N° 53, pp. 6.

⁶⁸ Véase la Resolución 0002-2020/SPC-INDECOPI de fecha 3 de enero de 2020.

En definitiva, el deber de idoneidad funciona como un mecanismo de protección al consumidor que busca que sus expectativas frente a un producto o servicio no se vean defraudadas, evitando que se le cause un perjuicio al consumidor, no solo en términos de dinero, sino también de tiempo. Por ello, el deber de idoneidad busca fortalecer las relaciones comerciales que se producen en el mercado, así como soslayar los efectos negativos de la asimetría de recursos y de información que existe en entre el consumidor y el proveedor.

4.5.2. Deber de idoneidad en servicios de telecomunicaciones

En el presente apartado comenzaré realizando un breve repaso de las características más relevantes de los servicios públicos de telecomunicaciones y de su prestación por parte de los privados, pues el objetivo inmediato es vincular su naturaleza con la obligación de cumplir la idoneidad respecto de aquello que es ofertado en el mercado. Para ello, es necesario partir de la premisa de que un servicio público no se brinda en iguales condiciones y circunstancias que un servicio privado o regular, ya que en la prestación de un servicio público se hace especial énfasis en la satisfacción de un interés general que atañe a la sociedad en su conjunto.

En nuestro país no hay una noción exacta de lo que vienen a ser los servicios públicos, pero hay dos caracteres que serán trascendentales para determinar su naturaleza y marco normativo: i) el esencial; y ii) el formal. Jorge Danós establece que el carácter esencial “es consustancial a la naturaleza de los servicios públicos (...) [y] sólo pueden recibir esta calificación aquellas actividades económicas necesarias para la comunidad, que son indispensables para la satisfacción de las necesidades materiales colectivas en orden a alcanzar el bienestar general y progreso social, contribuyendo a mejorar la dignidad y la calidad de vida de los habitantes del país⁶⁹”. En otras palabras, deben tratarse de actividades “destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes, por lo cual debe el Estado asegurar su prestación obligatoria y sujeta a reglas preestablecidas⁷⁰”. A través de la prestación de los servicios públicos se generarán las condiciones materiales necesarias para materializar el ejercicio de los derechos humanos de toda la población.

⁶⁹ DANÓS, Jorge. “*El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana*”. En: THEMIS Revista de Derecho N° 55. 2008, pp. 258. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>.

⁷⁰ TASSANO, Hebert. “*Tribunal Especial Económico para servicios Públicos*” En: Revista de Economía y Derecho, vol. 7, N° 25. 2010, pp. 161. Recuperado a partir de: <https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/279>.

Por otro lado, en cuanto al carácter formal, Jorge Danós también explica que “existe consenso en nuestro país de que se requiere una declaración por norma legal, condición que viene tácitamente impuesta por la necesidad de que sea el legislador quien determine el carácter esencial o no para la colectividad de una actividad, a la vez que establezca el régimen jurídico específico para cada tipo de servicio público⁷¹”. Es decir, “el concepto de servicio público en nuestro país será uno de corte objetivo: entendido como un régimen jurídico de derecho público para ciertas actividades económicas definidas como esenciales para el colectivo por el legislador, quien deberá efectuar dicha calificación de manera cuidadosa y caso por caso (...)”⁷² y deberá realizarse materializarse mediante una norma con rango legal.

De lo señalado se desprende que determinadas actividades económicas que tengan un impacto esencial para satisfacer necesidades de la sociedad serán catalogadas como servicio público por el legislador, y, de esta manera, podrán ser prestadas por el Estado o un privado siempre que cuente con el título habilitante respectivo.

Ahora bien, Ramón Huapaya señala que “la doctrina clásica también formuló las reglas de prestación relativas al servicio público, que singularizan el régimen jurídico de la actividad tipificada como tal, y que han sido conocidas como las ‘leyes de Roland’⁷³”. Estas reglas son principios ineludibles que todo prestador de un servicio público deberá tomar en consideración:

- **Continuidad:** el servicio debe prestarse ininterrumpidamente, cada vez que sea requerido por el usuario, ya que satisface una necesidad esencial.
- **Regularidad:** el servicio debe prestarse en condiciones de calidad, de acuerdo a las normas técnicas que lo rigen.

⁷¹ DANÓS, Jorge. “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. En: THEMIS Revista de Derecho N° 55. 2008, pp. 258. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>.

⁷² HUAPAYA, Ramón. “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”. En: Ius Et Veritas N° 50. 2015, pp. 386.

⁷³ Ibidem, pp. 375.

- **Igualdad:** el servicio debe prestarse en forma igual para todos, sin discriminar entre usuarios (salvo para agruparlos y ofrecerles condiciones comerciales o tarifas sociales - discriminación positiva).
- **Universalidad:** el servicio debe llegar a la mayor cantidad de personas y debe cubrir todo el ámbito geográfico de la concesión.
- **Progresividad:** el servicio debe procurar mantener vigencia tecnológica y adaptarse siempre a la mejor tecnología disponible.

El artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobada mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, LTEL) señala que *“serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de est[a] Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuere necesario.”*

Por su parte, el Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2007-MTC (en adelante, RTEL) clasifica los servicios de telecomunicaciones en servicios portadores, teleservicios, servicios de difusión y servicios de valor añadido⁷⁴. Aunado a ello, el artículo 23° del RTEL señala que los servicios públicos de telecomunicaciones son *“aquellos cuyo uso está a disposición del público en general a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de oferta técnica que ofrecen los operadores.”*

Conforme a lo señalado en párrafos anteriores, los servicios públicos de telecomunicaciones señalados han sido determinados por el legislador a través de un instrumento legal, tomando en consideración su relevancia para el desarrollo de la sociedad, así como para el ejercicio de derechos de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

⁷⁴ Véase el artículo 21° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

Tal es su preponderancia que estos servicios de telecomunicaciones se deben prestar en base a los principios antes comentados. Al satisfacer una necesidad esencial, la continuidad de los servicios de telecomunicaciones es un paso previo indispensable para verificar la idoneidad del servicio. Asimismo, en atención al principio de regularidad, el servicio deberá prestarse en condiciones de calidad, llegando a la mayor cantidad de personas, manteniendo una adecuada adaptación tecnológica y sin discriminar a ninguna persona sin que medie causa objetiva y razonable para ello.

En línea con lo señalado, el artículo 18° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, Reglamento General OSIPTEL), señala que este organismo *“tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones”*. Además, el artículo 19° del Reglamento General OSIPTEL señala entre sus objetivos específicos *“garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones”*.

En definitiva, se puede apreciar que la intervención del Estado para exigir estándares mínimos de calidad responde a la naturaleza del servicio público de telecomunicaciones, pues al ser este consustancial al ejercicio de derechos, así como indispensable para alcanzar el progreso social, el Estado debe asegurar la calidad e idoneidad de este servicio. Así, los usuarios no solo esperan que se satisfaga sus expectativas, sino la certidumbre de que no será falible e inseguro. De acuerdo a ello, la garantía que debe ofrecer el prestador de los servicios públicos de telecomunicaciones debe responder a las exigencias legales y ceñirse a los principios generales de los servicios públicos.

Por otro lado, en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones es más factible que se presente una asimetría técnica superior que en otros servicios públicos, ya que la tecnología avanza de forma muy dinámica, impactando en los nuevos desarrollos y cambios en el uso de las redes de telecomunicaciones lo que, de alguna manera, podría afectar al usuario y/o abonado del servicio. Entonces, en este caso, el prestador del servicio público deberá atenerse a una

“idoneidad reforzada” que responde a la mayor exigencia y al más elevado nivel de cumplimiento de las prestaciones del servicio.

Como señalé, un operador de telecomunicaciones debe tener en consideración que el nivel de expectativa en relación a la prestación del servicio público es mayor respecto a los servicios que se ofertan en el régimen privado, por ello, se debe anotar que “la provisión de estos servicios responde a necesidades básicas y fundamentales de las personas, por lo que la satisfacción adecuada de estas necesidades tiene un impacto decisivo en el bienestar y en el desarrollo del país, toda vez que afecta la salud y la comunicación de las personas, la formación del capital humano y el funcionamiento de todo el aparato productivo⁷⁵”.

4.5.3. Al tomar en consideración que se trata del servicio público esencial de telecomunicaciones, ¿la locución puede afectar la idoneidad en la prestación del servicio?

Conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la idoneidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones responde al cumplimiento de necesidades fundamentales de la persona, así como al ejercicio de sus derechos básicos. En tal sentido, dada su extrema importancia en la sociedad, señalé que el estándar de cumplimiento apunta hacia una “idoneidad reforzada”, la cual distingue la prestación de servicios privados de la prestación de servicios públicos. En el siguiente capítulo analizaré si la locución cuestionada (“prueba la velocidad de la gigared Claro”) tiene incidencia en la idoneidad de la prestación de los servicios de telecomunicaciones por parte de América Móvil.

Se debe recordar que el deber de idoneidad, de forma general, busca proteger las expectativas objetivas de los consumidores, es decir, que exista correspondencia entre lo ofrecido por el proveedor y lo recibido por el consumidor. Ahora bien, en el caso de la prestación de un servicio público la exigencia es mayor, pues mediante este se satisface un interés general que atañe a la colectividad en su conjunto, en tanto coadyuva al ejercicio de derechos fundamentales de la persona. Por ello, en caso de la prestación de servicios públicos el nivel de expectativa es más alto respecto de la prestación de servicios privados.

⁷⁵ TÁVARA MARTÍN, José, OSCÁTEGUI ARTETA, José y AGUILAR ANDÍA, Giovanna. “La regulación de los servicios domiciliarios en el Perú”, Lima: [s.n.], 1997, pp.2.

La falta de idoneidad en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones se evidencia en el inadecuado funcionamiento del acceso al servicio o de la red, que es brindado por la empresa operadora de telecomunicaciones; lo que genera un disgusto y/o malestar en el usuario o abonado del servicio.

En el caso materia de análisis, el Sr. Rojas Leo adujo que se había infringido el deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, ya que, al momento de llamar a una línea de América Móvil, se escuchaba un aviso publicitario no solicitado e inevitable de una marca o servicio de la denunciada (“prueba la velocidad de la gigared Claro”), antes de dar paso a los códigos universales de comunicación, lo que producía que América Móvil falte a sus deberes universales de comunicación al obligarlo a escuchar mensajes de contenido publicitario.

Asimismo, indicó que la reproducción de esta locución transgredía el principio de idoneidad, en la medida que ponía en riesgo la conexión universal de un servicio de comunicación pública que requería de urgencia en la conexión, especialmente en las situaciones delicadas.

En líneas generales, el Sr. Rojas Leo estableció que existía una incompatibilidad legal entre el servicio ofertado por América Móvil y lo efectivamente prestado, pues el usuario contrataba sus servicios para que le otorguen un adecuado sistema de comunicación de telefonía móvil y no un medio para que esta efectúe publicidad no solicitada, ya que esto no era parte del acuerdo contractual suscrito.

Antes de dar paso al análisis pormenorizado de las cuestiones planteadas por el Sr. Rojas Leo, es importante destacar que el estándar de calidad de los servicios públicos se basa en el cumplimiento de garantías legales, en tanto es el regulador quien impone obligaciones normativas que toda empresa de telecomunicaciones debe cumplir. De forma concreta, serán los principios los que envuelven el parámetro legal de cumplimiento en la prestación de servicios públicos, es decir, deberá brindarse de forma coherente con los principios.

Como destacó en el apartado precedente, los principios son los siguientes: (i) continuidad, (ii) regularidad, (iii) igualdad, (iv) universalidad y (v) progresividad. De la denuncia planteada por el Sr. Rojas Leo, no se evidencia quebrantamiento alguno de los principios señalados, por consiguiente, tampoco se puede afirmar la existencia de una afectación directa ni indirecta a la

prestación del servicio público de telecomunicaciones, ya que el Sr. Rojas Leo no ha podido comprobar alguna situación que incida en la calidad o idoneidad del mismo.

De esta forma, se puede alegar que la reproducción de la locución *per se* no significa una afectación en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, al no demostrarse de forma fehaciente la falta de eficiencia o algún defecto que impida su normal disfrute y aprovechamiento. El principio de continuidad es el pilar básico de los servicios públicos en general, en tanto busca que estos se presten de manera ininterrumpida. De lo señalado por el Sr. Rojas Leo, no se evidencia la existencia de problemas en la red de telecomunicaciones que le haya impedido el acceso al servicio, con lo cual se puede inferir que este se llevó a cabo con regularidad. En todo caso, el denunciante no presentó un reclamo ante la misma empresa operadora o el regulador que acreditara que haya habido un problema de calidad del servicio público.

Por otro lado, el Sr. Rojas Leo también alegó que la reproducción de la locución publicitaria significaba un menoscabo de la inmediatez de la comunicación. Este argumento carece de coherencia, pues la locución duraba menos de dos segundos entre la conexión de una llamada y otra, antes de dar paso al timbrado regular. Como puede demostrarse, la locución consta de siete palabras que componen una frase bastante corta, por lo que, de ninguna manera, se puede establecer que retrasa la comunicación o la imposibilita. De hecho, podría entenderse que la frase que está contenida en la locución se reproduce con un propósito identificador de la red de telecomunicaciones a la que está accediendo el usuario y/o abonado del servicio, lo que tampoco demuestra una alteración *per se* de la idoneidad del servicio de telecomunicaciones brindado por América Móvil.

Si bien se puede concluir que el soporte utilizado para emitir publicidad por parte de América Móvil puede ser cuestionable, el análisis de idoneidad de la prestación del servicio público de telecomunicaciones no tiene vinculación con este hecho. Es decir, que se emita publicidad a través de las redes de telecomunicaciones y que esto cause insatisfacción en el Sr. Rojas Leo no significa que, de manera inequívoca, se trata de una afectación a la idoneidad del servicio. No hay un nexo causal evidente que vincule el presunto daño producido al usuario con la reproducción de la locución, por lo que considero que no se produjo una afectación a la idoneidad del servicio prestado por América Móvil.

4.5.4. ¿Las normas sectoriales de telecomunicaciones permiten este tipo de locución telefónica durante una llamada?

Es pertinente volver a indicar que esta locución, como establecí en la cuestión preliminar del presente informe, no se trata de un mensaje inocuo o sonido neutral, sino que es, a todas luces, un anuncio publicitario que está integrado dentro del contexto de una campaña publicitaria mayor que fue emitida a lo largo del territorio nacional. Como ya quedó establecido que la locución se trata de un anuncio publicitario, la relevancia jurídica de las normas del sector competente –dígase, de consumidor y de competencia desleal– se vuelve latente. Por ello, antes que nada, será necesario analizar si las normas del sector de telecomunicaciones permiten este tipo de conductas; es decir, procederé a evaluar la licitud de la reproducción de anuncios publicitarios a través de las redes de telecomunicaciones.

