

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Análisis de las normas sectoriales de telecomunicaciones y protección al consumidor, a la luz del nacimiento de un nuevo soporte publicitario.

Trabajo de suficiencia profesional para optar por el título profesional de Abogado

Autor:

Junior David Castro Reynoso

Asesor:

Cesar Augusto Higa Silva

Lima, 2022

RESUMEN

El señor Rojas presentó una denuncia contra Entel Perú S.A., alegando la representatividad de toda la ciudadanía, por infracción al deber de idoneidad, toda vez que la empresa reproducía el anuncio “Eres Entel, eres cine” antes de establecer la conexión de una llamada, obligando a los usuarios de telefonía a recibir publicidad no requerida. Indecopi decidió encauzar la imputación por métodos comerciales agresivos o engañosos, declarando infundada la denuncia en primera instancia e improcedente el extremo referido a la supuesta afectación de derechos de los usuarios. En segunda instancia, resolvió declarar improcedente la denuncia en el extremo relacionado a que la locución podría afectar a los usuarios, indicando que Osiptel es el organismo competente para analizar dicha conducta, finalmente confirmó que el denunciante no contaba con legitimidad para accionar la defensa de los intereses de los consumidores.

El presente informe, analiza si el denunciante cuenta o no con legitimidad para accionar la protección de los intereses de los usuarios de telefonía. Asimismo, se cuestiona si la conducta de la empresa configura un método comercial agresivo o engañoso, o nos encontramos ante una vulneración al deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, observando además el actuar de la autoridad al momento de encauzar la imputación formulada.

Palabras clave: *Asociaciones de consumidores, deber de idoneidad, métodos comerciales agresivos, publicidad.*

ABSTRACT

Mr. Rojas filed a complaint against Entel Peru S.A., in representation of all citizens, for the infringement of the duty of suitability, since the company reproduced the advertisement "You are Entel, you are cinema" before establishing the connection during a call, forcing telephone users to receive unrequired advertising. Indecopi decided to channel the accusation for aggressive or deceptive commercial methods, and declared the complaint partially unfounded and partially inadmissible (regarding the alleged infringement of the users' rights). In the second instance, Indecopi declared the complaint as inadmissible in the extreme related to the fact that the locution could affect users; indicating that Osiptel is the competent entity to

analyze said conduct. Additionally, it confirmed that the complainant did not have legitimacy to act for the defense of the interests of consumers.

This report analyzes whether the complainant has the legitimacy to act to protect the interests of telephone users. Likewise, it is questioned whether the conduct of the company constitutes an aggressive or deceptive commercial method, or if we are facing an infringement of the duty of suitability in the provision of the public telecommunications service, also observing the action of the authority at the time of channeling the imputation formulated.

Keywords: *Consumer associations, duty of suitability, aggressive commercial methods, advertising.*

ÍNDICE

1.	INTRODUCCIÓN	1
2.	JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN	3
3.	DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS	4
3.1.	Denuncia	4
3.2.	Resolución N° 1759-2019/CC2	4
3.3.	Apelación por parte del señor Rojas contra la Resolución N°1759-2019/CC2	5
3.4.	Contestación de la Denuncia por parte de Entel	5
3.5.	Resolución Final N° 779-2020/CC2 de primera instancia	6
3.6.	Apelación por parte del señor Rojas contra la Resolución Final N°779-2020/CC2	7
3.7.	Absolución de apelación por parte de Entel	8
3.8.	Resolución Final N° 0748-2021/SPC de segunda instancia	8
4.	IDENTIFICACIÓN Y DESARROLLO DE PROBLEMAS JURÍDICOS	9
4.1.	PRIMER PROBLEMA: ¿El señor Rojas cuenta con legitimidad para accionar la defensa de los intereses del grupo de consumidores supuestamente afectados con la locución “ <i>Eres Entel, eres cine</i> ”?	10
4.1.1.	¿Quiénes cuentan con legitimidad para contradecir actos administrativos, ante el Indecopi, alegando intereses colectivos o difusos de la sociedad?	10
4.1.2.	¿Las personas naturales tienen legitimidad para alegar la protección de intereses colectivos o difusos de la sociedad en una denuncia de parte ante Indecopi?	12
4.2.	SEGUNDO PROBLEMA: ¿Se aplicó correctamente el deber de encauzamiento de oficio, por parte del Indecopi, sobre la pretensión formulada por el denunciante?	19
4.2.1.	¿Qué implicancias procedimentales tiene el deber de encauzamiento y el principio de congruencia procesal?	19
4.2.2.	¿La conducta infractora se encuentra tipificada como una vulneración al deber de idoneidad en el servicio, o estamos ante la configuración de un método comercial agresivo o engañoso?	21
4.3.	TERCER PROBLEMA: ¿El uso de la locución “ <i>Eres Entel, eres cine</i> ” configura un método comercial agresivo o engañoso?	24
4.3.1.	¿La locución “ <i>Eres Entel, eres cine</i> ” tiene naturaleza de publicidad comercial?	24
4.3.2.	Definición de los métodos comerciales agresivos o engañosos	28
4.3.3.	¿Cuáles son los elementos que configuran el método comercial agresivo establecido en el literal e) del artículo 58° del Código?	30
4.4.	CUARTO PROBLEMA: ¿El uso de la locución “ <i>Eres Entel, eres cine</i> ” como parte de la interconexión entre el inicio del timbrado y la marcación de una llamada, puede vulnerar el deber de idoneidad en el servicio?	36

4.4.1. El deber de idoneidad	36
4.4.2. ¿Qué implicancias tiene el deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones?	39
4.4.3. ¿Al utilizar la locución “ <i>Eres Entel, eres cine</i> ” se afecta la idoneidad en la prestación del servicio público de telefonía móvil? ¿Las normas sectoriales de telecomunicaciones prohíben este tipo de locuciones?	41
4.4.4. ¿Cuál es el organismo competente para resolver esta controversia?	45
5. CONCLUSIONES	48
6. BIBLIOGRAFÍA	51



1. INTRODUCCIÓN

Durante los últimos años, la transformación digital ha ocasionado que los proveedores se vean obligados a alinearse con ella, y a su vez la publicidad comercial, lo cual permite llegar de manera novedosa a los consumidores, a través del uso de mensajes electrónicos como pop up, sat push, IVR y/u otras herramientas como soporte publicitario, dejando atrás los medios convencionales como lo eran la televisión o la radio.

Con el descubrimiento de estas nuevas estrategias comerciales para el envío de publicidad, es consecuente que surjan controversias en el plano jurídico sobre si dichas estrategias se encuentran reguladas dentro del marco normativo o si existe la necesidad de incluirlas. De ello se desprende lo que nos trae al análisis de la Resolución N° 0748-2021/SPC-INDECOPI, pues en ella se discute si el uso de un mecanismo publicitario reciente genera un impacto negativo en los consumidores, y si a la fecha este debe estar regulado en nuestro marco jurídico.

Este informe tiene como finalidad analizar las diversas aristas jurídicas de la resolución antes indicada, la cual fue emitida por la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la “Sala”), quien resolvió en segunda instancia la denuncia impuesta por el señor Juan Francisco Rojas Leo (en adelante, el “señor Rojas”) contra Entel Perú S.A. (en adelante, “Entel”) por la presunta infracción al deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, ya que, al momento de establecer la llamada, la operadora reproducía la locución “Eres Entel, eres cine”. Cabe indicar que la Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, la “Comisión”), en primera instancia, admitió a trámite la denuncia por el uso de métodos comerciales agresivos o engañosos.

De este modo, el análisis planteado tendrá un recorrido por los diversos cuerpos normativos involucrados en la controversia, no solo por la norma de protección al consumidor, sino también una revisión de las normas sectoriales del servicio público de telecomunicaciones, la norma de represión de la competencia desleal, y la de protección de datos personales. Revisaré cada uno de los puntos abordados por la Sala, así como también aquellos que no fueron percibidos, dado que su relevancia nos incitó a desarrollarlos.

El esquema ha sido estructurado por cuatro ejes, por medio de los cuales desarrollaré los cuatro problemas jurídicos identificados, que, a su vez, están divididos en dos procesales y dos de fondo. Cabe indicar que cada eje estará acompañado del marco jurídico aplicable nutriendo los argumentos que refuercen la postura adoptada.

En primer lugar, analizaré si el denunciante contaba con legitimidad para accionar la defensa de derechos colectivos o difusos del grupo de consumidores supuestamente afectados. Para ello, revisaré la labor de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de los derechos colectivos y difusos. Asimismo, cuestionaré el análisis realizado por la autoridad, que, si bien se centra en las normas de consumo, no habría realizado un análisis sistemático de todas las normas del ordenamiento jurídico, las cuales dilucidarán si el señor Rojas cuenta o no con legitimidad para accionar en nombre de la colectividad.

En segundo lugar, evaluaré si la actuación procedimental de la autoridad fue correcta. Si bien se denunció una supuesta vulneración al deber de idoneidad, la Comisión, basándose en el principio de congruencia procesal y el deber de encauzamiento, decidió encauzar la imputación por el supuesto uso de un método comercial agresivo o engañoso, actuar que al parecer dejó desatendida la pretensión inicial.

En tercer lugar, pasaremos al desarrollo de los problemas de fondo. Como primer punto, se analizará si la naturaleza de la locución “Eres Entel, eres cine” es un anuncio meramente informativo o nos encontramos ante uno publicitario. Posteriormente, aquello nos llevará a evaluar si la reproducción de dicho anuncio cumple con los elementos que configuran un método comercial agresivo o engañoso, evaluando además su relación con la norma de datos personales.