El OSIPTEL reconoce el uso de las locuciones que se dan con carácter informativo, las cuales se emiten de manera auditiva a través de las redes de telecomunicaciones, y cuya finalidad es informar a los usuarios y/o abonados sobre alguna característica esencial o algún comunicado respecto del uso de los servicios de telecomunicaciones. Un ejemplo de ello se puede ver en el artículo 54° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2018-CD-OSIPTEL (en adelante, el TUO de Portabilidad), el cual señala que las locuciones funcionan como un mecanismo de difusión permanente de la información que se le brinda a los usuarios⁷⁶. En la misma línea, el artículo 63° del TUO de Portabilidad establece que *“los Concesionarios Fijos enviarán con periodicidad semestral a todos sus abonados prepago, una locución con un mensaje informativo que defina el OSIPTEL sobre la portabilidad numérica”*.

⁷⁶ Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 286-2018-CD-OSIPTEL:

“Artículo 54.- Mecanismos de Difusión Permanentes.

Para el proceso de difusión de la portabilidad numérica los Concesionarios Móviles y los Concesionarios Fijos, según corresponda, utilizarán como mínimo los siguientes mecanismos, conforme a lo dispuesto para cada uno de ellos en los siguientes artículos de la presente norma:

(...)

(vii) Información a través de locuciones.

(...)”

Otro ejemplo del tratamiento normativo que reciben las locuciones se puede evidenciar en el artículo 27° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTTEL (en adelante, el TUO de Condiciones de Uso), en el que se señala que, en caso de presentarse variaciones en los números telefónicos o de abonado, las empresas operadoras deberán informar sobre el nuevo número a quienes se intenten comunicarse con el abonado cuyo número hubiese sido modificado a través de una locución hablada⁷⁷.

De esta forma, se puede entender que el objetivo del regulador es que las operadoras de telecomunicaciones informen, a través de las locuciones y otros medios, sobre algún aspecto relevante y novedoso que incide directamente en el servicio prestado.

La Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, la UIT) es el organismo especializado en telecomunicaciones de las Naciones Unidas, cuyas disposiciones tienen carácter vinculante, pues el OSIPTTEL las toma como parámetro de referencia a través de sus pronunciamientos. Incluso, el inciso c) del artículo 7° del El Plan Técnico Fundamental de Señalización, aprobado por Resolución Suprema N° 011-2003-MTC (en adelante, Plan Técnico de Señalización) reconoce que las redes de los sistemas de señalización deben portar la información básica suficiente para el establecimiento y liberación de la llamada, exigiendo la aplicación de las recomendaciones de la UIT, conforme se muestra a continuación:

“C) Para el intercambio de información referido a los tonos y anuncios grabados que se transmiten en el servicio telefónico, entre los abonados y las empresas operadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones incluyendo a los servicios especiales con interoperabilidad deberán cumplir con las características y aplicaciones de los

⁷⁷ Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTTEL:

“Artículo 27.- Cambio de número telefónico o de abonado por decisión de la empresa operadora

En caso de variaciones en los números telefónicos o de abonado que se refiere el artículo precedente, las empresas operadoras de los servicios de telefonía fija y de los servicios públicos móviles, se encuentran obligadas a informar sobre el nuevo número a quienes intenten comunicarse con el abonado cuyo número hubiese sido modificado.

Dicha información deberá proporcionarse mediante una locución hablada u otros sistemas, sin costo alguno para el abonado titular de la línea cuyo número ha sido modificado ni para quien origine la llamada. Concluida dicha locución, la empresa operadora podrá enrutar la llamada al nuevo número telefónico o de abonado, en cuyo caso la tasación de la llamada a facturar se efectuará desde que se establece la comunicación con el destino llamado correspondiente al nuevo número.” (Énfasis agregado).

tonos y anuncios grabados establecidas en las Recomendaciones de UIT-T, E.180/Q35 y E.182⁷⁸.”

En tal sentido, serán las recomendaciones de la UIT las que rijan a las obligaciones aplicables a los operadores de telecomunicaciones en relación a los tonos o anuncios que emitan al interior de la red de telecomunicaciones.

En la Recomendación E.180/Q.35 (03/98), la UIT emite directrices sobre la aplicación de los tonos y anuncios grabados en función de las situaciones que puedan presentarse. Más allá de todas las recomendaciones técnicas, se delimitan los tonos que suelen reproducirse durante una comunicación, por ejemplo, el tono de invitación a marcar, el tono de llamada, el tono de ocupado, el tono de congestión, el tono de espera, el tono de llamada entrante, entre otros. Asimismo, contempla la emisión de anuncios grabados que contengan información relevante para el usuario, y así mejorar su experiencia en la comunicación telefónica.

Por otro lado, en la Recomendación E.182 del CCITT del UIT se detalla la aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios telefónicos. En este dispositivo emitido por la UIT se hace la diferenciación entre los tonos y los anuncios grabados, señalando que estos últimos brindan mayor información a los usuarios y confunden menos; sin embargo, también se señala que, por dificultades técnicas y económicas, estos anuncios no pueden usarse en algunas redes de telecomunicaciones. En general, la UIT establece que una aplicación regular de tonos y anuncios grabados será útil para el usuario y/o abonado, pues se realizará una utilización más eficaz de la red telefónica.

Complementando esta información, en la Resolución de Gerencia General 665-2013-GG/OSIPTEL se estableció *que "cada operador es responsable ante sus redes y equipos. Cada parte tiene el derecho de proveer o suministrar al interior de su red, características diferentes a las de otra (por ejemplo, anuncios grabados, tono de timbrado y ocupado, tonos de concesión de red, etc.), siempre y cuando cumplan con lo establecido por el MTC o en su defecto por las Recomendaciones de la UIT sobre el particular"*. Como puede entreverse, estos anuncios o

⁷⁸ El Plan Técnico de Señalización define los métodos a emplearse entre los sistemas de señalización de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones, y entre éstos y sus usuarios, para el establecimiento de las comunicaciones y el envío de información sobre tarificación de llamadas, entre otros fines. Se busca que los sistemas de señalización a utilizarse al interior de una red de telecomunicaciones no perjudiquen la calidad de la red de telecomunicaciones o limite su propósito.

tonos diferenciadores no hacen referencia a anuncios publicitarios, por lo que su uso no está regulado de manera específica.

No conviene confundir la definición de “anuncios” que la UIT y las normas sectoriales⁷⁹ aluden con los anuncios propiamente publicitarios. Las normas revisadas únicamente hacen referencia a los anuncios que dan información esencial al usuario que emplea la red de telecomunicaciones cuando se conecta a través de una llamada. De esta manera se puede afirmar que el uso de anuncios grabados o tonos de timbrados están permitidos dentro de la prestación del servicio público de telecomunicaciones, en tanto brindan información relevante al usuario.

Los tonos y los anuncios pregrabados facilitan la comunicación universal, sin que el idioma sea un único limitante para transmitir la información; y estos tienen la finalidad de que el usuario sepa con certeza cuáles son las indicaciones que debe tomar en consideración para emplear con efectividad el servicio público de telecomunicaciones. Por ello, los tonos y anuncios tienen que ser conocidos por cualquier usuario, empleándose un tiempo breve para no interferir en el uso eficiente del servicio.

Resulta evidente, entonces, que las recomendaciones técnicas de la UIT y las disposiciones sectoriales de telecomunicaciones están destinadas a regular los tonos y anuncios del sistema de telecomunicaciones y no hacen, de ninguna manera, alusión a la publicidad que podría emitirse a través de este tipo de soporte. En otras palabras, se regula únicamente la información útil a ser proporcionada al usuario, información sobre la conexión entre una llamada y otra al momento de acceder a la red de telecomunicaciones.

Ahora bien, como ya lo adelanté, la locución estudiada estudiado puede tener una doble significación: (i) medio identificativo de la red de telecomunicaciones al momento de conectarse a la misma; o (ii) puede tratarse de un anuncio publicitario. Es probable que, ahora que he señalado las formas en las que puede interpretarse el anuncio, exista una tercera significación: una combinación de ambas; es decir, tanto un medio identificativo, como un anuncio publicitario a la vez. En el caso materia de análisis, es indiscutible que se trata de un

⁷⁹ La UIT y las normas sectoriales hacen referencia a los anuncios grabados de manera general, los anuncios grabados que proporcionan información general sobre una tentativa de llamada u orden de control, anuncios grabados específicos, anuncios grabados que da información específica sobre una tentativa de llamada u orden de control, etc.

anuncio publicitario que, probablemente, sea a su vez un medio identificativo de la red de telecomunicaciones.

De ahí que el regulador deberá analizar la pertinencia de dicho anuncio publicitario, pues, como señalé, sí puede tratarse de una información relevante para el usuario, como lo es la identificación de la red de telecomunicaciones que está siendo empleada al momento de conectarse a la llamada. Sin embargo, de manera subrepticia se está deslizando un claro mensaje publicitario.

Debe tenerse presente que actualmente no hay una disposición taxativa que establezca la prohibición de emitir anuncios publicitarios a través de las redes de telecomunicaciones. En otras palabras, no hay una prohibición expresa que impida el uso de la red de telecomunicaciones misma como soporte publicitario. Por consiguiente, existe una libertad negativa (en tanto, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) del operador de telecomunicaciones al realizar esta conducta que no está proscrita por el ordenamiento vigente. Tal como señala Victoria Iturralde, haciendo referencia al principio de permisión, “la importancia de los eventuales vacíos del ordenamiento se desvanece puesto que cualquier acción no regulada resulta (en aplicación de dicho principio) permitida⁸⁰.”

En suma, no se puede afirmar que esta conducta realizada por América Móvil sea ilícita *per se*, pues no se evidencia vulneración alguna de la legislación sectorial de telecomunicaciones, siendo el regulador OSIPTEL quien debe analizar la licitud de la misma. En mi opinión, la emisión de anuncios publicitarios no es una práctica ilegal, pero podría ser regulada para no afectar la calidad y eficiencia de un servicio público tan significativo como es el de telecomunicaciones. A saber, podría establecerse una duración máxima de la locución para no perturbar la inmediatez de las comunicaciones; o en todo caso, podría evaluarse de manera previa las condiciones de la publicidad y la forma como esta deberá ser emitida.

4.5.5. ¿OSIPTEL tiene la competencia para resolver este tipo de controversias?

⁸⁰ ITURRALDE, Victoria. *Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido»*. En: Anuario de filosofía del derecho. Universidad del País Vasco, España, 1998, pp. 187.

El artículo 24° de Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL establece que el *“OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley.”* Además, el artículo 37° del mismo cuerpo normativo señala que las entidades competentes para conocer las reclamaciones de los usuarios son: (i) en primera instancia, la entidad prestadora del servicio; y, (ii) en segunda instancia, el OSIPTEL.

Siguiendo la misma línea, el artículo 39° del Reglamento General del OSIPTEL señala que es función de este organismo supervisar, entre otros, *“los niveles de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo las relaciones de las empresas operadoras con los usuarios y el cumplimiento de las obligaciones de expansión del servicio”*. El artículo mencionado es relevante, pues hace hincapié en la relación jurídica existente entre empresas operadoras de telecomunicaciones y usuarios, buscando que el servicio de telecomunicaciones se dé en niveles altos de eficiencia y calidad.

En concordancia con ello, el artículo 58° del Reglamento General del OSIPTEL indica que las reclamaciones que realizan los usuarios pueden sustentarse en problemas con la calidad e idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones⁸¹. En consecuencia, el artículo 28° del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Atención de Reclamos) establece que el usuario podrá presentar reclamos que versen sobre lo siguiente:

“Calidad o idoneidad en la prestación del servicio: Problemas derivados de un inadecuado funcionamiento de la red y/o en el acceso a los servicios brindados por la empresa operadora que generen insatisfacción del usuario; así como los problemas de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.”

⁸¹ Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo No 008-2001-PCM

“Artículo 58.- Reclamos de Usuarios

OSIPTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra EMPRESAS OPERADORAS, en segunda instancia, que versen sobre las siguientes materias:

(...)

e) Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información brindada al Usuario.

(...)”.

Por lo expresado en las líneas precedentes, el conflicto que originó la denuncia materia del presente análisis puede ser encauzado como una reclamación formulada contra una empresa operadora de telecomunicaciones, en tanto se refiere a un aspecto relacionado con un servicio público de telecomunicaciones, regulado por el OSIPTEL. Siendo así, el OSIPTEL será competente para atender las materias relacionadas con la idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Sin perjuicio de lo mencionado, el Sr. Rojas Leo alegó que el INDECOPI debería ser el organismo competente para resolver la controversia, en tanto la locución cuestionada se trata de un anuncio publicitario que afecta sus derechos como consumidor. Tal como se estableció anteriormente, el conflicto es evaluado en base a una presunta afectación al deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones por parte de América Móvil, por lo que el análisis que se haga de este mensaje publicitario debe ser realizado en base a la reproducción del mismo, mas no de su contenido.

La publicidad es considerada como uno de los parámetros para determinar la expectativa del consumidor. Sin perjuicio de ello, en este caso no se cuestiona que el anuncio publicitario haya inducido error (o haya tenido la potencialidad de hacerlo) al Sr. Rojas Leo respecto a las características de un servicio ofrecido por América Móvil. Si hubiese sido así, el INDECOPI sí sería competente para resolver la controversia.

En la Directiva 001-2014-TRI-INDECOPI, uno de los requisitos que delimita la actuación de la Comisión de Protección al Consumidor, frente a la Comisión de Competencia Desleal es que la denuncia debe versar sobre una afectación producida en base a la información difundida mediante la publicidad. Es decir, alguna de las dos comisiones señaladas intervendrá en el procedimiento si se dan las condiciones para ello: la Comisión de Protección al Consumidor será el órgano resolutorio competente cuando, a raíz de la publicidad, se concrete la relación de consumo; en cambio, la Comisión de Competencia Desleal analizará el contenido del mensaje publicitario velando por el correcto cumplimiento del principio de competencia por eficiencia de los agentes económicos del mercado, sin que la finalidad en sí misma sea proteger directamente al consumidor.

En el caso concreto, la publicidad no fue el elemento informativo transcendental lo que determinó al Sr. Rojas Leo a contratar el servicio de telecomunicaciones ofrecido por América Móvil, por lo que no se puede evidenciar un quebrantamiento entre las expectativas que generó la publicidad y lo realmente contratado. Dicho ello, queda claro, entonces, que INDECOPI no puede intervenir en estas situaciones, ya que no se está cuestionando el contenido de la publicidad, sino la impertinencia de su reproducción a través de un soporte inusual, lo que, presuntamente, afectaría la idoneidad del servicio de telecomunicaciones brindado por América Móvil.

5. Conclusiones

Las conclusiones a las que arribé en la realización del presente informe estarán divididas por ejes temáticos, en función a los problemas jurídicos identificados, incluyendo la cuestión preliminar.

- **Con respecto a la naturaleza de la locución "prueba la velocidad de la gigared Claro":**
 1. La red de telecomunicaciones puede emplearse como un medio o soporte mediante la cual los anunciantes pueden emitir publicidad, en tanto el Decreto Legislativo N° 1044 no impone limitaciones a la configuración y el diseño de los soportes a través de los cuales se emitirá la publicidad.
 2. En el caso materia de análisis, la locución se trata de un claro mensaje publicitario, pues tiene un evidente afán persuasivo e invita al usuario que escucha la locución a probar este nuevo servicio ofrecido por América Móvil (la Gigared 4.5). De esto se colige la existencia de la finalidad concurrencial que, de por sí, tiene todo anuncio publicitario, en tanto produce efectos en el mercado y mejora la posición concurrencial de América Móvil.
 3. A pesar de que puede confundirse la naturaleza publicitaria de la locución con la reproducción de un tono identificador de la red, considero que no se vulnera el principio de autenticidad publicitario, pues el usuario puede identificar claramente que se trata de un anuncio publicitario. De ello se desprende la finalidad mixta que puede llegar a

tener esta reproducción: puede ser tanto un anuncio publicitario, como un sonido identificador de la red de telecomunicaciones. Sin embargo, en tanto se trata de publicidad *per se*, los efectos de la Ley de Represión de la competencia Desleal se despliegan.

- **Con respecto al encauzamiento de la pretensión del Sr. Rojas Leo:**

4. En tanto no existió un error u omisión en la pretensión del Sr. Rojas Leo, la Autoridad realizó un indebido encauzamiento de su pretensión, dejando de lado la pretensión original y auténtica del denunciante. De esta manera, la Comisión vulneró el principio de congruencia procesal que establece la obligación que busca que exista una correlación entre lo solicitado por el administrado y lo resuelto, finalmente, por la Administración. En tal sentido, se debió haber imputado a América Móvil la presunta vulneración al deber de idoneidad y no la comisión de prácticas comerciales agresivas o engañosas.

- **Con respecto a la legitimidad para obrar en defensa de los intereses de los consumidores del Sr. Rojas Leo:**

5. La interpretación y el criterio que exhibe el INDECOPI, a través del Código, en relación a la defensa de los derechos colectivos y difusos de los consumidores es arbitraria, pues no permite que cualquier persona natural pueda interponer una demanda en defensa de los intereses difusos y colectivos de la sociedad, al no encontrarse bajo el amparo de una asociación de consumidores. De manera incomprensible, en el Código solo se ha tomado en consideración lo dispuesto por el artículo 82° del Código Procesal Civil, siendo que existen otras normas en nuestra legislación –como, por ejemplo, el 119° TUO de la LPAG– que permiten que personas naturales puedan invocar la protección de intereses difusos y colectivos. En tal sentido, la interpretación que hace el INDECOPI es antojadiza y aleatoria, ya que no se ha precisado la justificación por la que se ha venido usando este criterio plasmado en el Código.

- **Con respecto a la presunta realización de métodos comerciales agresivos o engañosos por parte de América Móvil:**

6. La conducta de América Móvil no puede ser calificada como un método comercial agresivo o engañoso, así como tampoco cabe la aplicación del inciso e) del artículo 58° del Código, por las siguientes razones:

- i. La red de telecomunicaciones no es un soporte que haya sido considerado en la literalidad del artículo, pues solo se señala los siguientes medios de comunicación que son empleados para enviar publicidad: vía telefónica, mensajes de texto y correos electrónicos.
- ii. A través de la conducta imputada, no se le ha producido un daño directo ni indirecto al Sr. Rojas Leo, en tanto no hay una oferta que se puede aceptar o rechazar.
- iii. No es una conducta activa por parte de América Móvil, pues el Sr. Rojas Leo promueve la comunicación telefónica por iniciativa propia.
- iv. La locución telefónica, en tanto no se trata de un mensaje personalizado, no estuvo dirigida al Sr. Rojas Leo, por lo que no existió un tratamiento indebido de sus datos personales.
- v. Cualquier usuario, incluso quienes no contaban con un servicio de telecomunicaciones brindado por América Móvil, podía escuchar la locución cuestionada.

• **Con respecto a la presunta vulneración del deber de idoneidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones por parte de América Móvil:**

7. En la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones el nivel de exigencia del cumplimiento del deber de idoneidad es mayor, y su cumplimiento se sujeta a garantías legales y a principios rectores de la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Por ello, la actuación de América Móvil debe apuntar hacia una “idoneidad reforzada”.

8. No existe un nexo causal entre la reproducción de la locución con la vulneración al deber de idoneidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. Ello es así porque en el caso materia de análisis no se presentaron pruebas que constaten que se produjeron deficiencias en la prestación del servicio de telecomunicaciones brindado por América Móvil. A su vez, no se evidenció el quebrantamiento de alguno de los principios que rigen la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que cabe concluir que la locución *per se* no generó una afectación al Sr. Rojas Leo, ergo, no se vulneró el deber de idoneidad.
9. En tanto las normas sectoriales de telecomunicaciones solo hacen alusión a los anuncios informativos y no señalan nada respecto de la emisión de publicidad a través de las redes de telecomunicaciones, la conducta de América Móvil es lícita. Sin perjuicio de ello, sería oportuno que el regulador evalúe –sin que signifique una regulación engorrosa e invasiva que afecte sobremanera a los operadores de telecomunicaciones– la reproducción de los anuncios publicitarios a través de las redes de telecomunicaciones, con la finalidad de lograr, de manera preventiva, que no se afecte la calidad y eficiencia del servicio público de telecomunicaciones brindado.
10. Si bien se ha establecido que la locución emitida por América Móvil se trata de un mensaje publicitario, se debe advertir que no se está analizando el contenido de la publicidad, y tampoco esta ha sido determinante para que el Sr. Rojas Leo contrate el servicio de telecomunicaciones. En tal sentido, lo que se evalúa es la pertinencia de la locución publicitaria a través de las redes de telecomunicaciones y cómo esta puede impactar en la idoneidad del servicio público prestado. Siendo ello así, como se trata del análisis que se hace respecto de la prestación de un servicio de telecomunicaciones, el OSIPTEL debería ser el organismo competente para resolver en segunda instancia administrativa la presente controversia.

6. Bibliografía

BARBOSA, Viviana

2014 “Generando confianza en el comercio electrónico: Análisis de la conveniencia de reconocer el derecho de retracto a favor de los consumidores que celebran contratos de consumo por internet”. Tesis, tesis para optar el grado de Magíster

en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, escuela de Posgrado, pp. 35.

BULLARD, Alfredo

2010 “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10, pp. 10, pp. 20.

CARBONELL, Esteban

2015 “Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Edición: mayo 2015. Lima: Editorial JURISTA EDITORES E.I.R.L. pp. 274 – 282.

CAVERO, Enrique

2016 “¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano”. Ius Et Veritas N° 53, pp. 6.

DANÓS, Jorge

2008 “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. En: THEMIS Revista de Derecho N° 55. 2008, pp. 258.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>

ESPINOZA, Juan

2006 “Derecho de los Consumidores”. Lima: Rodhas, pp. 102.

FERRAND, Enrique

2004 “Los derechos de los consumidores”. En: Ley de Protección al Consumidor, Rodhas, Lima, pp. 66.

GALVÁN, Gustavo A.

2006 “Las Asociaciones de Consumidores en Lima: Desarrollo y Limitaciones”. Pensamiento Crítico. Facultad de Ciencias Económicas, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2006, pp. 2, pp. 5.

<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/econo/article/view/9279>

GLAVE, Carlos

2012 “El Proceso Colectivo según el Código de Consumo”. Revista de Círculo de Derecho Administrativo N° 11, pp. 344, p. 348.

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565>

HUAPAYA, Ramón

2015 . “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”. Ius Et Veritas N° 50. 2015, pp. 375, pp. 386.

HUAPAYA, Ramón

2019 “El proceso contencioso-administrativo”. Fondo Editorial de la PUCP, pp. 64.

ITURRALDE, Victoria

1998 “Consideración crítica del principio de permisión según el cual «lo no prohibido está permitido”. En: Anuario de filosofía del derecho. Universidad del País Vasco, España, 1998, pp. 187.

MASSAGUER, José

2010 “Las prácticas agresivas como acto de competencia desleal”. Artículo de ResearchGate, pp. 9.

<https://www.researchgate.net/profile/Jose-Massaguer>

MORÓN, Juan Carlos

2019 “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Décima Cuarta Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 559, pp. 560, pp. 561, pp. 638-639.

REJANOVINSCHI, Moisés

2017 “HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN LA COMUNIDAD ANDINA”. En: Derecho PUCP. Lima, 2017, pp. 31.

<http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110987>

RODRÍGUEZ, Gustavo

2010 “El Fantasma de las ventas agresivas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor”. Actualidad Jurídica. Lima, 2010, número 202, pp. 45-48.

RODRÍGUEZ, Gustavo

2013 “FUNDAMENTOS ECONÓMICOS Y LEGALES DE LA LEGISLACIÓN SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y CLÁUSULA GENERAL”. Revista del Indecopi. Volumen 9. Número 17, pp. 6.

RODRÍGUEZ, Gustavo

2013 “El consumidor en su isla: una visión alternativa del sistema de protección al consumidor.” Primera edición. Lima: Universidad del Pacífico, pp.75.

SOSA, Alex y RODRÍGUEZ, Gustavo

2014 “Con Licencia para Anunciar”. Editorial THEMIS. Lima, pp. 3, pp. 93, pp. 171.

SOLÓRZANO, Raúl

2005 “La esponsorización como mecanismo de publicidad comercial”. Ius Et Veritas N° 30, pp. 2.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11789>

STUCCHI, Pierino

2011 “La Ciudadanía Económica en el Perú: El Consumidor”. Marzo, 2011, pp. 13.

TASSANO, Herbert

2010 “Tribunal Especial Económico para servicios Públicos” En: Revista de Economía y Derecho, vol. 7, N° 25. 2010, pp. 161.
<https://revistas.upc.edu.pe/index.php/economia/article/view/279>

TÁVARA MARTÍN, José, OSCÁTEGUI ARTETA, José y AGUILAR ANDÍA, Giovanna

1997 “La regulación de los servicios domiciliarios en el Perú”, Lima: [s.n.], 1997, pp.2.

ZEGARRA, Diego

2014 “LA ACTIVIDAD DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN DEL INDECOPI EN EL MARCO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES”. Revista PRAECEPTUM. Año 1 Número 1, INDECOPI, Lima, 2014.

Resoluciones citadas:

- Resolución N° 0041-2019/SDC-INDECOPI del Expediente N° 061-2017/CCD.
- Resolución N° 0134-2018/SPC-INDECOPI del Expediente N° 064-2016/CPC-INDECOPI-LOR.
- Resolución Final N° 1297-2016/INDECOPI-LAL del Expediente N° 0039-2016/CPC-INDECOPI-CHT emitido por la Comisión de la Oficina Regional de del Indecopi de La Libertad.
- Resolución N° 1931-2016/SPC-INDECOPI del Expediente N° 592015/CPCINDECOPI-JUN.
- Resolución 0002-2020/SPC-INDECOPI de fecha 3 de enero de 2020.
- Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 04293-2012-PA/TC (LORETO CONSORCIO REQUENA).

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 2

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : JUAN FRANCISCO ROJAS LEO

DENUNCIADA : AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

MATERIAS : MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS O ENGAÑOSOS
IMPROCEDENCIA

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: *Se confirma, modificando sus fundamentos, la Resolución 780-2020/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de América Móvil Perú S.A.C. por presunta infracción del literal e) del artículo 58°.1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; referida a que la proveedora habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales serían escuchadas al momento de marcar a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, y antes de dar paso al timbrado regular, sin que medie el consentimiento del usuario.*

Ello, toda vez que este hecho no encuadra en el tipo legal imputado en este extremo, atendiendo a que en estricto no fue el proveedor quien se dirigió al consumidor a fin de promover sus productos o servicios, empleando medios de comunicación no autorizados previamente por el último; sino que, la cuestionada locución “prueba la velocidad de la gigared Claro”, era escuchada en el marco de una comunicación telefónica que el usuario promovía por propia iniciativa, hacia otro número de teléfono de la red de la denunciada.

Asimismo, se declara la nulidad parcial de las resoluciones de imputación de cargos y de la resolución final, por vulneración del Principio de Congruencia Procesal. Ello, en tanto la primera instancia omitió imputar y pronunciarse sobre el hecho denunciado referido a que América Móvil Perú S.A.C. habría programado una locución ajena al servicio, que sería escuchada cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal (hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión); como una presunta infracción del deber de idoneidad.

Asimismo, en vía de integración, se declara improcedente la denuncia interpuesta en contra de América Móvil Perú S.A.C., referida a que la proveedora habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario no solicitado de una marca o producto: “prueba la velocidad de la gigared Claro”), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de

comunicación universal; hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión. Ello, en tanto el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel es el ente competente para analizar el referido hecho como una presunta infracción del deber de idoneidad del servicio de telefonía móvil.

Finalmente, se confirma, modificando sus fundamentos, la Resolución 1760-2019/CC2, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta en defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de América Móvil Perú S.A.C. Ello, en tanto, sin perjuicio de que el hecho denunciado no se encuentra dentro del ámbito de competencia del Indecopi, el denunciante no contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

Lima, 22 de diciembre de 2020

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 28 de agosto de 2019 (subsanoado en cuanto a la tasa administrativa¹ el 19 de setiembre de 2019), el señor Juan Francisco Rojas Leo (en adelante, el señor Rojas) denunció a América Móvil Perú S.A.C.² (en adelante, América Móvil), Entel Perú S.A.A. (en adelante, Entel) y Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Movistar) por presuntas infracciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código), señalando lo siguiente:
 - (i) Denunciaba por derecho propio y en representación de la ciudadanía, en defensa de los derechos de los consumidores afectados;
 - (ii) el servicio de telefonía móvil tenía códigos de aviso y conexión a los usuarios característicos, como: timbrado largo intermitente que significaba “llamando”, y timbrado breve intermitente que significaba “línea ocupada”;
 - (iii) se había infringido el deber de idoneidad, puesto que, al momento de llamar a una línea de las denunciadas, y en específico, de América Móvil, se escuchaba un aviso publicitario no solicitado e inevitable de una marca o producto (“*prueba la velocidad de la gigared Claro*”), antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; aviso que era programado por dicha concesionaria de servicio público móvil;

¹ Requerida mediante Resolución 1 del 12 de setiembre de 2019.