En cuarto lugar, revisaré si el actuar de la empresa vulnera el deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, verificando si las normas sectoriales permiten o impiden este tipo de conductas; además identificaré cuál es el organismo competente que debió revisar esta controversia.

Finalmente, se expondrá una recopilación de todas las conclusiones abordadas en cada uno de los ejes trabajados, respecto de los problemas jurídicos, prestando una respuesta a cada uno de ellos.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

En el sector de telecomunicaciones existen tres grandes empresas que dominan el mercado, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, “Movistar”), América Movil Perú S.A.C. (en adelante, “Claro”) y Entel, quienes desde hace unos años atrás vienen reproduciendo locuciones al momento de conectar una llamada. De este modo, el señor Rojas presentó una denuncia contra dichas empresas en la que señaló que utilizaban la conexión de las llamadas para difundir publicidad a los usuarios sin su consentimiento. Aquella conducta presuntamente vulneraba el deber de idoneidad en la prestación del servicio.

Como podemos apreciar, nos encontramos frente a un sin número de interrogantes que evidencian los problemas jurídicos que trataremos de resolver en el presente informe jurídico, lo que además, justifica la importancia del análisis de la Resolución N° 0748-2021/SPC-INDECOPI, cuyo objetivo es brindar un aporte para el análisis de futuras controversias similares.

Por medio del presente informe, tendré el reto académico de analizar el marco jurídico relacionado con la controversia antes señalada, por lo que se buscará encontrar respuestas frente a circunstancias bastante novedosas. Es más, me atrevo a decir que, al día de hoy, aún no han recibido particular atención por parte del legislador.

La elección de la presente resolución se circunscribe en un replanteamiento de los soportes publicitarios que tradicionalmente las empresas han utilizado, identificando un soporte novedoso como la red de telecomunicaciones para remitir un anuncio publicitario, sobre el cual se enmarca la controversia si su uso vulnera o no el deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Este tema se complejiza aún más cuando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “Indecopi”) decide encauzar esta materia como un método comercial agresivo o engañoso.

Además, por medio de la presente resolución se podrá estudiar la forma en la que se ejercen los derechos difusos y colectivos en materia de protección al consumidor, cuestionando el

criterio que viene acogiendo el Indecopi, lo cual me llevará a realizar un estudio sistemático de nuestro marco jurídico.

En ese sentido, considero que la presente resolución nos permite revisar temas poco examinados y muy controversiales que deben ser abordados bajo una óptica minuciosa por parte de la autoridad de consumo y el organismo regulador competente, a la luz del nacimiento de un nuevo soporte publicitario.

3. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

PRIMERA INSTANCIA:

3.1. Denuncia

- El 28 de agosto del 2019, en ejercicio de su propio derecho, y alegando la representación de toda la ciudadanía, el señor Rojas solicitó que se declare que Entel habría incurrido en infracción al deber de idoneidad establecido en los artículos 18° y 19° de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el “Código”), por introducir indebidamente publicidad en el servicio de telefonía móvil.
- De acuerdo con el Señor Rojas, Entel reproducía el anuncio “Eres Entel, eres cine”, antes de establecer la conexión con las líneas pertenecientes a las otras empresas del mercado de telecomunicaciones; es decir, cuando uno de los usuarios de las otras empresas llamaba a alguna línea de Entel, se escuchaba el mensaje en cuestión, obligándolos a recibir información publicitaria no requerida, trasgrediendo el principio de idoneidad en el servicio público prestado por la empresa.
- Argumentos del Señor Rojas: (i) el anuncio trasgredía el principio de idoneidad, toda vez que las empresas de telecomunicaciones podían captar a nuevos usuarios, empleando un mecanismo no consentido; (ii) la legislación vigente establece que los consumidores no pueden ser obligados a recibir publicidad sin su previo consentimiento; (iii) se pone en riesgo la conexión universal de un servicio público en donde se requiere de la inmediatez y la urgencia en la conexión.

3.2. Resolución N° 1759-2019/CC2

- Por medio de esta resolución del 04 de octubre de 2019, la Comisión resolvió declarar la improcedencia de la denuncia, en el extremo referido a la supuesta afectación de derechos de los usuarios de servicio móvil. La autoridad indicó que para la defensa de intereses colectivos o difusos es necesario que el denunciante sea una asociación de consumidores, por lo que, al haber verificado que el señor Rojas no posee dicha calidad, no se encontraba legitimado para promover su denuncia.
- Por otro lado, se admitió a trámite la denuncia por el presunto uso del método comercial agresivo o engañoso, establecido en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código, en tanto Entel habría utilizado locuciones publicitarias, obligando a los usuarios de telefonía móvil de las otras operadoras a escucharlas, sin su consentimiento. Cabe mencionar que la Comisión no se pronunció respecto de la presunta afectación al deber de idoneidad.

3.3. Apelación por parte del señor Rojas contra la Resolución N°1759-2019/CC2

- El 25 de octubre de 2019, por medio de su escrito de apelación, el denunciante señala que no alegó la condición de asociación, pues en todo momento actuó conforme al artículo 119° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el “TUO de la LPAG”), mediante el cual se indica que las personas naturales tiene la posibilidad de presentar peticiones o contradecir actos administrativos ante la autoridad competente, alegando el interés difuso de la sociedad, norma que no fue analizada por la Comisión. El denunciante reafirma su posición indicando que los intereses que alegó son los difusos.
- En un escrito complementario, el señor Rojas indicó que en ningún momento alegó que los hechos materia de denuncia configuraban un método comercial agresivo o engañoso, por lo que solicitó reformular la imputación de cargos.

3.4. Contestación de la Denuncia por parte de Entel

- El 15 de noviembre de 2019, Entel indicó que el artículo 58° del Código encuentra su justificación en contrarrestar las prácticas comerciales agresivas o engañosas por parte de los proveedores. De esta manera, en el literal e) del numeral 58.1, se puede advertir

que los proveedores tienen la prohibición de remitir publicidad de manera constante y sin el previo consentimiento de los consumidores.

- La empresa indicó que la supuesta conducta infractora no encaja en el tipo legal antes indicado, pues no se configura una comunicación directa al consumidor realizada por ellos, ni tampoco se formula el ofrecimiento de sus productos o servicios; es más, Entel no emplea los medios técnicos contemplados en la infracción imputada.
- La difusión del anuncio no genera ningún daño al consumidor, en tanto no existe un ofrecimiento comercial sobre el que deba tomar una decisión de consumo, y mucho menos se atenta contra su libertad de elección.
- Entel alegó que la interconexión de la llamada es un proceso previo al momento en el que un usuario se contacta con otro, por lo tanto, no añade segundos a la interconexión de las llamadas toda vez que la locución se escuchaba de manera paralela al proceso de búsqueda del usuario en su red para la conexión.
- En un escrito complementario, Entel indicó que, desde el año 2017, con la implementación del Plan Nacional de Protección de los Consumidores, aprobado a través del Decreto Supremo N° 024-2017-PCM, algunos de los conflictos que se generaban durante la relación de consumo de servicios públicos fueron redireccionados a fin de que las autoridades reguladoras sean las encargadas de resolverlos, particularmente en el rubro de telecomunicaciones la entidad competente es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el "Osiptel").
- Entel señaló que los reclamos por la calidad o idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones es una de las materias sobre las que Osiptel es competente. De este modo, si el presente procedimiento fue formulado por una supuesta vulneración al deber de idoneidad, la entidad competente para resolver este procedimiento debió ser Osiptel.

3.5. Resolución Final N° 779-2020/CC2 de primera instancia

- De acuerdo con la Comisión, el denunciante señaló expresamente la presunta utilización de un método comercial agresivo por parte de Entel, haciendo referencia directa al método establecido en el literal e) del numeral 58.1 del Código.
- La Comisión indicó que se calificó de manera adecuada el hecho denunciado y concluyó que el tipo específico que el Código ha previsto para ello es la aplicación de métodos comerciales agresivos o engañosos y no la afectación al deber de idoneidad.
- Además, la autoridad advirtió que de manera preliminar el uso de anuncios grabados o tonos de timbrado (como el anuncio “Eres Entel, eres cine”) son permitidos dentro de la prestación del servicio de telecomunicaciones toda vez que permiten al usuario identificar la red a la que se conectan.
- Según la autoridad, la locución no se encuentra dirigida a un consumidor previamente identificado a través de sus datos personales, por lo que, cualquier usuario podía escucharla al realizar una llamada a la red de Entel. La empresa no utiliza los datos personales de los consumidores para realizar comunicaciones con contenido publicitario, si no que únicamente pretende identificar su red.
- Además, la Comisión precisó que, respecto a lo indicado por el Señor Rojas, sobre si el uso de la locución conlleva a que los usuarios pierdan tiempo de comunicación, no le corresponde analizar el cumplimiento de las normas de calidad del servicio aplicables al sector de telecomunicaciones, en tanto dicha facultad es de competencia de Osiptel.
- La autoridad de consumo resolvió declarar infundada la nulidad planteada por el denunciante, pues a su criterio el hecho imputado configuraba un método comercial agresivo y no una infracción al deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones. Finalmente, declaró infundada la denuncia en contra de Entel por la presunta utilización del método comercial agresivo establecido en el literal e) numeral 58.1 del artículo 58 del Código.