² RUC 20467534026. Domicilio Fiscal: avenida Nicolás Arriola 480, urbanización Santa Catalina, distrito de La Victoria, provincia y departamento de Lima. Información obtenida de <https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>

- (iv) la introducción de spots publicitarios transgredía el principio de idoneidad, en la medida que las concesionarias del servicio de telefonía móvil pretendían captar usuarios de las otras compañías rivales usando un medio no consentido por el consumidor del servicio y poniendo en riesgo la conexión universal de un servicio de comunicación pública que requería de urgencia en la conexión, en especial en situaciones delicadas (secuestro o robo, por ejemplo);
 - (v) la legislación vigente establecía que el consumidor no puede ser obligado a recibir publicidad no solicitada y menos por métodos coercitivos; siendo esto lo que las denunciadas efectuaban en perjuicio de todos los peruanos;
 - (vi) el hecho denunciado era público y notorio, por lo que no requería probanza;
 - (vii) existía incompatibilidad legal entre el servicio de telefonía móvil que ofertaban las denunciadas y el servicio efectivamente prestado, en la medida que el usuario contrataba con ellas para que le otorgaran un adecuado sistema de comunicación de telefonía móvil, y no un medio para que las empresas efectúen publicidad que no era parte del vínculo contractual entre ellas y los usuarios; y,
 - (viii) solicitó el cese de cualquier proposición con contenido publicitario en el servicio público de telefonía móvil entre las diferentes operadoras.
2. Mediante Resolución 2 del 11 de setiembre de 2019, emitida en el marco del trámite del expediente 1139-2019/CC2, se dispuso la desacumulación de este último, a fin de que la denuncia en contra de cada uno de los proveedores denunciados (Entel, Movistar y América Móvil) se tramitara de manera separada; correspondiendo a esta última el expediente 1212-2019/CC2.
3. A través de la Resolución 1760-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019, la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 (en adelante, la Comisión), decidió, entre otros, lo siguiente:
- (i) Declarar improcedente la denuncia interpuesta por el señor Rojas en defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de América Móvil; en tanto carecía de legitimidad para obrar respecto de un interés colectivo o difuso, es decir, no constituía una asociación de consumidores; y,
 - (ii) admitir a trámite la denuncia del señor Rojas (en el extremo que invocó la afectación de su interés particular) en contra de América Móvil por presunta infracción del artículo 58°.1 literal e), en tanto habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales eran escuchadas al momento de marcar a cualquier número de teléfono móvil de la denunciada, y antes de dar paso al timbrado regular, sin que medie su consentimiento como usuario.

4. El 24 de octubre de 2019, el señor Rojas apeló la Resolución 1760-2019/CC2, bajo los siguientes argumentos:
- (i) Nunca alegó tener la condición de una asociación de consumidores, sino que invocó el artículo 119° del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), lo cual no había sido considerado la Comisión;
 - (ii) lo único que dicha norma legitimaba era que lo decidido para uno beneficie a todos, y que la intervención de la autoridad sirva al bien común que podría estar afectado; dado que legitimaba a cualquier ciudadano para que pudiera presentar denuncias ante la autoridad alegando el interés difuso de la sociedad;
 - (iii) el artículo 107° del Código no prohibía ni restringía la aplicación del TUO de la LPAG, ni se afectaba la condición supletoria de esta respecto de toda norma especial;
 - (iv) el TUO de la LPAG era de aplicación obligatoria en los procedimientos especiales, particularmente cuando reconocía derechos;
 - (v) por consiguiente, se incurría en una aparente motivación, dado que la Comisión descartó sus argumentos con normas del sistema de protección al consumidor, pero que estaban referidas a las asociaciones de consumidores, sin evaluar el contenido del artículo de la norma que invocó; y,
 - (vi) los intereses defendidos eran difusos, pues pese a la dificultad operativa, era posible identificar a los usuarios del servicio brindado por la denunciada; siendo que, de seguir la postura de la Comisión, los afectados tendrían que constituir y registrar una asociación de consumidores para recién denunciar las infracciones.
5. El 4 de noviembre de 2019, América Móvil presentó sus descargos, alegando esencialmente lo siguiente:
- (i) La locución denunciada no se generaba por una posición activa de su empresa, sino pasiva, ya que quien iniciaba la llamada era el consumidor; por lo que no se configuraba el supuesto imputado, esto es, que el proveedor efectuara de manera “proactiva” una llamada o enviara un mensaje a un consumidor, habiendo elegido previamente a dicho destinatario;
 - (ii) no empleaba centros de llamadas, sistemas de llamado telefónico, ni algún servicio de telemercadeo;
 - (iii) la locución no llegaba ni a los dos (2) segundos y permitía a los usuarios identificar la red de telefonía móvil con la que se comunicaban; por lo que no calificaba como método agresivo, sino como una mera comunicación publicitaria;

- (iv) el denunciante no expresaba una afectación concreta, más aún si alegó que no era necesario presentar medios probatorios; y,
 - (v) solicitó que se incluya a Viettel Perú S.A.C. (en adelante, Bitel) en el procedimiento.
6. El 7 de enero de 2020, el denunciante presentó un escrito solicitando la reformulación de la imputación, alegando que lo realmente denunciado era una infracción del deber de idoneidad, más no la aplicación de un método comercial agresivo o engañoso. Asimismo, informó que la locución publicitaria de América Móvil fue cambiada por la frase “*Bienvenido al nuevo Claro*”.
7. Mediante Resolución 780-2020/CC2 del 9 de junio de 2020, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Declaró improcedente la solicitud de nulidad formulada por el señor Rojas (a efectos de que el hecho se evalúe como una presunta infracción del deber de idoneidad y no como un método comercial agresivo) respecto de la imputación de cargos realizada mediante Resolución 1758-2019/CC2 (Sic);
 - (ii) denegó la solicitud de América Móvil sobre incluir como denunciada a Bitel;
 - (iii) declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de América Móvil por presunta infracción del artículo 58° literal e) del Código, referida a que el proveedor denunciado habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales serían escuchadas al momento de marcar a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, y antes de dar paso al timbrado regular, sin que medie el consentimiento del usuario; y
 - (iv) denegó las medidas correctivas solicitadas y el pago de las costas y costos del procedimiento.
8. El 23 de julio de 2020, el señor Rojas apeló la Resolución 780-2020/CC2, señalando lo siguiente:

Sobre la imputación de cargos

- (i) Formuló los hechos de su denuncia como una infracción de los artículos 18° y 19° del Código, en la medida que la denunciada le prestaba un servicio de telecomunicaciones; siendo que, antes de establecer una llamada -de una operadora a otra- y de dar paso a los códigos de comunicación universal, lo obligaba a escuchar publicidad de la marca o producto. Esto significaba, en otras palabras, que la denunciada faltaba a sus deberes universales de comunicación y le obligaba a escuchar sus mensajes de contenido publicitario;
- (ii) usar la palabra “coercitivo” no implicaba que hubiera denunciado un método comercial coercitivo o agresivo, dado que estos estaban

- relacionados con la venta del producto o servicio; sino que, lo único pretendido fue expresar que se trataba de una práctica respecto de la cual el denunciante no tenía posibilidad alguna de sustraerse, por lo que su voluntad estaba coartada;
- (iii) en ese sentido, se denunció la situación de coerción de tener que escuchar un mensaje publicitario mientras se le prestaba el servicio público de telefonía, lo cual implicaba un servicio no idóneo; más aún si la falta de idoneidad se daba cuando el servicio ya fue adquirido, por lo que no podía hablarse de un método comercial agresivo o engañoso;
 - (iv) el hecho de reconducir la denuncia bajo una tipificación diferente era una especie de estrategia de la autoridad para que la denuncia sea declarada infundada;
 - (v) la primera instancia no formuló cuidadosamente la imputación de cargos en contra de América Móvil; pues si bien una práctica comercial coercitiva era una especie del género falta de idoneidad, era una conducta que no se ajustaba a los hechos descritos en su denuncia; y,
 - (vi) en ese sentido, debía declararse la nulidad de la resolución que admitió a trámite este extremo y ordenarse una nueva imputación de cargos a la Comisión, por una presunta infracción del deber de idoneidad; y, declarar la responsabilidad de la Secretaría Técnica y la Comisión, pues esto ocasionaba una dilatación de tiempo en el procedimiento y consiguientes gastos innecesarios.

Respecto de las locuciones con mensajes publicitarios al marcar cualquier número de teléfono móvil de la denunciada

- (vii) Sí existía una infracción evidente a las normas de protección al consumidor y al derecho que tenía a recibir un servicio en los términos que debe ser prestado; no obstante, la Comisión realizó una incorrecta interpretación del marco legal vigente, por lo que incluso el análisis efectuado por la autoridad fue erróneo;
- (viii) se aludió al Plan Técnico Fundamental de Señalización, aprobado por Resolución Suprema 11-2003-MTC y a las Recomendaciones E.182, "Aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios telefónicos" emitidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT); las cuales se ocupaban de las respuestas que las redes telefónicas debían dar a los abonados en el proceso de explotación de los servicios telefónicos básico y suplementarios, reconociendo que podían usarse tonos y anuncios pregrabados;
- (ix) en base a ello, se concluyó que el uso de anuncios grabados o tonos de timbrado eran permitidos en la prestación del servicio de telecomunicaciones, pues permitían que se informe adecuadamente a los usuarios sobre la red empleada;

- (x) sin embargo, la Comisión interpretó erróneamente el concepto de “anuncios grabados”, al asumir que dentro de estos se encontraban os anuncios publicitarios; sin considerar que, las normas técnicas citadas sólo aludían a la información comunicada por el sistema telefónico al abonado que le sería de utilidad en el servicio de telecomunicaciones, es decir, con la finalidad de utilizar más eficazmente la red telefónica, y así facilitar la comunicación universal;
- (xi) la Comisión efectuó una cita parcial y tergiversada del documento técnico, puesto que, si hubiera citado objetivamente el mismo, identificaría que cuando se habla de “tonos y anuncios grabados” era imposible entender de manera coloquial que se tratara de anuncios publicitarios, sino más bien en el sentido técnico del ámbito de la telefonía, tal como se detallaba en la Recomendación E.182, “Aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios telefónicos”;
- (xii) dicha recomendación técnica estaba destinada a regular los tonos y anuncios del sistema de telefonía, conforme los ejemplos brindados en su Anexo, y no hacía alusión a publicidad u otros tipos de anuncios que no sean aquellos destinados a dar información sobre la conexión o intento de conexión en el uso del servicio; ello, más aún si se omitió un extracto de la recomendación técnica número 3: *“cuando un abonado deba esperar una reacción de la red, no se transmitan tonos o anuncios. Esto es aplicable, por ejemplo, al plazo que precede a la recepción del tono de invitación a marcar o al periodo de espera después de marcar”*;
- (xiii) el servicio de telefonía móvil se caracterizaba por la inmediatez de la conexión, lo cual quería decir que, ante una llamada en este circuito, el requirente de la conexión debía escuchar los códigos universales y no la publicidad que forzosamente hacían oír las empresas de telecomunicaciones en el Perú;
- (xiv) a fin de declarar infundada la denuncia, la Comisión se refirió a la Resolución de Gerencia General 665-2013-GG/OSIPTEL, indicando la necesidad de emplear tonos y anuncios pregrabados a fin de diferenciar a las operadoras; sin embargo, debía considerarse que dicha disposición se refería a los tonos y anuncios grabados en el marco de telecomunicaciones, conforme las recomendaciones de la UIT, por lo que no estaba admitiendo los anuncios o *spots* publicitarios;
- (xv) en el supuesto extremo de que dicho acto administrativo fuera una autorización para realizar publicidad, debía tenerse presente que este era un acto de menor jerarquía y no podía ir en contra de las normas que regulaban la prestación técnica del servicio;
- (xvi) la actuación de la Comisión quitaba la posibilidad que se analice la idoneidad del hecho infractor que se incluyan mensajes publicitarios en el servicio esencial de telefonía;
- (xvii) siendo que lo denunciado era la inclusión de publicidad durante la conexión de la llamada, lo cual generaba como consecuencia que se

- perda tiempo en establecer la conexión; esta conducta estaba vinculada a dos temas de competencia del Indecopi, como eran la idoneidad del servicio prestado a un consumidor, y la publicidad; más aún si esta era la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones de las normas de protección al consumidor;
- (xviii) al haberse tomado conocimiento de su denuncia y una posible vulneración a los consumidores, debían efectuarse las acciones pertinentes en el marco de su competencia, de tal modo que si consideraba que existía una afectación adicional a los consumidores que podría ser competencia del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel, debía remitirse la denuncia a dicha autoridad;
- (xix) solicitó la enmienda del error contenido en la decisión apelada, respecto de la numeración de la resolución de imputación de cargos, pues se la había identificado erróneamente como “Resolución 1758-2019/CC2”; y,
- (xx) solicitó el uso de la palabra.
9. El 24 de noviembre de 2020, América Móvil presentó virtualmente un escrito absolviendo la apelación del señor Rojas, solicitando que se confirme la recurrida conforme los siguientes argumentos:
- (i) La denuncia del señor Rojas estaba limitada a los supuestos métodos comerciales agresivos a través de llamadas no solicitadas para promover la contratación de productos y servicios; por lo que pretender extender su denuncia a una presunta infracción del deber de idoneidad era extemporáneo e improcedente;
- (ii) sin perjuicio de lo señalado, aun en el supuesto negado que se ampare el pedido del denunciante y declare la nulidad de la imputación de cargos, y en vía de integración, se impute la presunta infracción del deber de idoneidad, la denuncia era improcedente pues lo cuestionado estaría vinculado al servicio de telecomunicaciones, respecto del cual la competencia exclusiva para dilucidar controversias era del Osiptel;
- (iii) en un primer momento, el señor Rojas apeló la resolución de imputación de cargos únicamente en el extremo que declaró la improcedencia parcial de su denuncia; sin embargo, luego de más de dos (2) meses de iniciado el procedimiento y después de haber recibido sus descargos, el 9 de enero de 2020 solicitó la modificación de la imputación de cargos, por lo que su pedido de nulidad era infundado al no haberse formulado en la primera oportunidad que tenía para hacerlo;
- (iv) no era posible interpretar que, la locución escuchada por los usuarios antes de que se establezca la llamada hacia el número marcado, encajaba dentro del supuesto expresamente previsto en el literal e) del artículo 58°.1 del Código y, por tanto, la autoridad administrativa no podía sancionar la conducta que sustentaba su imputación;

- (v) la locución en cuestión no se originaba como consecuencia de una conducta proactiva de su empresa (es decir, a través de centros de llamada *-call centers-*, sistemas de llamado telefónico o en el marco de un servicio de telemarketing contratado por el proveedor), sino que se producía como consecuencia de una acción previa del propio usuario, quien actuaba como sujeto activo;
 - (vi) además, la locución ni siquiera correspondía al operador del usuario que efectuaba la llamada, sino al operador de la red de destino que no era necesariamente el mismo operador desde cuya red se originaba la llamada; y,
 - (vii) la locución a la que se exponía al usuario no solo no encajaba dentro de la prohibición establecida en el literal e) del artículo 58°.1 del Código, sino que tampoco implicaba en modo alguno dolo, violencia o intimidación que haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor, como para ser considerado un método comercial agresivo o engañoso. Por el contrario, la locución que escuchaban los usuarios al hacer una llamada no llegaba ni a dos (2) segundos de duración y permitía a los usuarios identificar la red de telefonía móvil con la que se estaban comunicando (Claro, Movistar, Entel o Bitel).
10. Cabe indicar que, conforme la revisión de los actuados, el pronunciamiento de esta instancia se referirá a los recursos de apelación interpuestos por el señor Rojas en contra de la decisión final de la Comisión (Resolución 780-2020/CC2) y de la improcedencia parcial de la denuncia (Resolución 1760-2019/CC2).

ANÁLISIS

I. Cuestiones previas:

(1.i) Sobre el pedido de uso de la palabra

- 11. En el presente caso, el denunciante solicitó a través de su escrito de apelación la programación de un informe oral a fin de exponer los argumentos que sustentaban su defensa.
- 12. Sobre el particular, es necesario precisar que el artículo IV numeral 1°.2 del TUO de la LPAG, desarrolla el Principio del Debido Procedimiento; el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y a solicitar el uso de la palabra³.

³ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

13. Como se observa, en el marco de dicha normativa general la solicitud del uso de la palabra es una de las expresiones del Principio del Debido Procedimiento; no obstante, dicho pedido deberá analizarse en concordancia con la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante el Indecopi (como ocurre en el presente caso), el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033 dispone que, las Salas podrán convocar o denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante resolución debidamente motivada⁴.
14. Siendo ello así, por mandato específico de la referida norma, es facultad discrecional de esta Sala citar a las partes de un procedimiento a informe oral, ya sea a pedido de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la autoridad administrativa a convocar a estas a informe oral en todos los procedimientos de su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados.
15. Por tanto, resulta claro que la denegatoria de un informe oral no involucra una contravención al Principio del Debido Procedimiento, ni al derecho de defensa del administrado, en la medida que las disposiciones legales específicas sobre la materia otorgan la facultad a la Autoridad Administrativa de concederlo o no. Además, las partes del procedimiento pueden desplegar su actividad probatoria y de alegación, a través de la presentación de medios probatorios, alegatos e informes escritos, los mismos que serán evaluados al momento de resolver el caso en concreto.
16. En la misma línea, mediante Resolución 16 del 2 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente 7017-2013 (el mismo que fue archivado definitivamente, según lo dispuesto en la Resolución 17 del 16 de marzo de 2017), la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo 807, Ley que aprueba las facultades, normas y organización del Indecopi, una vez puesto en conocimiento de la Comisión del Indecopi lo actuado para la resolución final, las partes podían solicitar la realización de un

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 16°.** - **Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.** 16.1. Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

informe oral ante la Comisión del Indecopi, siendo que la actuación o la denegación del mismo quedará a criterio de la Autoridad Administrativa, según la importancia y la trascendencia del caso.

17. En ese sentido, el órgano jurisdiccional bajo mención ratificó que, bajo lo dispuesto en la mencionada norma legal, la convocatoria a una audiencia de informe oral, por parte de la Comisión (o del Tribunal) del Indecopi, es una potestad otorgada a este órgano administrativo, mas no una obligación, considerando además que no hay necesidad de actuar dicha audiencia, cuando se estime que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas fueran suficientes para resolver la cuestión controvertida.
18. En consecuencia, considerando que obran en autos los elementos de prueba suficientes a efectos de emitir un pronunciamiento, así como que el señor Rojas ha podido exponer y sustentar sus argumentos a lo largo del procedimiento; corresponde en uso de la potestad o prerrogativa conferida por la Ley, denegar el pedido de informe oral planteado por dicho apelante.

(1.ii) Sobre la corrección del error material relacionado al número de la resolución de la imputación de cargos

19. El artículo 212°.1 del TUO de la LPAG, establece que: *“Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión”*⁵.
20. Asimismo, conforme a lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, la Sala es competente para pronunciarse sobre las solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de sus propias resoluciones⁶.
21. Adicionalmente, en el artículo 28° de la citada norma⁷ se indica que procederá la enmienda de la resolución, de oficio o a petición de parte, en caso la misma

⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 212°.- Rectificación de errores.**

212.1 Los errores material o aritmético en los actos administrativos pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión.

212.2 La rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original.

⁶ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 27°.- Competencia funcional de Salas del Tribunal.** Las Salas que integran el Tribunal del INDECOPI conocerán de las causas que se le presenten, exclusivamente en los siguientes casos:

(...)

e) Solicitudes de enmienda, ampliación y aclaración de las resoluciones que emitan.

⁷ **DECRETO SUPREMO 009-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28°.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.** - Las Salas del Tribunal sólo podrán enmendar

M-SPC-13/1B

11/35

contenga errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presente inexactitudes evidentes. La enmienda podrá realizarse en cualquier momento, incluso en ejecución de acto administrativo, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión.

22. De la revisión de la Resolución 780-2020/CC2, se aprecia que, en el primer punto resolutivo, la Comisión señaló que declaraba infundada la solicitud de nulidad planteada por el señor Rojas “*respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1758-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019*”; pese a que lo correcto era señalar “*respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1760-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019*”.
23. Por consiguiente, se dispone la rectificación del error material antes señalado, de tal manera que se debe entender, en cuanto a la Resolución 780-2020/CC2 (primer punto resolutivo), que se declaraba infundada la solicitud de nulidad planteada por el señor Rojas “*respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1760-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019*”.

(1.iii) Sobre la nulidad parcial de la resolución de imputación de cargos y la Resolución 780-2020/CC2

24. El artículo 10° del TUO de la LPAG, contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez⁸. Asimismo, el artículo 3° de la citada norma establece como requisito de validez de los actos administrativos, que el mismo sea dictado bajo la observancia del desarrollo de un procedimiento regular⁹.
25. En virtud del Principio de Debido Procedimiento, la autoridad administrativa tiene la obligación de motivar las resoluciones y actos administrativos emitidos, exponiendo las razones jurídicas y normativas que justifican la decisión

sus resoluciones en caso las mismas contengan errores manifiestos de escritura o de cálculo, o presenten inexactitudes evidentes. La enmienda podrá producirse de oficio o a pedido de parte, en cualquier momento, incluso en ejecución de acto administrativo, siempre que no altere lo sustantivo de su contenido ni el sentido de la decisión.
(...)

⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 10°.- Causales de nulidad.**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos.**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. Procedimiento regular. - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

adoptada y pronunciándose sobre los pedidos y alegatos expuestos por las partes a lo largo del procedimiento.

26. De igual manera, el artículo 5°.4 del TUO de la LPAG dispone que el contenido de un acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados en el procedimiento¹⁰.
27. El Principio de Congruencia se sustenta en el deber de la Administración de emitir un pronunciamiento respecto de todos los planteamientos formulados por los administrados, sea para acogerlos o desestimarlos, de modo tal que mediante la resolución que decida sobre dicha pretensión, la Administración emita íntegramente opinión sobre la petición concreta de los administrados.
28. Un objeto o contenido¹¹ irregular será aquel que es incongruente con las cuestiones planteadas por los administrados. De esto último se deriva la exigencia del deber de congruencia entre lo alegado por las partes y lo resuelto por el juzgador¹².
29. En el escrito de denuncia, el señor Rojas indicó, entre otros, que denunciaba a América Móvil porque, al momento de llamar a las líneas telefónicas que operaba, escuchaba un aviso publicitario no solicitado e inevitable de la marca o producto ("*prueba la velocidad de la gigared Claro*"), antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; aviso que era programado por dicha concesionaria de servicio público móvil.
30. En ese sentido, alegó que: (i) se transgredía el principio de idoneidad, puesto que existía incompatibilidad legal entre el servicio de telefonía móvil que ofertaban las denunciadas y el servicio efectivamente prestado, en la medida que el usuario contrataba con ellas para que le otorgaran un adecuado sistema

¹⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS Artículo 5°. - Objeto o contenido del acto administrativo.**
(...)
5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados (...)

¹¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.** Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(...)
1. Objeto o contenido. - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

¹² **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 198°. - Contenido de la resolución.**
(...)
198.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

de comunicación de telefonía móvil, y no un medio para que las empresas efectúen publicidad que no era parte del vínculo contractual entre ellas y los usuarios; y, (ii) la legislación vigente establecía que el consumidor no podía ser obligado a recibir publicidad no solicitada y menos por métodos coercitivos; siendo esto lo que las denunciadas (entre las cuales estaba América Móvil) efectuaban en perjuicio de todos los peruanos.

31. Al respecto, la Comisión calificó jurídicamente -mediante la Resolución 1760-2019/CC2- el hecho denunciado, como una presunta infracción del artículo 58° literal e) del Código; y desestimó, en su decisión final, el pedido efectuado por el señor Rojas para modificar dicha imputación de cargos.
32. Esto último se sustentó, según la primera instancia, en que el recurrente sí había denunciado el presunto envío de publicidad de productos y servicios por parte de la denunciada sin su consentimiento, supuesto que calificaba como un presunto método comercial agresivo o engañoso; resaltando que en la denuncia se hizo referencia directa a la modificación realizada al literal e) del artículo 58° del Código, por lo que en aplicación del Principio de Especialidad y el deber de encauzamiento de oficio del procedimiento, se había calificado adecuadamente el hecho denunciado.
33. Sobre el particular, esta instancia coincide parcialmente con la primera instancia, en el extremo referido a que el señor Rojas sí expresó en su denuncia la presunta aplicación de un método comercial coercitivo; en tanto que, en el párrafo 11 del escrito de denuncia se menciona lo siguiente:

*“El Decreto Legislativo N° 1390, norma que modificó el CPYDC, estableció la prohibición de todas aquellas prácticas comerciales que significaran atentar contra la libertad del consumidor mediante centros de llamadas, sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular, entre otros, todo esto con la finalidad de promover productos y/o servicios. En otras palabras, nuestra legislación vigente es clara en establecer que el consumidor no puede ser obligado a recibir publicidad que no ha solicitado y meno [Sic] por métodos coercitivos, es decir, métodos que ponen en merma su libertad. **Esto es precisamente lo que las empresas denunciadas vienen efectuando, burlando la ley en perjuicio de todos los peruanos que tienen un aparato de telefonía celular**”.*

(resaltado agregado)

34. En ese sentido, aun cuando el señor Rojas manifestó en su recurso de apelación que, al usar la palabra “coercitivo” lo único pretendido fue expresar que el hecho denunciado se trataba de una práctica respecto de la cual el denunciante no tenía posibilidad alguna de sustraerse, haciendo que su voluntad estuviera coartada e implicando un servicio no idóneo; lo cierto es que, del párrafo antes transcrito, se podía inferir que un aspecto denunciado con el mismo hecho, era la transgresión del artículo 58° literal e) del Código.

35. Por otro lado, y a propósito de los alegatos del señor Rojas respecto de calificar el hecho denunciado como una presunta vulneración del deber de idoneidad, esta instancia advierte, contrario a lo señalado por la primera instancia, que en este caso sí se ha denunciado -adicionalmente- la presunta vulneración de la idoneidad del servicio de telefonía móvil prestado por América Móvil; apreciación que se desprende de la lectura integral del escrito de denuncia.
36. Atendiendo a lo señalado previamente, el hecho consistente en que América Móvil habría programado un aviso publicitario no solicitado de una marca o producto ("*prueba la velocidad de la gigared Claro*"), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; calificaba también como una presunta infracción del deber de idoneidad.
37. Siendo así, es evidente que, de manera errónea, la Comisión: (i) omitió incluir en su imputación de cargos (Resolución 1760-2019/CC2), y, (ii) denegó en su resolución final (Resolución 780-2020/CC2), calificar el hecho denunciado como una presunta infracción del deber de idoneidad (artículo 19° del Código); pese a que el recurrente también cuestionaba el hecho bajo dicho tipo legal.
38. Bajo los puntos desarrollados, este Colegiado considera que la resolución de imputación de cargos y la venida en grado incurrieron en una causal de nulidad parcial, por haber incumplido uno de los requisitos de validez señalados en el artículo 3° del TUO de la LPAG, referido al objeto congruente a las pretensiones de los administrados, requisito que debe estar presente en todo acto administrativo; dado que omitió imputar y denegó pronunciarse sobre el hecho denunciado como una presunta infracción del deber de idoneidad, vulnerando así el Principio de Congruencia Procesal.
39. Atendiendo a lo expuesto, corresponde declarar la nulidad parcial de las resoluciones de imputación de cargos (Resolución 1760-2019/CC2) y la venida en grado (Resolución 780-2020/CC2), por vulneración del Principio de Congruencia Procesal; en tanto la Comisión omitió imputar y pronunciarse sobre el hecho denunciado, como una presunta infracción del deber de idoneidad.
40. Por otro lado, dado que en el presente caso se ha verificado la existencia de un vicio insalvable que acarrea la nulidad parcial del acto impugnado, carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre los argumentos de apelación vertidos por el señor Rojas respecto de la presunta falta de idoneidad del servicio prestado; salvo que se refieran a la procedencia de su denuncia.
41. Por último, el señor Rojas también cuestionó la conducta de los funcionarios de primera instancia, al estimar que reconducir la denuncia bajo una tipificación

diferente de la correcta, ocasionaba una dilatación de tiempo en el procedimiento y consiguientes gastos innecesarios.