SEGUNDA INSTANCIA:

3.6. Apelación por parte del señor Rojas contra la Resolución Final N°779-2020/CC2

- El 23 de julio de 2020 el señor Rojas presenta su escrito de apelación, en donde reitera nuevamente que los hechos formulados en la denuncia demuestran una infracción al deber de idoneidad. El uso del término “coercitivo”, no implica que denunció un método comercial coercitivo o agresivo.
- Para el señor Rojas, la Comisión ha interpretado incorrectamente el Plan Técnico Fundamental de Señalización (en adelante, “Plan Técnico de Señalización”) y las Recomendaciones UIT-T, E.180/Q35 y E.182 emitidas por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, “UIT”), pues habría equiparado a los anuncios regulados por dichas recomendaciones técnicas con los anuncios publicitarios que Entel utilizaba.
- Finalmente, expresa su disconformidad sobre lo mencionado por la autoridad respecto a que no le corresponde a la Comisión evaluar el cumplimiento de las normas sobre calidad que le son aplicables al servicio de telefonía, al ser ello de competencia de Osiptel, pues indica que la inserción de publicidad en la conexión de la llamada trasgrede el tiempo en el que se establece la comunicación, por lo que la controversia debe ser revisada por la Comisión.

3.7. Absolución de apelación por parte de Entel

- Entel reitera que la reproducción de la locución no configura un método comercial agresivo o engañoso, pues el anuncio no tiene como finalidad la difusión de algún ofrecimiento comercial, por lo que la libertad de elección del usuario no se ve perjudicada. El objetivo de la grabación es identificarse ante los usuarios.
- Entel indica que el Señor Rojas no ha podido demostrar qué norma específicamente, ha sido vulnerada; por ello, ha tenido que recurrir a la aplicación incongruente de los artículos 18° y 19° del Código usándolos como “cajón de sastre” para ingresar su denuncia.

3.8. Resolución Final N° 0748-2021/SPC de segunda instancia

- La Sala confirma, modificando sus fundamentos, la Resolución Final N° 0779-2020/CC2 en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta contra

Entel por la presunta infracción del literal e) del artículo 58°.1 del Código. Toda vez que no se configuran los elementos de la infracción imputada, pues Entel por medio de la locución no se comunicó directamente con los usuarios a fin de promover la venta de productos o servicios.

- Sobre el extremo relacionado a las citadas normas técnicas, la Sala, contraria a la Comisión, indicó que no correspondía evaluar si la inclusión de la cuestionada locución se encontraba alineada a las normas sectoriales, pues carecía de objeto en tanto el hecho denunciado no calzaba en el literal e) del artículo 58°.1 del Código.
- La Sala declara la nulidad parcial de las resoluciones de imputación de cargos y Resolución Final N° 0779-2020/CC2, por vulneración al principio de congruencia procesal, ya que la Comisión omitió imputar y pronunciarse sobre si la reproducción de Entel habría cometido una infracción al deber de idoneidad. Al respecto, la Sala, contraria a la Comisión, indicó que en este caso se denunció, adicionalmente, la presunta vulneración al deber de idoneidad en la prestación del servicio.
- En vía de integración, la Sala declara improcedente la denuncia referida al hecho de que Entel al reproducir la locución podría afectar el servicio de telefonía móvil, toda vez que, a criterio de la Sala, Osiptel es el ente competente para analizar dicha conducta, por presunta infracción al deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones.
- Finalmente, la Sala confirma, modificando sus fundamentos, la Resolución N° 1759-2019/CC2, en el extremo que declaró improcedente la denuncia impuesta en defensa de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, pues el Señor Rojas no contaba con legitimidad para accionar la defensa de intereses difusos o colectivos.

4. IDENTIFICACIÓN Y DESARROLLO DE PROBLEMAS JURÍDICOS

ASPECTOS PROCESALES:

4.1. PRIMER PROBLEMA: ¿El señor Rojas cuenta con legitimidad para accionar la defensa de los intereses del grupo de consumidores supuestamente afectados con la locución “Eres Entel, eres cine”?

4.1.1. ¿Quiénes cuentan con legitimidad para contradecir actos administrativos, ante el Indecopi, alegando intereses colectivos o difusos de la sociedad?

El Código indica que las asociaciones de consumidores tienen como finalidad “proteger, defender, informar y representar a los consumidores y usuarios” (Ley N° 29571, 2010, Art. 153), son instituciones que pueden interponer reclamos y denuncias a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder, contra las autoridades correspondientes. Además, tienen como potestad, la posibilidad de solicitar la defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores.

Con mucho acierto, Rejanovinschi indica 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 difusos” (2017, p.230). De aquello se desprende que dichas instituciones juegan un rol fundamental en la protección y defensa de los consumidores.

De acuerdo con Priori, la producción y contratación en masa son características de nuestros tiempos, de este modo la vida moderna ha generado nuevas amenazas a valores que el ordenamiento jurídico debe tutelar; ya que, ante esta masificación también se producen lesiones de intereses en masa. Asimismo, el autor indica que esta afectación en masa ha conllevado a que se reconozcan una serie de derechos que ya no solo corresponden al individuo, sino que reconocen como titular a un conjunto de sujetos; es decir, se tutelan los derechos de dicho conjunto, los mismos que podrían o no estar identificados (1997, p. 98).

Por ejemplo, el Código no solo contiene normas de protección y defensa de los intereses y derechos individuales de los consumidores, sino también posee mecanismos de protección de intereses colectivos o difusos, que tienen como principal defensor al Indecopi; sin embargo, las asociaciones de consumidores también están dotadas de dicha legitimidad. En el artículo 129° de dicho marco normativo, se indica que las asociaciones de consumidores están

legitimadas para formular denuncias ante el Indecopi, en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores o de los potencialmente afectados (Ley N° 29571, 2010).

Luego de realizar una lectura concienzuda del Código, se puede concluir que solo el Indecopi y las asociaciones de consumidores tienen legitimidad para poder accionar dichos derechos ante la propia autoridad de consumo. Es más, en el numeral 8 de la Resolución N° 1759-2019/CC2 la Comisión, refuerza lo antes indicado:

8. El literal 107 del Código establece que **los procedimientos administrativos sancionadores en materia de protección al consumidor inician de oficio, por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o de una asociación de consumidores en representación de sus asociaciones o apoderados o en defensa de intereses colectivos o difusos en los consumidores.** (Indecopi, 2019). (Énfasis agregado)

Ahora, consideramos oportuno desarrollar lo que implica la defensa de intereses colectivos o difusos, por parte de estas instituciones. De acuerdo con Priori, los intereses colectivos “corresponden a una serie de personas más o menos numerosas, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico” (1997, p. 99); por su parte, los intereses difusos “corresponden a un conjunto de personas absolutamente indeterminadas e indeterminables, sin que exista entre ellas vínculo jurídico alguno; sino más bien, un vínculo de hecho” (1997, p. 99), bajo la misma línea el Código los define de la siguiente manera:

Artículo 128.- Defensa colectiva de los consumidores

El ejercicio de las acciones en defensa de los derechos del consumidor puede ser efectuado a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores. Para estos efectos se entiende por:

a. **Interés colectivo de los consumidores. Son acciones que se promueven en defensa de 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 o clase.**

b. **Interés difuso de los consumidores. Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados.** (Ley N° 29571, 2010). (Énfasis agregado).

De ello se desprende que para poder distinguir si nos encontramos ante un derecho colectivo o difuso, será necesario identificar si los sujetos del grupo afectado son determinados, determinables, o indeterminados. Además, otro elemento que se debe tomar en cuenta es el vínculo jurídico o de hecho que existe dentro del grupo.

Por todo lo antes descrito, es indudable que, tanto la labor de Indecopi como la de las asociaciones de consumidores, cumplen un rol fundamental en la defensa colectiva de los consumidores, pues contribuyen al impulso de un mejor funcionamiento en los mercados y la conformación de relaciones equilibradas de consumo. No obstante, ¿son los únicos sujetos que tienen la posibilidad de poder accionar la defensa colectiva?

4.1.2. ¿Las personas naturales tienen legitimidad para alegar la protección de intereses colectivos o difusos de la sociedad en una denuncia de parte ante Indecopi?

De acuerdo con la doctrina, la exigibilidad de la representación adecuada es un elemento fundamental para el acceso a la justicia colectiva. Según Glave “la representatividad adecuada supone que aquel legitimado para plantear una pretensión colectiva sea, a su vez, un representante adecuado de los miembros ausentes del grupo” (2017, p. 50), ello quiere decir que el sujeto legitimado cuente con los medios necesarios para poder defender los intereses de la colectividad. Cabe señalar que es el legislador quien dota de esta representatividad adecuada, indicando quienes se encontrarán legitimados para iniciar una acción colectiva; sin embargo, esto nos lleva a algunos cuestionamientos: ¿en qué criterios se basa el legislador peruano para proveer a un sujeto como representante adecuado? ¿el legislador ha dotado de dicha legitimidad a las personas naturales?

De un análisis de la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, el Código Procesal Constitucional, la Ley General del Ambiente y el TUO de la LPAG, hemos advertido que cuando se solicita la tutela de intereses difusos o colectivos, una persona natural puede iniciar una acción ante la entidad administrativa competente invocando la protección de los intereses difusos o colectivos de la sociedad; sin embargo, la legitimidad

para el acceso a la justicia colectiva, con el que se dota a las personas naturales no es del todo clara en otros cuerpos legales.

Para el desarrollo del presente informe jurídico, partiremos analizando el artículo 119° del TUO de la LPAG:

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 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.**

(Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019) (Énfasis agregado)

De acuerdo con los hechos del caso, en ejercicio de su propio derecho el señor Rojas solicitó en su denuncia que se declare que Entel habría infringido lo dispuesto en los artículos 18° y 19° del Código por introducir indebidamente publicidad en el servicio de telefonía móvil, alegando además la representación de toda la ciudadanía amparado en el artículo bajo análisis.

De esta manera, de una lectura literal y en base a la interpretación del Señor Rojas, es evidente que el artículo en cuestión legitima a las personas naturales a alegar la representatividad de la colectividad, aduciendo el interés difuso de la sociedad. De acuerdo con Morón Urbina, el presente artículo “(...) 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 comunes” (2017, p. 608). Es decir, el artículo habilita a cualquier administrado, inclusive a las personas naturales, para dirigirse a cualquier autoridad administrativa y solicitar la representatividad de la colectividad.

No obstante, la Comisión mediante Resolución N° 1759-2019/CC2 resolvió declarar la improcedencia de la denuncia interpuesta por el denunciante, en el extremo referido a la supuesta afectación de derechos de los usuarios del servicio público de telecomunicaciones. Pero ¿cuál fue la razón para que la autoridad de consumo tome tal decisión? Según la autoridad, para la defensa de intereses colectivos o difusos es necesario que el denunciante tenga la categoría de una asociación de consumidores, por lo que al haber verificado que el señor Rojas no posee dicha calidad, no se encuentra legitimado para promover la defensa del grupo de usuarios.

De este modo, la autoridad se basó en el artículo 107° del Código, el cual establece que los procedimientos administrativos sancionadores en materia de protección al consumidor, en defensa de intereses colectivos o difusos, pueden ser iniciados por las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas por el Indecopi (Ley N° 29571, 2010).

Lo cuestionable de lo antes indicado es que la autoridad estaría negando la posibilidad a las personas naturales de accionar la defensa de intereses colectivos o difusos, cabe indicar que en ningún extremo del Código se niega la posibilidad a las personas naturales para alegar dicha defensa.

Es más, regresando al artículo 119° del TUO de la LPAG que habilita de manera textual a las personas naturales a invocar la protección de intereses difusos o colectivos, nos cuestionamos por qué el Indecopi hizo caso omiso a dicho marco normativo de carácter general, cuando el propio Código reconoce en su artículo 106° que de manera supletoria, en todo lo previsto en dicho cuerpo legal, es aplicable a los procedimientos administrativos la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 29571, 2010).

En la misma línea, el artículo 247 ° del TUO de la LPAG complementa lo indicado en el párrafo anterior, señalando que los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados, por lo que se deben aplicar de manera supletoria a todos los procedimientos especiales los principios de la potestad sancionadora administrativa, así como la estructura y garantías requeridas para el desarrollo óptimo de un procedimiento sancionador (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019). De este modo, el Indecopi

debe respetar lo antes indicado aplicando de manera supletoria lo establecido en la LPAG a los procedimientos sancionadores en materia de protección al consumidor.

Cabe resaltar que, en la LPAG se establecen un conjunto de normas estándar que le son aplicables a todo procedimiento administrativo, lo cual tiene como objetivo evitar la proliferación asimétrica de disposiciones sobre esta materia. De este modo, los procedimientos especiales reconocen a la LPAG como un núcleo de referencia, al que deberán recurrir constantemente como medio de interpretación de normas, desentrañando el objetivo de una actuación administrativa e integrando sus vacíos (Morón, 2017, p. 48).

Ahora bien, es pertinente ahondar en el ámbito de aplicación de la LPAG. Recordemos que por medio del Decreto Legislativo N°1272, dicho cuerpo legal adoptó un carácter común de las reglas planteadas, y ya no simplemente su carácter general, el cual la hacía susceptible de ser desplazada por reglas especiales, tal como se indica en la exposición de motivos de dicho decreto legislativo:

(...) en lo referido al ámbito de aplicación de la LPAG se busca, (...), disponer que esta norma contenga disposiciones comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regule todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales. **Asimismo, se tiene como finalidad que las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no impongan condiciones menos favorables a los administrados que aquellos regulados en la LPAG.** (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p.3). (Énfasis agregado)

De ello se desprende que el Código al ser una norma de carácter especial que regula los procedimientos sancionadores en protección al consumidor, no podrá imponer condiciones o interpretaciones menos favorables a los administrados de aquellas establecidas por la LPAG, tal como lo señalé en párrafos anteriores.

Entonces, ¿por qué la Comisión declaró la improcedencia de la denuncia interpuesta por el Señor Rojas? ¿acaso no cumplió con algún requisito que no hemos revisado correctamente? Según el artículo 119° del TUO de la LPAG para solicitar el interés general de la colectividad se deben cumplir con dos requisitos (i) ser una persona natural o jurídica, y (ii) invocar el

interés difuso de la sociedad. Definitivamente, el primer requisito es de evidente cumplimiento, por lo que prestaremos atención al segundo.

En la Resolución N° 1759-2019/CC2 el propio Indecopi señala que el denunciante alegó una presunta afectación a los derechos de los usuarios de telefonía móvil, para lo cual corresponde una defensa de intereses supraindividuales (intereses colectivos o difusos), pues los hechos versan sobre una supuesta conducta por parte de Entel que afectaría a los usuarios del servicio de telecomunicaciones.

En otras palabras, la supuesta conducta infractora, asociada a la reproducción de la locución “Eres Entel, eres cine” al momento en el que un usuario de telefonía móvil contactaba a una línea que pertenecía al operador Entel, afectaba a todos los usuarios de telefonía móvil. Además, recordemos que ello también pasaba con las otras operadoras como Movistar y Claro, razón por la que el señor Rojas decidió denunciar a las tres empresas, pues su objetivo era proteger a la colectividad.

Luego de evidenciar que lo alegado por el denunciante encaja en el artículo 119° del TUO de la LPAG, no hemos podido encontrar justificación razonable que nos permite entender la interpretación de la Comisión, de igual forma lo resuelto por Sala, quien reafirmó dicho criterio en segunda instancia; sin embargo, tampoco proporcionó una motivación adecuada que justifique su interpretación.

Para poder entender lo resuelto por el Indecopi hemos recurrido a la doctrina, en donde identificamos diversas críticas frente a este actuar poco consecuente. Si bien a la fecha esta práctica es recurrente, según la doctrina la autoridad se basa en los artículos 130° y 131° del Código, de los cuales se desprende que tanto el Indecopi como las asociaciones de consumidores, debidamente registradas y reconocidas, tienen legitimidad para poder solicitar la defensa de intereses difusos y colectivos de los consumidores en procesos judiciales, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 82° del Código Procesal Civil (Ley N° 29571, 2010).

El artículo 82° del Código Procesal Civil, detalla a los sujetos que pueden promover o intervenir en defensa 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 que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 1993); no obstante, como se puede notar tampoco se incluyen a las personas naturales.

Basado en dicho artículo, Indecopi refuerza aún más su posición, dejando de lado la posibilidad de que las personas naturales puedan legitimarse; sin embargo, la autoridad de consumo ha olvidado mirar más allá del Código Procesal Civil, pues “el Código de Consumo no toma en cuenta que no solo existe el artículo 82° del Código Procesal Civil y que, por lo tanto, no ha cerrado la puerta a la posibilidad que cualquier persona natural inicie un proceso contencioso administrativo (o constitucional) a fin de tutelar el interés supraindividual”(Glave, 2012, p.350).

Carlos Glave indica que el Código no le ha otorgado legitimidad para obrar a cualquier persona natural o miembro de la colectividad para poder accionar una demanda que tenga por finalidad la defensa del colectivo, toda vez que el Código ha restringido la legitimidad para resguardar el derecho colectivo únicamente al Indecopi y a las asociaciones de consumidores, facultadas previamente por el propio Indecopi, que tengan por objetivo alegar la protección del derecho de los consumidores (2012, p.348). Sin embargo, nuestro sistema normativo no les ha negado la posibilidad a las personas naturales de poder solicitar dicha prerrogativa, pues es más que evidente que en nuestro ordenamiento jurídico, ello sí es posible, tal como se ha establecido en el Código Procesal Constitucional, la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, la Ley General del Ambiente y el TUO de la LPAG.

Es evidente que la línea seguida por Indecopi puede ocasionar serios problemas de seguridad jurídica, pues está limitando el acceso a la justicia de las colectividades, lo cual definitivamente limita el ejercicio de derechos. Como se indicó en el párrafo anterior, Indecopi busca resguardar el derecho colectivo por lo que de manera selectiva restringe la legitimidad para obrar. Sobre ello, consideramos que dicha restricción es poco acertada, pues ¿quién garantiza que las asociaciones de consumidores actualmente se encuentran debidamente capacitadas para luchar por la defensa de los derechos de la colectividad?

Juan Alfaro señala que “(...) los intereses difusos tienen tradicionalmente un gran problema, porque pertenecen a todos en general, pero a nadie en particular. Es decir, no es posible

atribuir a un sujeto específico ser titular exclusivo de derechos colectivos” (2020, p.10). De esta manera, cuando se lesionan intereses difusos, usualmente, existe poco interés en defenderlos, pues por un tema de costos y tiempo es poco probable que alguien desee solicitar la legitimidad, por lo que surge una suerte de individualismo natural que nos lleva a cuestionarnos por qué luchar en nombre o por los derechos de otros.

Entonces ¿por qué el Código y el artículo 82° del Código Procesal Civil no incluyen a las personas naturales para que accionen esta defensa, cuando son pocos los sujetos que se atrevan a iniciar este tipo de acciones? Según el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil la justificación que fue abordada para restringir este tipo de acción fue la siguiente:

La Comisión considera que si cualquier persona natural por sí sola pudiese iniciar un proceso colectivo, **el alto nivel de corrupción en el país generaría demandas maliciosas que busquen extorsionar al demandado**, celebrar acuerdos que no benefician al grupo protegido o incluso entrar en connivencia con el demandado. **Se busca que las instituciones legitimadas sean un filtro para el inicio de los procesos colectivos**. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018). (Énfasis agregado).