42. Al respecto, corresponde indicar que, en tanto la evaluación de la conducta funcional del personal de Indecopi no es competencia de esta instancia, no puede ser evaluada en este pronunciamiento; sin perjuicio de lo cual, se comunica al señor Rojas que, dicha materia puede ser cuestionada a través de una denuncia ante el Órgano Instructor de Procedimiento Administrativo Disciplinario del Indecopi (OIPAD)¹³.
43. Sin perjuicio de lo mencionado, en aplicación de los artículos 86° y 227° del TUO de la LPAG¹⁴ y del Principio de Celeridad establecido en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar de la referida norma¹⁵, teniendo en cuenta que: (i) aun cuando la resolución recurrida deviene en parcialmente nula, debe evitarse que con dicha declaración se afecte el derecho del denunciante a obtener un pronunciamiento oportuno sobre la procedencia de su denuncia, además de evitar la dilatación innecesaria del procedimiento; y, (ii) obran en el expediente elementos suficientes para emitir un pronunciamiento respecto a la procedencia de este extremo de la denuncia, referido a la presunta infracción

¹³ **DIRECTIVA 02-2015-SERVIR/GPGSC. RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y PROCEDIMIENTO SANCIONADO DE LA LEY 30057, LEY DEL SERVICIO CIVIL.**

8.1. La Secretaria Técnica apoya el desarrollo del procedimiento disciplinario. Está a cargo de un Secretario Técnico que es designado por la máxima autoridad administrativa de la entidad, en adición a las funciones que viene ejerciendo en la entidad o específicamente para dicho propósito. El Secretario Técnico puede ser un ser servidor civil que no forme parte de la ORH, sin embargo, en el ejercicio de sus funciones reporta a esta.

Tiene por funciones esenciales precalificar y documentar todas las etapas del PAD, asistiendo a las autoridades instructoras y sancionadoras del mismo.

8.2. Funciones: a) Recibir las denuncias verbales o por escrito de terceros y los reportes que provengan de la propia entidad, guardando las reservas del caso, los mismos que deberán contener, como mínimo, la exposición clara y precisa de los hechos (...)

¹⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 86°.- Deberes de las autoridades en los procedimientos**

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

7. Velar por la eficacia de las actuaciones procedimentales, procurando la simplificación en sus trámites, sin más formalidades que las esenciales para garantizar el respeto a los derechos de los administrados o para propiciar certeza en las actuaciones.

(...)

Artículo 227°.- Resolución.

(...)

227.2. Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

¹⁵ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.**

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

del deber de idoneidad; corresponde que esta Sala, en vía de integración, evalúe y emita decisión sobre este aspecto.

II. Sobre el hecho denunciado en defensa del interés particular

(2.i) Respecto de la aplicación de un presunto método comercial agresivo

44. El artículo 58° del Código contempla el derecho que tienen los consumidores a la protección contra los métodos comerciales agresivos o engañosos, lo cual implica que los proveedores están prohibidos de llevar a cabo conductas que mermen la libertad de elección de los consumidores a través del acoso, coacción, influencia indebida o dolo.
45. Entre las distintas conductas consideradas como métodos comerciales agresivos, el literal e) considera el uso de centro de llamadas (*call centers*), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco para la utilización de esta práctica comercial. Este consentimiento puede ser revocado, en cualquier momento y conforme a la normativa que rige la protección de datos personales.
46. En el presente caso, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de América Móvil por presunta infracción del literal e) del artículo 58° 1 del Código; en tanto consideró que, la locución denunciada correspondía a un anuncio grabado, que era reproducido al momento en el que cualquier usuario del servicio de telefonía móvil o fija ingresaba a la red de la operadora denunciada, por lo que dicha locución no se encontraba dirigida a un usuario específico e individualizado a través de un dato personal (número telefónico o correo electrónico).
47. Así señaló que, a diferencia de métodos agresivos, la denunciada no se comunicaba directamente con los consumidores para promocionarles productos o servicios, sino únicamente les brindaba información sobre la red a la cual se estaban comunicando.
48. Finalmente, respecto de que la conducta denunciada generaba que un usuario perdiera tiempo de comunicación al tener que escuchar un mensaje publicitario, la Comisión señaló que no le correspondía evaluar el cumplimiento de las normas de calidad aplicables al servicio de telecomunicaciones (tiempo de interconexión entre operadoras, por ejemplo), en tanto dicha facultad era de competencia del Osiptel, conforme lo establecido en el artículo 76° del

Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo 13-93-TCC.

49. En su recurso de apelación, el señor Rojas manifestó principalmente que:
- (i) No denunció la aplicación de métodos comerciales agresivos, sino más bien la idoneidad del servicio de telefonía móvil prestado por América Móvil; fundamentando ampliamente las razones que justificaban asumirlo de tal modo;
 - (ii) incluso el análisis efectuado por la Comisión en el extremo de la presunta infracción del artículo 58° literal e) fue erróneo, dado que interpretó de manera incorrecta el concepto de “anuncios grabados” -que sí estaban permitidos-, al asumir que dentro de estos se encontraban los anuncios publicitarios. Esto por cuanto, las normas técnicas citadas (Plan Técnico Fundamental de Señalización, aprobado por Resolución Suprema 11-2003-MTC y Recomendación E.182, “Aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios telefónicos”) sólo aludían a la información comunicada por el sistema telefónico al abonado con la finalidad de utilizar más eficazmente la red telefónica, y así facilitar la comunicación universal; más no incluían a los anuncios publicitarios;
 - (iii) la Resolución de Gerencia General 665-2013-GG/OSIPTEL se refería a los tonos y anuncios grabados en el marco de telecomunicaciones, conforme las recomendaciones de la UIT, por lo que no estaba admitiendo los anuncios o *spots* publicitarios;
 - (iv) en el supuesto extremo de que dicho acto administrativo fuera una autorización para realizar publicidad, debía tenerse presente que este era un acto de menor jerarquía y no podía ir en contra de las normas que regulaban la prestación técnica del servicio; y,
 - (v) la actuación de la Comisión quitaba la posibilidad que se analice la idoneidad del hecho infractor que se incluyan mensajes publicitarios en el servicio esencial de telefonía.
50. En su absolución al recurso de apelación, América Móvil se reafirmó en lo expuesto a lo largo del procedimiento; enfatizando sobre este extremo que, la locución en cuestión no se originaba como consecuencia de una conducta proactiva de su empresa (es decir, a través de centros de llamada o *call centers*, sistemas de llamado telefónico o en el marco de un servicio de telemarketing contratado por el proveedor), sino que se producía como consecuencia de una acción previa del propio usuario, quien actuaba como sujeto activo. Por ello, no era posible interpretar que, la locución referida encajaba dentro del supuesto expresamente previsto en el literal e) del artículo 58° 1 del Código y, por tanto, la autoridad administrativa no podía sancionar la conducta que sustentaba su imputación.

51. Conforme lo relatado, de manera previa se observa que no es un hecho controvertido que la locución cuestionada sí existía, y que se presentaba al momento de llamar a cualquier número telefónico de América Móvil.
52. Ahora bien, sobre lo dispuesto en el literal e) del artículo 58.1° del Código, conforme al marco legal ya detallado, se tiene que al disponer la prohibición de “emplear centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos para promover productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing, a todos aquellos números telefónicos y direcciones electrónicas de consumidores que no hayan brindado a los proveedores de dichos bienes y servicios su consentimiento previo, informado, expreso e inequívoco, para la utilización de esta práctica comercial”; se tiene como finalidad evitar que los consumidores se vean afectados por el empleo de parte de los proveedores de mecanismos de comunicación no autorizados previamente, a fin de promover sus productos o servicios.
53. Estos medios de comunicación en concreto sólo son tres: (a) llamadas vía telefónica, (b) mensajes de texto a celular (SMS y similares) y (c) correos electrónicos. *A contrario sensu*, cualquier otro tipo de comunicación realizada por medios distintos a estos no se encuentra dentro del ámbito de prohibición de esta norma.
54. En este punto, esta Sala considera que resulta importante diferenciar, por un lado, el *“medio de comunicación”* de la *“publicidad”*.
55. Así, la publicidad es *“toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, (...), promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales”*¹⁶.
56. Mientras que el *“medio de comunicación”* es, valga la redundancia, aquel canal de transferencia de información que se utiliza para contactar al consumidor, a fin de poner en su conocimiento la publicidad.

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 59°.- Definiciones.-**

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;

57. De esta manera, el literal e) del artículo 58.1° del Código no tiene como objeto regular la publicidad en sí, sino los medios de comunicación (llamadas telefónicas, mensajes de texto a celular y correos electrónicos) que se utilizan para promover productos y servicios.
58. Ahora bien, atendiendo a la descripción del tipo legal, se evidencia también que la infracción queda configurada cuando el proveedor se dirige al consumidor, empleando medios de comunicación que no fueron autorizados previamente por el último, a fin de promover sus productos y/o servicios.
59. Sin embargo, lo acontecido en este caso corresponde a un escenario distinto al descrito por el artículo 58° literal e); esto es que, la cuestionada locución “*prueba la velocidad de la gigared Claro*”, era escuchada en el marco de una comunicación telefónica que el denunciante promovía por propia iniciativa, hacia otro número de teléfono de la red de la denunciada. Siendo así, lo denunciado no se subsume en el supuesto de hecho tipificado en el dispositivo legal citado.
60. Por otro lado, en cuanto a la cuestionada interpretación de la Comisión sobre el concepto de “anuncios grabados”, conforme la cual se incluían dentro de estos los anuncios publicitarios, citando las normas técnicas: (i) “Plan Técnico Fundamental de Señalización”, aprobado por Resolución Suprema 11-2003-MTC y (ii) Recomendación E.182, “Aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios telefónicos”; esta Sala estima -contrario a la primera instancia- que, en el marco del análisis de este extremo, no correspondía evaluar si la inclusión de la cuestionada locución se encontraba amparada o no por la regulación sectorial. Lo anterior se justifica en la medida que, en tanto el hecho denunciado no calzaba en el tipo legal contenido en el artículo 58° literal e), carecía de objeto verificar si la inclusión de la locución cuestionada estaba amparada en alguna norma vigente; por lo que no se emitirá pronunciamiento sobre los alegatos del denunciante en este extremo.
61. En estricto, el análisis de la locución previamente indicada correspondería a la evaluación de la idoneidad del servicio telefónico prestado por América Móvil, en la medida que pueda guardar congruencia con una garantía legal prevista para tal ámbito comercial.
62. Por las razones expuestas, corresponde confirmar, modificando sus fundamentos, la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de América Móvil por presunta infracción del literal e) del artículo 58°.1 del Código, referida a que esta última habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales serían escuchadas al momento de marcar a cualquier número de teléfono móvil de

esta operadora, y antes de dar paso al timbrado regular, sin que medie el consentimiento del usuario.

63. Ello, toda vez que este hecho no encuadra en el tipo legal imputado en este extremo, atendiendo a que en estricto no fue el proveedor quien se dirigió al consumidor a fin de promover sus productos o servicios, empleando medios de comunicación no autorizados previamente por el último; sino que, la cuestionada locución “*prueba la velocidad de la gigared Claro*”, era escuchada en el marco de una comunicación telefónica que el usuario promovía por propia iniciativa, hacia otro número de teléfono de la red de la denunciada.

(2.ii) Respecto de la presunta infracción del deber de idoneidad

A. La competencia administrativa en materia de servicios de telecomunicaciones

64. El artículo 91° del TUO de la LPAG¹⁷ señala que, para iniciar un procedimiento, las autoridades administrativas, de oficio, deben asegurarse de su propia competencia. En virtud a ello, la Administración se encuentra obligada a revisar, incluso de oficio, los requisitos de procedencia, entre ellos, su competencia, siendo este uno de los presupuestos fundamentales para que la Administración pueda analizar el fondo de lo reclamado por el administrado, pues en caso se desprenda de los actuados que el Indecopi no es competente para conocer el hecho denunciado, se deberá declarar la improcedencia de dicha denuncia.
65. El artículo 139° de la Constitución Política del Perú¹⁸, en sus numerales 3 y 14, reconoce al Principio del Debido Proceso como garantía de la función jurisdiccional, precisando su observancia en todas las instancias del proceso. Del mismo modo, el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil,

¹⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 91°.** – Control de Competencia.
Recibida la solicitud o la disposición de autoridad superior, según el caso, para iniciar un procedimiento, las autoridades de oficio deben asegurarse de su propia competencia para proseguir con el normal desarrollo del procedimiento, siguiendo los criterios aplicables al caso de la materia, el territorio, el tiempo, el grado o la cuantía

¹⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 139°.** - Son principios y derechos de la función jurisdiccional.
(...)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.
(...)
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.
(...)

norma de aplicación supletoria en el presente caso, también reconoce el derecho a ese debido proceso¹⁹.

66. Cabe precisar que en el derecho público -que rige el accionar del Estado-, la ley asigna y delimita las competencias de sus órganos, en resguardo de la libertad y derechos de los ciudadanos, de tal forma que las competencias públicas cuenten siempre con una norma legal que le señale su campo atributivo.
67. El límite impuesto por el Principio de Legalidad²⁰ al ejercicio de las competencias administrativas, se traduce en la necesidad de que las mismas estén previstas en la ley. En esa línea, el artículo 72° numeral 1 del TUO de la LPAG, establece que la competencia de las entidades públicas tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de ella se derivan²¹.
68. En efecto, la protección de los derechos de los consumidores es un mandato surgido del artículo 65° de la Constitución²² y no del Código. Si bien este último otorga competencia al Indecopi para sancionar las vulneraciones a los derechos de los consumidores en las relaciones de consumo, a su vez contempla la posibilidad de que la misma le sea negada por ley, por existir otro organismo del Estado encargado de cumplir con esa finalidad en un sector específico del mercado²³.
69. Dentro de dicho marco normativo, el artículo 2° literal d) del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, encomienda al Indecopi la misión de proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los

¹⁹ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. Título Preliminar. Artículo I.- Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.** - Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

²⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.** 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
1.1 Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

²¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 72°.- Fuente de Competencia Administrativa.**
72.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.
(...)

²² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 65°.** - El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

²³ Ver, por ejemplo, la Resolución 3393-2018/SPC-INDECOPI del 5 de diciembre de 2018.

bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo²⁴. Asimismo, el artículo 30° de dicha norma establece que la Comisión de Protección al Consumidor tiene competencia primaria y exclusiva en los casos antes mencionados, salvo que por ley expresa se haya dispuesto o se disponga lo contrario²⁵.