De lo antes indicado, se puede alertar que dicha Comisión de reforma partió de algunas premisas muy cuestionables, pues sobre lo citado se puede deducir que ciudadanos corruptos podrían iniciar acciones maliciosas, por lo que las instituciones a las que no presuponen como corruptas, son una suerte de filtro que detienen estos actos de corrupción que afectan el inicio de procesos colectivos. Pero ¿qué tan cierto es ello en la práctica?, siendo un país en donde las instituciones nacionales a las que se les otorga esta prerrogativa, muchas veces se han visto expuestas a actos de corrupción. Es evidente que esta justificación tampoco es del todo inteligible; sin embargo, dejaremos este punto para otra investigación.

En conclusión, el Código provee de legitimidad solo al Indecopi y a las asociaciones de consumidores restringiendo la representatividad adecuada que también podrían ostentar las personas naturales. Es evidente que el Código ha tomado un rumbo diferente a otros cuerpos legales en los que sí se legitima a una persona natural, por lo que en la misma línea que Glave “consideramos que esto produce una limitación al acceso a la justicia colectiva y no atiende a

la representatividad adecuada como un auténtico requisito indispensable a lo largo de cada proceso particular en donde se pretenda la tutela de un derecho colectivo” (2017, p.63).

Además, de lo señalado en el párrafo anterior, hemos podido evidenciar que en el Perú no tenemos una regulación uniforme respecto de los intereses colectivos o difusos de la sociedad, lo cual puede generar serios conflictos normativos, toda vez que se trasgrede el principio de unidad de la Constitución, el cual indica que debe existir una relación e interdependencia de los distintos elementos normativos con los fundamentos constitucionales, generando un cuerpo normativo homogéneo, un todo armónico y sistemático, evitando la generación de intereses contrapuestos (García, 2003, p.205).

Es más, el criterio esbozado por el Indecopi va en contra de la siguiente lógica: lo que afecta a una persona, pueda afectar a otras que no tienen la misma oportunidad de luchar por la defensa de la afectación y acudir ante la autoridad. Según lo indicado por el señor Rojas, la finalidad de su denuncia es que lo decidido para uno beneficie a todos y que la intervención del Indecopi sirva al bien común que podría estar siendo afectado; sin embargo, el mensaje que trasmite la autoridad de consumo al resolver este punto es que para alegar la defensa de intereses difusos o colectivos debemos constituir una asociación de consumidores, por lo que si como consumidores identificamos una afectación común, deberemos constituir nuestra propia asociación de consumidores o adherirnos a una para recién allí poder accionar la defensa de la colectividad, lo que en efecto es un sin sentido.

4.2. SEGUNDO PROBLEMA: ¿Se aplicó correctamente el deber de encauzamiento de oficio, por parte del Indecopi, sobre la pretensión formulada por el denunciante?

4.2.1. ¿Qué implicancias procedimentales tiene el deber de encauzamiento y el principio de congruencia procesal?

De acuerdo con el artículo 86° del TUO de la LPAG, se establecen los deberes que tienen que cumplir las autoridades administrativas respecto del régimen legal del procedimiento administrativo y los administrados. De esta manera, en el artículo en cuestión, si bien no se agotan todos los deberes que el legislador le otorga a las autoridades administrativas, es una referencia relevante de las principales obligaciones, las cuales son de indefectible cumplimiento.

Dentro de los deberes listados tenemos que la autoridad administrativa se encuentra obligada a “encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019, TUO de la LPAG, Artículo 86) De ello se desprende que, las autoridades administrativas se encuentran en la obligación de impulsar, dirigir, y ordenar aquellos procedimientos administrativos bajo su competencia, con el objeto de establecer debidamente las cuestiones involucradas, aun cuando estén ante procedimientos iniciados por el administrado (Morón, 2017, p.536)

Bajo la línea del deber antes citado, el legislador señala en el artículo 198° del TUO de la LPAG que el contenido de la resolución deberá ser congruente con la pretensión formulada, en aquellos casos en los que el procedimiento es iniciado a petición del interesado (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019). Ello quiere decir que la autoridad administrativa tiene como tarea que el contenido de la resolución que emita deba involucrar todos los extremos de la petición realizada por el administrado, del mismo modo con mucho acierto Morón indica que “la congruencia implica que la decisión comprenda todas las prestaciones y fundamentos propuestos por los interesados durante el procedimiento, de tal modo que con la resolución se emita íntegramente opinión sobre la petición concreta y sobre los argumentos expuestos” (Moron, 2017, p.82).

Por su parte, De los Santos define a la congruencia como aquel principio (o subprincipio) que, “consiste en la traducción procesal del principio lógico de identidad y constituye una directriz relativa a la correspondencia que debe existir en todo proceso judicial entre la pretensión principal más las pretensiones desestimatorias o reconventionales formuladas por las partes y lo que el juez resuelva en la sentencia” (2011, p. 199). En síntesis, el juez deberá analizar la esencia de la petición en conjunto con todos los elementos del caso, para poder emitir un pronunciamiento congruente que no deje desatendido ningún punto de la controversia.

Sin perjuicio de lo antes indicado, el principio de congruencia procesal en algunos supuestos puede presentar vicios como el denominado “*citra petitum*”, el cual es definido por Huapaya como la incongruencia que “consiste en que la sentencia deja de juzgar alguna cuestión objeto del proceso (incongruencia *ex silentio*)” (2019, p.146). Cabe indicar que dichos vicios

vulneran el contenido constitucional del principio materia de análisis, el cual se encuentra estrechamente ligado a la debida motivación de las decisiones emitidas por las autoridades administrativas.

Por su parte, el Tribunal Constitucional, refiriéndose a la motivación de las resoluciones ha señalado en la Sentencia bajo expediente N° 0896-2009-PHC/TC lo siguiente:

Y es que (...), **resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas**; pues precisamente **el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.** (2009). (Énfasis agregado)

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 5° del TUO de la LPAG el contenido de un acto administrativo debe contar con “todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2019). De ello se infiere que las autoridades administrativas tienen como labor fundamental cumplir con el deber de congruencia entre lo resuelto y lo alegado por las partes, sin que éste presente vicios que puedan transgredir principios fundamentales.

En conclusión, la labor de la autoridad es de suma importancia al momento de la imputación de cargos, antes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, pues a pesar de que el administrado omita o cometa un error al momento de señalar la infracción a la que alude, la autoridad alineada a los principios constitucionales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra en el deber de buscar la verdad material, por lo que con suma atención deberá encauzar correctamente buscando que los hechos sean congruentes con la infracción alegada, sin dejar de lado la motivación que ello requiere.

4.2.2. ¿La conducta infractora se encuentra tipificada como una vulneración al deber de idoneidad en el servicio, o estamos ante la configuración de un método comercial agresivo o engañoso?

Partimos indicando que en el presente apartado no desarrollaremos el fondo de las figuras jurídicas de la idoneidad en el servicio y los métodos comerciales agresivos o engañosos, pues ello será materia de análisis de los próximos apartados. De esta manera, mediante la presente interrogante buscamos identificar si el actuar de la Comisión fue pertinente, respecto del encauzamiento realizado, iniciando un procedimiento por prácticas comerciales agresivas, en lugar de actos contra el deber de idoneidad, alegados en la denuncia del señor Rojas.

Mediante su denuncia el señor Rojas solicitó se declare que Entel habría incurrido en una infracción a lo establecido en los artículos 18° y 19° del Código, por introducir indebidamente publicidad en el servicio de telefonía móvil, toda vez que la empresa operadora reproducía el anuncio “Eres Entel, eres cine”, cuando cualquier usuario de las otras operadoras llamaba a alguna línea de Entel, obligándolos a recibir información publicitaria no requerida, trasgrediendo el principio de idoneidad en el servicio público prestado.

De manera sorprendente, la Comisión admitió a trámite la denuncia por presunta infracción al literal e) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código, pues de acuerdo con dicho órgano Entel presuntamente habría utilizado locuciones publicitarias, obligando a los usuarios de servicio de telefonía móvil a escuchar la locución, sin que éstos hayan brindado previamente su consentimiento.

Indistintamente que lo alegado por el señor Rojas calce o no en el supuesto de hecho que configura una vulneración al deber de idoneidad, es pertinente resaltar que el denunciante fue muy enfático al indicar que existía una incompatibilidad legal en el servicio de telefonía móvil que le ofrecía Entel y el servicio que le otorgaba, pues cualquier usuario que contrataba con dicha empresa esperaba que le otorguen un servicio adecuado de comunicación de telefonía móvil, más no para que utilicen su línea como un medio para remitir publicidad.

Sin embargo, tal como lo hemos indicado, la Comisión admitió a trámite la denuncia por la supuesta configuración de métodos comerciales agresivos o engañosos, dejando desatendidos los argumentos que el Señor Rojas presentó en su denuncia. Aun cuando no hemos podido identificar las razones que justificaron el actuar poco consecuente por parte de la Comisión, podemos intuir algunos elementos.

El señor Rojas en su denuncia indicó que Entel utilizaba la “coerción” mediante la reproducción de la locución publicitaria, sin el previo consentimiento de los usuarios de telefonía móvil. Concepto (“Coerción”) del que erróneamente se valió la Comisión para afirmar que los hechos indicados por el señor Rojas se enmarcaban en una supuesta configuración de métodos comerciales agresivos o engañosos, actuar que consideramos poco consecuente con los elementos y principios procedimentales de los que tiene que valerse la Comisión para poder encauzar de oficio lo alegado por un administrado.

Tal como indicamos en el apartado anterior, la labor de la autoridad al momento de encauzar una imputación es un deber que requiere de suma diligencia, pues lo que se busca es que los hechos alegados por el administrado sean congruentes con la infracción, sin que medie error u omisión por parte de éstos. No obstante, somos de la postura que en la denuncia del señor Rojas no se comprueba error u omisión alguna al momento de indicar sus pretensiones, toda vez que fue claro en indicar que los hechos narrados mostraban una vulneración al deber de idoneidad en el servicio de telefonía móvil.

Es más, el denunciante con la finalidad de esclarecer el actuar de la Comisión, en su escrito de apelación indicó que el hecho de que haya usado la palabra “coercitivo”, no implicaba en modo alguno que haya denunciado un método comercial coercitivo o agresivo, la utilización de la palabra en cuestión únicamente tenía por objeto expresar que se trataba de una práctica respecto de la cual los usuarios de telefonía móvil no podían sustraerse, por lo que la voluntad del consumidor se veía coactada.

En ese sentido, el uso de esta palabra no debió ser concluyente para que la Comisión desatienda lo alegado por el denunciante, por lo que en efecto nos encontramos ante una clara vulneración al principio de congruencia; ya que, la autoridad administrativa no cumplió con emitir una resolución en la que los hechos alegados por el denunciante hayan sido revisados en su íntegro, sin existir el correlato exigido por nuestro marco normativo.

Sin perjuicio de lo antes indicado, y de manera muy oportuna, en segunda instancia la Sala subsanó el error cometido por la Comisión, pronunciándose sobre la pretensión que el denunciante fundamentó sobre la supuesta vulneración al deber de idoneidad. En consecuencia, la Sala declara la nulidad parcial de las resoluciones de imputación de cargos y Resolución Final N° 0779-2020/CC2, por vulnerar el principio de congruencia procesal; ya

que, en primera instancia la Comisión omitió imputar y pronunciarse sobre si la conducta de Entel habría atentado contra el deber de idoneidad.

ASPECTOS SUSTANTIVOS:

4.3. TERCER PROBLEMA: ¿El uso de la locución “Eres Entel, eres cine” configura un método comercial agresivo o engañoso?

4.3.1. ¿La locución “Eres Entel, eres cine” tiene naturaleza de publicidad comercial?

En los últimos tiempos, la competencia en el mercado de telecomunicaciones se ha vuelto sumamente agresiva, pues si bien hace algunos años solo se encontraban posicionados en el mercado Movistar y Claro, con la llegada de Entel y Bitel el nivel de competitividad dentro de dicho mercado se ha incrementado considerablemente, lo cual ha tenido consecuencias positivas dentro de este sector, beneficiando principalmente a los consumidores, quienes ahora tienen al alcance mayores ofertas y la facilidad de realizar portabilidad de una operadora a otra.

Alex Sosa titula a esta competencia agresiva como “Guerra publicitaria”, pues lo que ofrece un operador inmediatamente al día siguiente, o en cuestión de horas, es mejorado por cualquiera de los otros. Dicha competencia ha generado efectos en los tribunales del Indecopi, pues el mercado de telecomunicaciones es un negocio complejo que maneja un lenguaje particular (2017, p. 162). Bajo esta línea, ello ha generado que estas empresas busquen nuevas formas de llegar a los consumidores, con la finalidad de posicionarse en el mercado.

Lo anterior muestra un preámbulo de cómo se generó lo que nos trae al análisis del presente caso. Hace algún tiempo las empresas operadoras decidieron colocar una locución antes de dar pase a la conexión de una llamada telefónica que cualquier usuario realizaba a alguno de sus abonados; como en el caso de Entel quien usaba la locución “Eres Entel, eres cine”, la cual tenía una duración de aproximadamente dos segundos.

Del análisis del anuncio se puede deducir que si formabas parte de Entel; es decir, si realizas una portabilidad y te conviertes en abonado de Entel, también “serás cine”. Sobre esto último,

es necesario mencionar que uno de los beneficios que tienen los abonados de Entel, es que cuentan con diversos descuentos en cines, por lo que al ser abonado de Entel los consumidores podrían acceder a dichos beneficios.

Sobre lo descrito, es evidente que nos encontramos ante una locución que tiene por finalidad generar un daño concurrencial lícito hacia las otras empresas operadoras, pues como se describió en el mercado de telecomunicaciones existe una lucha constante por quedarse con la mayor parte de clientes, por lo tanto al hacer uso de la locución en cuestión, Entel pretende captar la atención de los consumidores indicando cual es uno de sus beneficios más distintivos, haciendo uso del principio de competencia por eficiencia. Para mayor detalle sobre lo antes indicado, la doctrina indica lo siguiente:

Las empresas reciben, por causa de la competencia en el mercado, lo que se denomina daño concurrencial lícito. **El daño causado por la competencia es lícito pues nuestra Constitución, al establecer una economía social de mercado, instauro, en consecuencia, un sistema competitivo cuya dinámica premia la eficiencia de las empresas que son elegidas para realizar transacciones** (Aramayo et al., 2013, p. 25) (Énfasis agregado)

Seguidamente, es de suma importancia desarrollar el concepto de finalidad concurrencial. Un anuncio publicitario tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su ejecución los proveedores buscan obtener una ventaja sobre los demás agentes. En ese sentido, por medio de la Resolución N° 0564-2014/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en defensa de la Competencia define al acto concurrencial de la siguiente manera:

(...) la definición de acto concurrencial exige que como consecuencia directa de su ejecución el acto tenga la idoneidad para producir una modificación en el comportamiento de los consumidores, desviando sus decisiones de compra respecto de un mercado determinado o identificable. (...) Así, **un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo.** (Indecopi, 2014) (Énfasis agregado)

Sobre lo antes indicado, es indiscutible que Entel mediante el uso de la locución pretende generar un impacto en el mercado buscando alcanzar una ventaja sobre los demás agendes, mejorando de esta manera su posición concurrencial en el mercado de telecomunicaciones, captando la atención de posibles clientes.

De acuerdo con la definición descrita en el artículo 59° literal d) del Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se entiende como 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. (Presidencia del Consejo de Ministros del Perú, 2008). (Énfasis agregado)

De dicha definición se puede desprender que la publicidad (i) debe ser una comunicación, (ii) difundida por cualquier medio o soporte, (iii) que tenga por finalidad promover directa o indirectamente a una empresa en el marco de su actividad concurrencial. Es evidente que la locución “Eres Entel, eres cine” es una comunicación difundida a los usuarios de telefonía móvil mediante una locución antes de conectar una llamada, la cual tiene como objetivo generar un daño concurrencial que diferencie a Entel de las demás empresas que se instauran en el mercado.

A medida que la competencia se vuelve más agresiva en un mercado, las empresas de manera creativa buscarán nuevos mecanismos que les permitan llegar a los consumidores. En ese sentido, es consecuente que los tipos de publicidad o medios por los cuales se hace envío de publicidad varíen constantemente, bajo esa línea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene que “la publicidad puede presentarse bajo muy diversas formas y, por ende, no se limita a las formas de publicidad clásica” (Lema, 2018); es decir, si bien la locución en cuestión y el medio por el cual se trasmite no se enmarcan en una forma clásica de publicidad

como un banner publicitario o un anuncio televisivo, o en donde se haga un ofrecimiento expreso de un producto o servicio, ello no quiere decir que no tenga naturaleza publicitaria.

Como se evidencia, la publicidad no se limita a una lista taxativa que especifique los soportes comunicativos que podríamos utilizar, sino al contrario el legislador peruano deja abierta esa puerta para que las empresas de manera discrecional y creativa busquen constantemente medios novedosos que permitan llegar a los consumidores. En la misma línea, Alex Sosa y Gustavo Rodríguez confirman que no hay un número limitado de formas en las que puede presentarse la publicidad comercial (2014, p.12). De esta manera, bajo un concepto novedoso Entel y las demás operadoras utilizaron el tiempo de conexión de las llamadas entre usuarios de telefonía móvil, para poder emitir un mensaje a usuarios de la competencia.

Ahora bien, el anuncio materia de análisis, perfectamente encaja en la definición de publicidad comercial, pues si bien no es un anuncio publicitario común en donde se ofrece directamente un producto o servicio, o se otorga una oferta comercial perceptible, es evidente que lo que ha buscado Entel con dicha locución es recordarle a los consumidores lo que conlleva ser abonado de Entel; es decir, ha buscado posicionar su marca en la mente de los consumidores recordándoles de forma subliminal sobre el beneficio de cine que podrían disfrutar si contratan su servicio.

Bajo esta línea, y con el objeto de dejar sentado que la locución en cuestión es un anuncio publicitario, es más que evidente que mediante la frase “Eres Entel, eres cine” se ven reflejadas las funciones más relevantes de la publicidad: informar y persuadir. Pues mediante el anuncio Entel recuerda a los consumidores el beneficio que tiene como empresa; y, además los persuade a formar parte de sus abonados. Cabe ahondar que el objeto de un anuncio publicitario es convencer al potencial cliente mediante la persuasión, pues “a través de esta función se busca satisfacer los intereses de los consumidores y promover la fidelidad con una determinada marca” (Sosa, Córdoba & Ocampo, 2016, p.297), lo que en efecto busca Entel al mostrar uno de sus beneficios comerciales más atractivos, asociados a los descuentos que tiene en cines.

Habiendo hecho un análisis detallado sobre la locución, es indiscutible que nos encontramos ante una estrategia publicitaria novedosa, no por su contenido sino principalmente por el medio de reproducción. Luego de confirmar que en efecto nos encontramos ante un anuncio

publicitario que busca posicionar a Entel como marca, posteriormente analizaremos la pertinencia del medio utilizado, discusión que aterrizaremos bajo el análisis de las normas sectoriales de telecomunicaciones. Desde el marco legislativo de competencia desleal hemos podido evidenciar que la locución en cuestión configura un anuncio publicitario; además no existe restricción alguna que limite el soporte por el cual las empresas decidan exponer sus anuncios.