70. En concordancia con ello, el artículo 105° del Código dispone que el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones por parte de los proveedores a las disposiciones contenidas en dicha norma, a fin de que se sancionen aquellas conductas que impliquen el desconocimiento de los derechos reconocidos a los consumidores, competencia que solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley²⁶.
71. Lo antes dicho cobra sentido en la medida que, en función a la especialidad de la materia o de los mecanismos de control y fiscalización, el sistema jurídico puede optar por otorgar a otro organismo de la Administración Pública la competencia para resolver un conflicto de intereses que pueda suscitarse dentro de una relación que califique como de consumo.
72. Tal como se ha indicado previamente, la protección de los derechos de los consumidores no constituye un mandato originario del Código –cuya supervisión y vigilancia ha sido confiada al Indecopi– sino de la Constitución Política del Perú. En vista de ello, a fin de garantizar una efectiva protección de los derechos constitucionales del consumidor, deberá hacerse un análisis en conjunto de las normas que regulan un sector en particular, de acuerdo con el tipo de servicio prestado.

²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 2°.** - **Funciones del Indecopi.**

1.1 El Indecopi es el organismo autónomo encargado de:

(...)

d) Proteger los derechos de los consumidores vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo.

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 30°.** - **Competencia primaria y exclusiva de las Comisiones.** Las Comisiones tienen competencia primaria y exclusiva en las materias señaladas en los artículos 23 a 29 precedentes, salvo que por ley expresa se haya dispuesto o se disponga lo contrario.

²⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR Artículo 105°.** - **Autoridad competente.** El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas establecidas en el presente capítulo, conforme al Decreto Legislativo núm. 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi. Dicha competencia solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.
(...).

73. En ese sentido, la competencia del Indecopi se verá restringida a favor de la autoridad sectorial, solo en caso se asigne a esta última supuestos específicos y expresos. Asimismo, el mecanismo de protección brindado por el organismo público sectorial deberá cumplir la misma función, y garantizar una efectiva tutela de los derechos de los consumidores.
74. El artículo 63° del Código otorga a los organismos reguladores la competencia para proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos regulados²⁷, tales como saneamiento, telecomunicaciones, energía e infraestructura de transportes. Asimismo, el artículo 65° del Código reconoce el derecho de los usuarios a que sus reclamaciones sobre la prestación de un servicio público sean resueltas en última instancia administrativa por el organismo regulador respectivo²⁸.
75. En concordancia con ello, el artículo 3° de la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, establece que, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores ejercen la función de solución de reclamos de usuarios, de acuerdo con los alcances y limitaciones establecidos en las respectivas leyes y reglamentos especiales.
76. Dicha ley también asigna a los organismos reguladores la función fiscalizadora y sancionadora, la cual comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión²⁹.

²⁷ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 63°.- Regulación de los servicios públicos.**

La protección al usuario de los servicios públicos regulados por los organismos reguladores a que hace referencia la Ley núm. 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se rige por las disposiciones del presente Código en lo que resulte pertinente y por la regulación sectorial correspondiente. La regulación sectorial desarrolla en sus normas reglamentarias los principios de protección establecidos en el presente Código. El ente encargado de velar por su cumplimiento es el organismo regulador respectivo. Para los efectos del cumplimiento de la finalidad señalada, el organismo regulador debe, entre otros, efectuar la permanente fiscalización de la medición del servicio, de las condiciones de facturación, y desarrollar sus facultades de sanción, cuando corresponda.

²⁸ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 65°.- Atención de reclamaciones.**

Los usuarios tienen derecho a que sus reclamaciones vinculadas a la prestación de servicios públicos sean resueltas en última instancia administrativa por el organismo regulador respectivo. Las instancias competentes, sus facultades y los procedimientos que rigen su actuación son los establecidos en las respectivas disposiciones emitidas por los organismos reguladores. Sin perjuicio de ello, los prestadores de los servicios públicos deben implementar un sistema en el que deben registrarse todas las reclamaciones que presenten los usuarios de los servicios públicos. Este registro debe permitir hacer un seguimiento de estas desde su inicio hasta la emisión de la resolución correspondiente por parte de la empresa proveedora del servicio público. Registrada una reclamación, la empresa proveedora del servicio público informa al usuario respecto del número o código de registro de la misma. La empresa proveedora del servicio público debe remitir al organismo regulador correspondiente, periódicamente, un reporte de las reclamaciones presentadas, de acuerdo a su respectiva regulación sectorial.

²⁹ **LEY 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Artículo. 3°.- Funciones.**

77. Al respecto, en materia de telecomunicaciones, el artículo 37° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel³⁰, establece que las entidades competentes para conocer las reclamaciones de los usuarios son: (i) en primera instancia, la entidad prestadora del servicio; y, (ii) en segunda instancia, Osiptel.
78. En esa misma línea, el artículo 58° del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Osiptel³¹ (en adelante, Decreto Supremo 008-2001-PCM) precisa que las reclamaciones de usuarios deben sustentarse en problemas con:

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

- a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
 - b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
 - c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.
Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulado.
 - d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión;
 - e) Función de solución de controversias: comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, entre éstas y sus usuarios o de resolver los conflictos suscitados entre los mismos, reconociendo o desestimando los derechos invocados; y,
 - f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan.
- (...)

Artículo 5°.- Facultades fiscalizadoras y sancionadoras específicas.

Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807.

³⁰ **LEY 27336. LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTEL. Artículo 37°.- Procedimientos de Reclamos de Usuarios en la vía administrativa.** Son competentes para resolver los reclamos de usuarios: a) En primera instancia, la entidad supervisada. b) En segunda instancia: El Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) cuya conformación y funcionamiento serán definidos por OSIPTEL, mediante Resolución del Consejo Directivo.

³¹ **DECRETO SUPREMO 008-2001-PCM. REGLAMENTO GENERAL DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL. Artículo 58°.- Reclamos de Usuarios.** OSIPTEL tiene competencia exclusiva para conocer y resolver los reclamos presentados por usuarios contra EMPRESAS OPERADORAS, en segunda instancia, que versen sobre las siguientes materias:

- a) Facturación o cobro del servicio, lo que incluye expresamente las controversias vinculadas con la aplicación del Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 716;
- b) Instalación o activación del servicio;
- c) Traslado del servicio;
- d) Suspensión o corte del servicio;
- e) Calidad e idoneidad en la prestación del servicio, incluyendo veracidad de la información brindada al Usuario;
- f) Falta de entrega del recibo o de la copia del recibo solicitada por el usuario;
- g) Incumplimiento de la empresa operadora en activar o desactivar servicios suplementarios o adicionales que hubieren sido solicitados por el usuario;
- Es requisito para la admisión del reclamo haber agotado la vía previa ante la EMPRESA OPERADORA.
- h) Otras que señale el Consejo Directivo del OPSITEL

- (i) Facturación o cobro del servicio;
 - (ii) instalación o activación del servicio;
 - (iii) traslado del servicio;
 - (iv) suspensión o corte del servicio;
 - (v) **calidad e idoneidad en la prestación del servicio;**
 - (vi) falta de entrega del recibo o copia del recibo; y,
 - (vii) incumplimiento en activar o desactivar servicios complementarios o adicionales.
79. Así también, el artículo 28º de la Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD/OSIPTTEL, Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Resolución de Consejo Directivo 047-2015-CD/OSIPTTEL), norma vigente al momento en que se habrían producido los hechos objeto de denuncia, indica qué materias se consideran como un problema susceptible de reclamo³².
80. En tal contexto, para que una reclamación formulada contra un operador de telecomunicaciones sea encauzada como un procedimiento de atención de reclamos de usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones, debe versar sobre un aspecto relacionado con un servicio público bajo competencia de dicho organismo y que además involucre un problema susceptible de ser calificado como reclamo de acuerdo con la normativa sectorial vigente.
81. Por lo tanto, en aquellos reclamos que versan sobre aspectos relacionados con la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, como los servicios de telefonía fija, móvil, cable o internet que son prestados por las empresas de este rubro, será competente el Osiptel; mientras que respecto de los reclamos y denuncias que no tratan sobre uno de esos aspectos mencionados, el Indecopi será la entidad competente para conocer los mismos, siendo que las empresas de telecomunicaciones deben sujetarse a las obligaciones contenidas en el Código.

³² **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 047-2015-CD/OSIPTTEL. REGLAMENTO PARA LA ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 28º.- Objeto del reclamo.**

El usuario podrá presentar reclamos que versen sobre las siguientes materias:

(...)

3. Calidad o idoneidad en la prestación del servicio: Problemas derivados de un inadecuado funcionamiento de la red y/o en el acceso a los servicios brindados por la empresa operadora que generen insatisfacción del usuario; así como los problemas de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

(...)

14. Incumplimiento de los derechos reconocidos en la normativa sobre usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones.

15. Cualquier materia relacionada directamente con la prestación del servicio público de telecomunicaciones contratado.

16. Otras materias que señale el Consejo Directivo del OSIPTTEL.

En el caso en el que el usuario presente un reclamo por un objeto que no corresponde a la materia de su reclamo, la Empresa Operadora deberá encauzarlo de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 84 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

B. Aplicación al caso concreto

82. Tal como se ha mencionado en párrafos anteriores, el señor Rojas denunció que América Móvil habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario no solicitado de una marca o producto: “*prueba la velocidad de la gigared Claro*”), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión.
83. Asimismo, con anterioridad se ha expresado que el hecho denunciado por el señor Rojas estuvo dirigido a cuestionar la idoneidad del servicio de telefonía móvil prestado por la denunciada; dado que, la introducción de una locución de contenido publicitario no autorizado afectaría la funcionalidad del servicio, en tanto no sería una conducta esperada por el consumidor y que, además, generaría como consecuencia que se pierda tiempo en establecer la conexión.
84. Sobre el particular, el señor Rojas alegó que esta conducta estaba vinculada a materias que eran competencia del Indecopi; como eran la idoneidad del servicio prestado a un consumidor y la publicidad.
85. Al respecto, si bien el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones de las normas de protección al consumidor, no debe olvidarse también que dicha competencia puede ser asignada a favor de otro organismo especializado por norma expresa con rango de ley; lo cual ocurre en este caso, dado que -conforme se ha precisado en el acápite previo- las Leyes 27332 y 27336 asignan al Osiptel competencia para conocer las reclamaciones de los usuarios del servicio de telecomunicaciones. Cabe indicar que esta disposición concuerda con el artículo 63º del Código³³, el cual otorga a los organismos reguladores la competencia para proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos regulados.
86. En cuanto a la publicidad como materia de competencia del Indecopi, cabe recordar que, el análisis que puede efectuar un órgano de protección al consumidor sobre ella siempre está vinculado a su función como elemento que integra las condiciones del producto vendido o servicio prestado; esto es, que siempre se considera la información que se transmite a través de ella y su correspondencia con la realidad en la prestación del servicio o venta del producto:

³³ Ver pie de página 27.

- (i) De acuerdo con el artículo 13° del Código, la protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, **induzcan o puedan inducirlos a error**, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los **induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente**, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. En tal sentido, se entiende que, para lograr el cometido de la norma, se analiza el contenido de la publicidad y su correspondencia con el deber de veracidad respecto de las prestaciones ofrecidas por los proveedores; y,
- (ii) el artículo 18° del Código establece que, *“Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso”*. En ese sentido, se observa que el examen de la publicidad -en cuanto transmita información sobre las condiciones de la contratación- está circunscrito a su condición de garantía explícita brindada por el proveedor³⁴.

87. Así, en materia de protección al consumidor, la publicidad sólo es considerada como uno de los parámetros para determinar la expectativa generada en un consumidor o consumidores particulares, siendo necesario el establecimiento de afectaciones concretas sobre la base de dicha publicidad, que son finalmente el objeto de análisis en este ámbito y no en estricto los anuncios publicitarios³⁵.

34

LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 20°.- Garantías.

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

(...)

b. Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.

(...)

35

Criterio establecido en la Resolución 0003-1998/TDC-INDECOPI en los siguientes términos:

“Cuando la publicidad es engañosa, el daño que ésta ocasiona se refleja en la confianza que despiertan los anuncios. Así, puede ocurrir que cuando un anuncio contiene información engañosa, el consumidor advierta tal naturaleza cuando se acerca al establecimiento a adquirir un producto o a contratar un servicio. En tal supuesto no llegó a ser engañado. Pero al advertir que la publicidad contenía información inexacta la credibilidad de los anuncios se ve

M-SPC-13/1B

28/35

88. En dicha línea de razonamiento, la Directiva 001-2014-TRI-INDECOPI, Directiva que regula la delimitación de la competencia funcional de la Comisión de Competencia Desleal (en adelante, CCD) y los órganos resolutorios en materia de protección al consumidor, en los casos en los que la publicidad comercial confluye en el análisis de sus procedimientos³⁶, concluyó que deben ser conocidas por el órgano resolutorio en materia de protección al consumidor correspondiente, como una infracción del deber de idoneidad, aquellas denuncias en las que concurren los siguientes elementos:
- (i) Exista una relación de consumo preestablecida;
 - (ii) el denunciante alegue que contrató sobre la base de la información difundida mediante la publicidad (sea este o no el único medio informativo); y,
 - (iii) se compruebe que al consumidor se le afecta concretamente, pues recibe algo distinto a lo ofrecido
89. Como puede verse, además de que el hecho denunciado por el señor Rojas está dentro del ámbito de competencia de otro órgano distinto al Indecopi, se observa que a través de él no se alude a la publicidad como el elemento informativo que lo determinó a contratar, y mucho menos se describe a la cuestionada locución como un parámetro para determinar la expectativa generada sobre el servicio prestado; sino que, por el contrario, este elemento es calificado como ajeno a la contratación de las partes.
90. En atención a lo desarrollado en la presente resolución, esta Sala observa que, en tanto el señor Rojas cuestionó que su proveedora (una empresa de telecomunicaciones como América Móvil) incluyera una locución ajena al servicio de telefonía móvil (publicidad) durante la conexión de las llamadas a las líneas telefónicas que la misma denunciada operaba, a consecuencia de lo cual habría perdido tiempo en establecer la conexión; el análisis de la materia en cuestión se encuentra dentro de los alcances de la competencia de Osiptel, por lo que queda claro que dicho organismo es el competente para conocer y

socavada. Ese mero efecto, sin perjuicio de que el daño concreto al consumidor llegue o no a producirse, justifica la sanción impuesta por infracción a las normas de publicidad.