4.3.2. Definición de los métodos comerciales agresivos o engañosos

Una de las justificaciones que motivan la regulación de protección al consumidor es la asimetría informativa, la cual es una suerte de desequilibrio que existe entre la información que tienen los proveedores sobre los productos y servicios ofertados, y aquella que logran obtener los consumidores. Dicha circunstancia nos muestra la situación desventajosa en la que generalmente se encuentran inmersos los consumidores, frente a la cual, proveedores inescrupulosos podrían aprovecharse de ella.

Es posible afirmar que el desequilibrio de la información es notorio cuando el consumidor no cuenta con las herramientas mínimas que le permitan tomar una decisión acorde a sus propios intereses. De este modo, interviene la regulación en materia de protección al consumidor, la cual obliga a los proveedores a entregar información oportuna, suficiente, veraz y de fácil acceso que le permitan al consumidor tomar una decisión adecuada.

Una muestra de la desventaja antes indicada se evidencia cuando los proveedores se aprovechan del desequilibrio de la información y hacen uso de los denominados métodos comerciales abusivos, los cuales se encuentran clasificados en el Código en métodos comerciales coercitivos, métodos comerciales agresivos o engañosos, y métodos abusivos en el cobro. Para fines del presente informe procederemos a analizar los métodos comerciales agresivos o engañosos.

Los métodos comerciales agresivos o engañosos, los cuales se encuentran definidos en el artículo 58° del Código como aquellas “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” (Ley N° 29571, 2010). Además, el legislador optó por listar una serie de supuestos que configuran dichas prácticas; no obstante, en el literal f) se deja la

puerta abierta para incluir como métodos comerciales agresivos o engañosos a toda conducta que involucre dolo, violencia o intimidación, lo cual haya sido determinante en la voluntad de contratar o en el consentimiento del consumidor (Ley N° 29571, 2010).

Bajo la línea de Sanchez Barrios, citado por Senno Vassallo, define los métodos comerciales agresivos o engañosos de la siguiente manera:

Serán engañosos, en el caso de conductas que puedan inducir a error al consumidor al adoptar una decisión sobre la transacción; mientras que, los métodos comerciales agresivos están referidos a las prácticas comerciales que mermen de forma importante la libertad de elección del consumidor mediante figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida y el dolo (2021, pp. 394).

Si bien los consumidores tienen el derecho y la posibilidad de decidir concretar o no una relación de consumo que considere adecuada para satisfacer su propio interés, dicho proceso como hemos detallado, no puede verse perjudicado por una actitud forzada por parte del proveedor, por lo que “el Código de Consumo 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 desinformada” (Carbonell, 2015, p. 276).

En los Lineamientos sobre Protección al Consumidor del año 2019, se indica lo siguiente:

Al margen de que los consumidores siempre tengan, en último término, la opción de decidir contratar o no el servicio ofrecido, lo que el Código destaca es que, al efectuar dicha decisión, la voluntad del consumidor haya sido mermada de manera determinante por el proveedor, es decir, que este realice prácticas que tengan como finalidad que la “decisión” se tome sin reflexión alguna, de manera irreflexiva o desinformada (2019, pp. 157).

Es indiscutible que, al afectar la libertad de elección del consumidor, éste tomará decisiones de consumo alejadas de lo racional, en algunos casos sin ser consecuente con sus intereses o

de manera desinformada, que afectarán su comportamiento económico, toda vez que su capacidad de análisis y su voluntad se han visto opacadas.

Finalmente, el estudio de estos métodos nos entrevistó que el Código enfoca su atención en la desventaja que los consumidores pueden llegar a tener ante este tipo de circunstancias, toda vez que estas conductas por parte de los proveedores pueden quebrantar la voluntad de los sujetos al momento de tomar una decisión, por lo que se busca que las relaciones de consumo se vean libres de estos métodos infractores, apuntando a sopesar la asimetría informativa que puede existir en un determinado mercado.

4.3.3. ¿Cuáles son los elementos que configuran el método comercial agresivo establecido en el literal e) del artículo 58° del Código?

Tal como indicamos en los hechos, si bien el señor Rojas presentó su denuncia indicando que la reproducción de la locución en cuestión infringía el deber de idoneidad establecido en el Código; la Comisión, en cambio, admitió a trámite la denuncia por presunta infracción al literal e) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código, indicando que de los hechos se desprende que nos encontramos ante la supuesta configuración de un método comercial agresivo o engañoso.

Si bien, en el apartado anterior cuestionamos el encauzamiento de oficio que realizó la autoridad, lo cual desde mi punto de vista conllevó a realizar una tipificación errada; dicho punto no será abordado nuevamente, pues lo que buscamos a continuación es desarrollar si la conducta realizada por Entel configura o no un método comercial agresivo o engañoso.

En el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código se establece como método comercial agresivo o engañoso, siendo una práctica comercial prohibida, lo siguiente:

- 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 (Ley N° 29571, 2010).¹

El literal citado exige para su configuración tres acciones (i) utilizar call centers, sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto o de mensajes electrónicos masivos; (ii) ofrecer la venta de productos y servicios, así como prestar el servicio de telemarketing; y, (iii) dirigirse a los consumidores, utilizando sus datos personales, sin que éstos hayan brindado su consentimiento para fines comerciales.

Ahora bien, sobre la primera acción, de acuerdo con los hechos del caso, podemos afirmar que Entel no empleó centros ni sistemas de llamadas, ni tampoco realizó el envío de mensajes de manera proactiva, asimismo es importante señalar que el literal bajo análisis no prohíbe la utilización de otros medios de comunicación.

También, recordemos que la locución en cuestión se escuchaba al momento en que cualquier usuario de las otras operadoras llamaba a un usuario de Entel; es decir, la empresa no realizaba de manera proactiva ninguna acción; ya que, para la reproducción de la locución era necesario el actuar de los usuarios de telefonía móvil, en este caso particular, el actuar del señor Rojas. En síntesis, la imputación no es congruente con los hechos del caso pues se requería de la participación proactiva por parte de Entel.

Por otro lado, en relación con el segundo punto, tal como indicamos en párrafos anteriores, la locución en cuestión configura un elemento publicitario que le permite a Entel posicionar su marca en el mercado, promoviendo de manera subliminal los servicios de la empresa; sin embargo, dicha locución no tiene el objeto de promover la venta de un producto o servicio de manera directa, ni tampoco prestar el servicio de telemarketing, como lo precisa el literal bajo análisis.

Finalmente, la última acción implica la vulneración al consentimiento libre, previo, informado, expreso e inequívoco que los consumidores deben brindar para que el proveedor

¹ Cabe precisar que, en el mes de setiembre del 2018, a través del Decreto Legislativo N° 1390, publicado en el Diario el Peruano el 5 de setiembre de 2018, el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código sufrió una modificación, quedando tal como se ha señalado.

pueda hacer uso de sus datos personales para fines comerciales. Bajo este panorama, es pertinente indicar que la locución no estaba dirigida a números telefónicos de consumidores identificados que no hayan brindado previamente su consentimiento, pues la reproducción estaba dirigida a todos los usuarios de telefonía móvil de las otras empresas operadoras; es decir, eran sujetos indeterminados, sobre los que Entel no contaba con ningún dato personal para realizar un contacto proactivo.

Lo antes indicado, muestra que Entel no contaba con los datos personales del Señor Rojas, y en consecuencia tampoco su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para fines comerciales, por lo que no existía un tratamiento ilegítimo de ellos, en tanto la comunicación estaba dirigida a un universo de sujetos indeterminados (usuarios de telefonía móvil), toda vez que no nos encontrábamos ante una comunicación personalizada.

Ahora bien, luego de realizar este análisis superficial sobre las acciones que configuran esta conducta prohibida, es oportuno analizar cuál es el objetivo de esta figura jurídica. En el mes de setiembre del 2018, a través del Decreto Legislativo N° 1390, publicado en el Diario el Peruano el 5 de setiembre de 2018, el literal bajo análisis sufrió una modificación, por lo que considero oportuno recurrir a la exposición de motivos de dicho decreto con el objeto de identificar la finalidad general de la modificación.

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.** (Indecopi, 2018, p.9). (Énfasis agregado)

Seguidamente, en la descripción del problema de la Exposición de Motivos se indica 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.** En la mayoría de casos, los consumidores no evalúan objetivamente, aceptando virtual o telefónicamente estas ofertas, y concretando relaciones de consumo que en el

futuro podrían ser perjudiciales para su economía. (Indecopi, 2018, p.9). (Énfasis agregado)

De lo antes indicado se puede concluir que el literal e) del artículo 58° del Código, de manera textual hace referencia a las comunicaciones realizadas por proveedores que efectúan ofrecimientos comerciales o promociones de manera constante, sin contar con el consentimiento de los consumidores, lo que a su vez tiene como consecuencia la vulneración a la protección de sus datos personales.

Es oportuno revisar el punto referido a la protección de datos personales. De acuerdo con la Ley de Protección de Datos Personales, uno de los principios rectores es el principio del consentimiento quien manifiesta que “para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular” (Congreso de la República del Perú, 2011, Ley 29733, Artículo 5). Sobre el particular, Polo Roca indica lo siguiente:

El consentimiento es una facultad de la libertad del individuo para decidir acerca de sus datos, constituye la capacidad de autodeterminación del individuo y equivale, en el mundo de las comunicaciones, a extender la capacidad de decisión de la persona con el fin de proteger su libertad y sus derechos en el mundo tecnológico (2020, p. 182). (Énfasis agregado)

Bajo esta línea, el artículo 7° del Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales, desarrolla dicho principio, manifestando que el consentimiento será lícito cuando el titular del dato personal haya prestado su consentimiento libre, previo, expreso, informado e inequívoco. Asimismo, no se admitirán aquellas fórmulas de consentimiento en las que éste no sea expresado de forma directa, expresa y clara (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013). Sobre ello, cabe resaltar que una de las características del consentimiento es que éste debe ser libre; ello quiere decir que no debe mediar mala fe, violencia o dolo que afecten la voluntad del titular de los datos personales, tal como se indica en el Artículo 12 del mismo Reglamento (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

En consecuencia, lo que el legislador busca proteger a través del literal e) del numeral 58.1 del artículo 58° del Código es que los consumidores que no han brindado su consentimiento

para el tratamiento de sus datos personales no reciban ofrecimientos comerciales, salvo que los proveedores cuenten con el consentimiento debidamente recabado.

Tal y como indicamos en el apartado anterior, lo que busca el Código al categorizar los métodos comerciales agresivos o engañosos es prohibir aquellos mecanismos utilizados por los proveedores que afecten la libertad de elección de los consumidores, con el objeto de que éstos últimos adopten una decisión de consumo irracional o desinformada. Sin embargo, luego de analizar el ámbito de aplicación del artículo 58° podemos colegir que la supuesta conducta infractora por parte de Entel al hacer uso de la locución “Eres Entel, eres cine” no encaja como un método comercial agresivo o engañoso.

Como ya lo hemos indicado, la locución en cuestión no constituye una comunicación realizada de manera proactiva por parte de Entel; y, además su reproducción no implicaba que el consumidor se vea en la obligación de adquirir un producto o servicio, por lo que no se ocasionaba un daño al consumidor, dado que no existía una oferta que éste pueda aceptar o rechazar, y en consecuencia tampoco existía la posibilidad de que el consumidor tome una decisión de manera irracional o desinformada, basada en conductas prohibidas como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo.

Sin perjuicio de lo antes indicado, es necesario rescatar que la locución contaba con un fin publicitario, pues mediante ella, la empresa posicionaba su marca en el mercado de telefonía móvil; sin embargo, esto último no se encuentra prohibido por la norma en cuestión. Es más, en la misma línea de lo indicado por la empresa, era evidente que la locución tenía como único fin posicionar su marca en el mercado, identificando la red de Entel, para que al momento en que se realizaba una llamada, el consumidor pueda conocer al operador del usuario que contestaba, cumpliendo además con una labor informativa.

Ahora bien, el señor Rojas indicó que, si bien en su denuncia utilizó el término “coercitivo”, ello no implicaba en modo alguno que haya denunciado un método comercial coercitivo o agresivo; ya que, desde su punto de vista la coerción venía por el hecho de que Entel al momento de prestar el servicio público de telefonía móvil lo obligaba a escuchar un anuncio publicitario no deseado. Sobre este punto, somos de la postura que en efecto nos encontramos ante un anuncio publicitario que era escuchado por parte de los usuarios de telefonía móvil,

sin su previo consentimiento; sin embargo, dicha conducta no se enmarca en el supuesto establecido en el artículo 58° del Código ni tampoco se encuentra prohibida por éste.

Por su parte, Entel en sus descargos indicó que es una práctica comercial muy común y aceptada que las empresas hagan uso de vallas publicitarias o paneles ubicados en la vía pública o utilicen anuncios televisivos o radiales para posicionar sus marcas frente a los consumidores, haciendo un símil de ello con la práctica que venían haciendo a través de la reproducción de su locución, afirmando que todas estas prácticas no requieren de un consentimiento previo de toda la cantidad indeterminada de consumidores que se pueden ver expuestos a este tipo de anuncios.

No obstante, discrepo sobre el punto antes señalado, toda vez que el símil realizado por Entel no es correcto; ya que, en los ejemplos empleados, si bien los consumidores pueden verse invadidos con vallas o paneles publicitarios, anuncios radiales o televisivos; éstos aún tienen la posibilidad de poder evitarlos; ya que, aunque podría parecer cuestionable, los consumidores en estos medios aún pueden tomar la decisión de evitarlos: cambiando de canal o emisora, evitando pasar por la misma vía o simplemente no tomándoles atención. Lo cual en efecto no sucede con la locución utilizada por Entel, pues el consumidor deberá escucharla sí o sí, antes de que la empresa conecte la llamada.

De este modo, ¿la reproducción de la locución podría generar algún perjuicio en los consumidores? Soy de la postura que este medio no es perjudicial, pues la publicidad es un elemento que contribuye al desarrollo de los mercados, por lo que limitar su uso podría tener consecuencias nocivas. Recordemos que la publicidad es beneficiosa en cualquier mercado, pues mediante ésta los consumidores pueden informarse sobre las diversas alternativas de productos y servicios, y así reducir los costos que conlleva una transacción, satisfaciendo las necesidades de la demanda.

Aunado a lo antes indicado, confirmamos que el medio empleado no es perjudicial, pues recordemos que la locución tenía una duración de al menos tres segundos, la cual se escuchaba en el tiempo que demora la empresa operadora en realizar la conexión de la llamada con uno de sus abonados, lapso universal que es empleado en el servicio público de telecomunicaciones, por lo que Entel no utilizaba tiempo adicional para reproducir la locución, punto sobre el que ahondaremos en los próximos apartados. Por otro lado, hace

algunos años atrás el uso de este tipo de locuciones era común, pues le permitía al consumidor identificar a que operador estaba llamando y en consecuencia intuir cual sería el costo de la llamada, circunstancia que en efecto era beneficiosa para los consumidores.

En conclusión, al parecer la reproducción de la locución podría tornarse invasiva para algunos consumidores como el señor Rojas. No obstante, al amparo del marco normativo analizado, los hechos del caso no configuran una infracción, por lo que ahora pasaremos a analizar si la conducta en cuestión vulnera el deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

4.4. CUARTO PROBLEMA: ¿El uso de la locución “Eres Entel, eres cine” como parte de la interconexión entre el inicio del timbrado y la marcación de una llamada, puede vulnerar el deber de idoneidad en el servicio?

4.4.1. El deber de idoneidad

A consecuencia de la asimetría informativa se busca que los consumidores puedan acceder a información relevante, que les permita tomar decisiones de consumo alineadas a sus intereses. De este modo, las normas de protección al consumidor se basan en dos principios fundamentales: el principio de información y el principio de idoneidad.

Por un lado, tenemos al principio de información, el cual consiste en que los proveedores se encuentran en la obligación de otorgarle a los consumidores toda la información relevante sobre el producto o servicio. De este modo el Código establece como uno de los derechos de los consumidores 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” (Ley N° 29571, 2010, Art. 1).

Por otro lado, tenemos al principio de idoneidad, el cual se encuentra constituido por la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo ofrecido por el proveedor (Ley N° 29571, 2010, Art. 18); es decir, en función a la información proporcionada. Por ello, este principio se encuentra íntimamente ligado al deber de información, toda vez que el análisis de idoneidad se basa en función de aquella

información entregada por el proveedor. En consecuencia, “la regla de idoneidad permite asignar la responsabilidad en situaciones en las que el proveedor no cumple con informar de una determinada circunstancia que conocía o que, razonablemente, debía conocer” (Cavero, 2016, p. 39).

Al respecto, Bullard indica lo siguiente:

En los llamados casos de idoneidad (...) se sanciona a aquellas empresas que no ofrecieron bienes o servicios idóneos dentro de lo que hubiera esperado recibir un consumidor razonable. **Por idoneidad se entiende (...) la adecuación entre lo que un consumidor razonable esperaría recibir y lo que recibe en realidad en la transacción de consumo, dadas las circunstancias (...)** (2003, pp. 433).
(Énfasis agregado)

En ese orden de ideas, la idoneidad consiste en que el proveedor otorgue el producto o servicio en función de lo que espera recibir el consumidor; es decir, cumplir con la expectativa generada en base a la información proporcionada. De este modo, se presentará un servicio o producto no idóneo cuando el consumidor acredite que no existe coincidencia entre lo que le ofrecieron de manera previa a la contratación y lo que realmente se le brindó; es decir, se defrauda la expectativa generada.

En ese sentido, la ruptura entre lo ofrecido y lo recibido genera una afectación directa al consumidor, circunstancia sobre la que el proveedor deberá responder jurídicamente. No obstante, dicho quiebre se debe analizar en base a tres coordenadas; es decir, para poder determinar la idoneidad, se deberá comparar el producto o servicio con los términos de las garantías otorgadas por el proveedor y sobre las que se encuentra obligado jurídicamente: garantía explícita, garantía legal y garantía implícita, las cuales se encuentran desarrolladas en el artículo 21° del Código, que analizaremos a continuación:

- (i) **Garantía explícita**: cuando la expectativa del consumidor se genera en base a la información proporcionada por el proveedor; ello quiere decir que esta garantía se deriva de los términos y condiciones ofrecidos por el proveedor. Es así como, Alfredo Bullar indica que habrá una garantía explícita cuando se extienden las cualidades o condiciones del producto por encima de lo esperado; ello quiere decir, que ante el

quiebre de la idoneidad, es el consumidor quien tiene que probar que le ofrecieron más de lo esperado; sin embargo, en el supuesto que el proveedor indique que se ofreció menos que el modelo de idoneidad, el proveedor es quien deberá demostrar que información le entregó al consumidor (2010, p. 24).

- (ii) Garantía legal: cuando los términos y condiciones de un producto o servicio han sido delimitados por nuestro marco normativo. Con mucho acierto, Piero Stuchi indica que una garantía será legal “cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía” (2011