Por el contrario, si luego de difundido el anuncio con información inexacta, el consumidor es informado adecuadamente de las verdaderas condiciones, entonces no se producirá una infracción a las normas de protección al consumidor, aunque seguirá existiendo una infracción a las normas de publicidad. Pero, si cuando el consumidor se acerca a contratar el servicio o adquirir el bien es mantenido en el engaño, entonces se está produciendo una nueva infracción, esta vez contra las normas de protección al consumidor, y que justifica la aplicación de una nueva sanción dirigida a proteger el interés concreto de los consumidores engañados y por tanto perjudicados."

³⁶

DIRECTIVA 001-2014-TRI-INDECOPI. DIRECTIVA QUE REGULA LA DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo Tercero: El órgano resolutorio en materia de protección al consumidor respectivo es competente para tramitar denuncias en las cuales se invoca una afectación en concreto al consumidor derivada del incumplimiento de lo ofrecido en la publicidad, lo cual constituye una contravención al deber de idoneidad recogido en los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y no una infracción al deber de información, ello sin perjuicio de las otras infracciones a dicho Código que pueden materializarse también mediante la actividad publicitaria.

pronunciarse sobre la presunta idoneidad del servicio de telefonía móvil³⁷ contratado por el denunciante.

91. Por las consideraciones antes expuestas, en vía de integración, corresponde declarar improcedente la denuncia interpuesta en contra de América Móvil, referida a que la proveedora habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario no solicitado de una marca o producto: “*prueba la velocidad de la gigared Claro*”), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión. Ello, en tanto el Osiptel es el ente competente para analizar el referido hecho como una presunta infracción del deber de idoneidad del servicio de telefonía móvil.

III. Sobre el hecho denunciado en defensa del interés difuso

92. Respecto del otro punto materia de grado, la Comisión declaró improcedente la denuncia del señor Rojas, en el extremo que invocó la defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de América Móvil; al asumir que, el recurrente carecía de legitimidad para obrar respecto de un interés colectivo o difuso, es decir, no constituía una asociación de consumidores.
93. Sobre el particular, el denunciante adujo en su recurso de apelación que nunca alegó tener la condición de una asociación de consumidores, sino que invocó el artículo 119° del TUO de la LPAG, lo cual no había sido considerado la Comisión; siendo que, lo único que dicha norma legitimaba era que lo decidido para uno beneficie a todos, y que la intervención de la autoridad sirva al bien común que podría estar afectado.
94. Al respecto, teniendo en consideración que esta Sala ha determinado previamente que el Indecopi no es competente para pronunciarse sobre el hecho denunciado por el señor Rojas como una presunta infracción del deber de idoneidad del servicio de telefonía móvil contratado, en tanto, el conocimiento de dicha conducta se encuentra reservado a un órgano regulador como el Osiptel; corresponde también declarar de plano la improcedencia de la denuncia en este extremo, pues el análisis de la competencia es previo.
95. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es pertinente señalar que, de la revisión del artículo 119° del TUO de la LPAG³⁸, no se observa que este

³⁷ Materia incluida en el literal e) del artículo 58° del Decreto Supremo 008-2001-PCM y artículo 28° de la Resolución de Consejo Directivo 047-2015-CD/OSIPTTEL.

³⁸ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 119°. - Derecho a formular denuncias.**

119.1 Las personas naturales o jurídicas pueden presentar petición o contradecir actos ante la autoridad administrativa
M-SPC-13/1B 30/35

determine que la solicitud del particular que invoca la defensa del interés difuso (que versa, en este caso, sobre su inclusión como defensor de tal interés en el presente procedimiento), en estricto, deba ser admitida en los términos requeridos.

96. Ello en tanto que, de modo general, dicho dispositivo legal desarrolla -en concordancia con el artículo 117° del TUO de la LPAG- el derecho de petición de un particular para realizar solicitudes en interés general de la colectividad; el cual le otorga la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre diversos aspectos relacionados a la mejora de los servicios públicos, por ejemplo.
97. Así, si bien la petición del particular debe ser recibida por la entidad, esta no necesariamente obligará a la Administración a conceder lo requerido; sino más bien a que, la respuesta otorgada se encuentre debidamente justificada.
98. A propósito de lo señalado, cabe traer a colación lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida el 8 de mayo de 2013, en el marco del Expediente 01004-2011-PA/TC, donde se cuestionó que la autoridad administrativa no resolviera un recurso de apelación formulado en contra de un acto administrativo; en cuyo desarrollo, se resaltó que la materia controvertida era la verificación de una respuesta a la petición del administrado, más no la procedencia de su recurso de apelación:

“6. En diversas oportunidades este Tribunal ha hecho referencia al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la petición. Últimamente en la STC 00120-2011-PA/TC, el Tribunal destacó que el contenido esencial de este derecho “está conformado por dos aspectos que aparecen de su propia naturaleza y de la especial configuración que le ha dado la Constitución al reconocerlo: el primero es el relacionado estrictamente con la libertad reconocida a cualquier persona para formular pedidos escritos a la autoridad competente; y el segundo, unido irremediablemente al anterior, está referido a la obligación de la referida autoridad de otorgar una respuesta al peticionante” [Fundamento 2].

7. Por su parte en la STC 5265-2009-PA/TC, este Tribunal precisó que la obligación de dar una respuesta oficial a las peticiones planteadas, de conformidad con lo previsto en el inciso 20) del artículo 2° de la Constitución, necesariamente tiene que realizarse por escrito y en el plazo que la ley establezca, imposición a las autoridades administrativas “la obligación de realizar todos aquellos actos que sean necesarios para evaluar materialmente el contenido de la petición y expresar el pronunciamiento correspondiente, el mismo que contendrá los motivos por los que se acuerda acceder

competente, aduciendo el interés difuso de la sociedad.

- 119.2 Comprende esta facultad la posibilidad de comunicar y obtener respuesta sobre la existencia de problemas, trabas u obstáculos normativos o provenientes de prácticas administrativas que afecten el acceso a las entidades, la relación con administrados o el cumplimiento de los principios procedimentales, así como a presentar alguna sugerencia o iniciativa dirigida a mejorar la calidad de los servicios, incrementar el rendimiento o cualquier otra medida que suponga un mejor nivel de satisfacción de la sociedad respecto a los servicios públicos.

o no a lo peticionado, debiendo comunicar lo resuelto al interesado o interesados” [fundamento 5].

8. *Tal obligación de dar respuesta por escrito comprende a todo tipo de pedido que promueva una persona, de manera individual o colectiva. Y como precisa el artículo 106.1 y 106.2 de La Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, comprende toda solicitud “ante todas y cualesquiera de las entidades”, ya sea que tengan por objeto iniciar un procedimiento administrativo, “presentar solicitudes en interés particular del administrado, de realizar solicitudes en interés general de la colectividad, de contradecir actos administrativos, las facultades de pedir informaciones, de formular consultas y de presentar solicitudes de gracia”.*

[...]

10. *En opinión del Tribunal, el tema que está en cuestión no es tanto si es procedente (o no) el recurso de apelación contra la Resolución Presidencial N° 273-2005-INPE/P, sino si el Oficio N° 518-2005-INPE/01, de fecha 19 de agosto de 2005, que comunica una simple “opinión”, satisface las exigencias derivadas de la obligación constitucional que tienen todo tipo de autoridades estatales frente a peticiones que tienen por finalidad contradecir actos por ellas expedidas. [...]”*
(resaltado agregado)

99. Ahora bien, sobre la respuesta otorgada al señor Rojas, se observa que la Comisión cumplió con sustentar adecuadamente el rechazo de su petición (esto es, su inclusión como defensor de intereses supraindividuales en el procedimiento administrativo); en tanto precisó que no contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses difusos o colectivos -postura que comparte este Colegiado³⁹-, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 107° y 129° del Código, además del artículo 12° literal a) de la Directiva 009-2013-DIR-COD-INDECOPI, Normas sobre registro, reconocimiento y participación de las Asociaciones de Consumidores en los procedimientos sobre defensa de los derechos de los consumidores.

³⁹

En efecto, ya en anteriores pronunciamientos (ver, por ejemplo, la Resolución 2210-2019/SPC-INDECOPI del 14 de agosto de 2019), esta Sala ha expresado que un presupuesto procesal para la configuración válida de un procedimiento administrativo iniciado en mérito a una denuncia de parte es la existencia de un agravio. Esta lesión debe tener un destinatario, que es el sujeto procesal a quien la conducta cuestionada le ha producido efectos desfavorables y en quien radica el interés para denunciar tal acto. Este interés debe ser personal y directo, de manera que quien formule la denuncia busque obtener del procedimiento un pronunciamiento que declare, proteja o defina sus derechos particulares, y no la protección general del Estado de Derecho, la legalidad o el interés difuso o colectivo de los consumidores, cuya protección o patrocinio corresponde a la Administración o a las asociaciones sin fines de lucro que estén legitimadas para ello.

Así las cosas, de concluirse que el hecho denunciado por un consumidor particular no da cuenta de una transgresión a su interés particular verificada en el marco de la relación de consumo entablada entre este y determinado proveedor, o en una etapa preliminar a esta, dicha denuncia deberá ser declarada improcedente, en tanto el consumidor-denunciante no estará legitimado a promover dicho acto.

Cabe recordar que el artículo 153° del Código señala que las asociaciones de consumidores son organizaciones constituidas de conformidad con las normas establecidas en Código Civil, siendo su finalidad proteger, defender y representar a los consumidores y usuarios. En tal sentido, las asociaciones de consumidores reconocidas por el Indecopi se encuentran legitimadas para interponer reclamos y denuncias ante la Comisión de Protección al Consumidor a nombre de sus asociados, de las personas que le hayan otorgado representación, así como en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

100. En tal entender, aun cuando la primera instancia no se pronunció sobre la aplicación del artículo 119° del TUO de la LPAG, lo cierto es que sí cumplió con sustentar la denegatoria de la petición del señor Rojas, a través de la cual este requirió ser incluido en el presente procedimiento como defensor del interés difuso de los consumidores presuntamente afectados con el hecho denunciado.
101. A mayor abundamiento, cabe indicar que, conforme lo dispone el artículo 116° del TUO de la LPAG, todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento; siendo que, dicha comunicación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización⁴⁰.
102. Lo anterior significa que, en todo caso, la información proporcionada por los ciudadanos -independientemente de que estos no sean incluidos como parte del procedimiento- coadyuva al cumplimiento de las actividades de fiscalización de la autoridad en el marco de sus competencias, permitiendo así que el interés colectivo o difuso que pudiera estar siendo afectado se encuentre debidamente cautelado.
103. Considerando lo previamente expuesto, corresponde confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 1760-2019/CC2 en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por el señor Rojas en defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de América Móvil; en tanto esta se encuentra dentro del ámbito de competencia del Osiptel, a lo cual se suma que el denunciante no contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

IV. Cuestión final

⁴⁰

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 116°. - Derecho a formular denuncias.

116.1 Todo administrado está facultado para comunicar a la autoridad competente aquellos hechos que conociera contrarios al ordenamiento, sin necesidad de sustentar la afectación inmediata de algún derecho o interés legítimo, ni que por esta actuación sea considerado sujeto del procedimiento.

116.2 La comunicación debe exponer claramente la relación de los hechos, las circunstancias de tiempo, lugar y modo que permitan su constatación, la indicación de sus presuntos autores, partícipes y damnificados, el aporte de la evidencia o su descripción para que la administración proceda a su ubicación, así como cualquier otro elemento que permita su comprobación.

116.3 Su presentación obliga a practicar las diligencias preliminares necesarias y, una vez comprobada su verosimilitud, a iniciar de oficio la respectiva fiscalización. El rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviere individualizado.

(...)

104. Habiéndose determinado la improcedencia de la denuncia presentada, se estima pertinente disponer que la Comisión remita una copia de todo lo actuado al Osiptel, a fin de que este órgano adopte las acciones que correspondan en el ámbito de su competencia.

RESUELVE:

PRIMERO: Enmendar el error material incurrido en la Resolución 780-2020/CC2, emitida el 9 de junio de 2020 por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2; debiendo entenderse en el primer punto resolutivo, que se declaraba infundada la solicitud de nulidad planteada por el señor Rojas “*respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1760-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019*”.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 1760-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019 y 780-2020/CC2 del 9 de junio de 2020, emitidas por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2, por vulneración del Principio de Congruencia Procesal. Ello, en tanto dicho órgano resolutivo, omitió imputar y pronunciarse sobre el hecho denunciado (esto es, que América Móvil Perú S.A.C. habría programado una locución ajena al servicio, que sería escuchada cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión), como una presunta infracción del deber de idoneidad.

TERCERO: Confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 780-2020/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por el señor Juan Francisco Rojas Leo en contra de América Móvil Perú S.A.C. por presunta infracción del literal e) del artículo 58°.1 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, referida a que la proveedora habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales serían escuchadas al momento de marcar a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, y antes de dar paso al timbrado regular, sin que medie el consentimiento del usuario. Ello, toda vez que este hecho no se encuadra en el tipo legal imputado en este extremo, atendiendo a que en estricto no fue el proveedor quien se dirigió al consumidor a fin de promover sus productos o servicios, empleando medios de comunicación no autorizados previamente por el último; sino que, la cuestionada locución “*prueba la velocidad de la gigared Claro*”, era escuchada en el marco de una comunicación telefónica que el usuario promovía por propia iniciativa, hacia otro número de teléfono de la red de la denunciada.

CUARTO: En vía de integración, declarar improcedente la denuncia interpuesta por el señor Juan Francisco Rojas Leo en contra de América Móvil Perú S.A.C., referida a que la proveedora habría programado una locución ajena al servicio (aviso

publicitario no solicitado de una marca o producto: “*prueba la velocidad de la gigared Claro*”), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión. Ello, en tanto el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel es el ente competente para analizar el referido hecho como una presunta infracción del deber de idoneidad del servicio de telefonía móvil.

QUINTO: Confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 1760-2019/CC2 en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta por el señor Juan Francisco Rojas Leo en defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de América Móvil Perú S.A.C. Ello, en tanto, sin perjuicio de que el hecho denunciado no se encuentra dentro del ámbito de competencia del Indecopi, el denunciante no contaba con legitimidad para accionar en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

SEXTO: Disponer que la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 2 remita una copia de todo lo actuado al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel, a fin de que este órgano adopte las acciones que correspondan en el ámbito de su competencia.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente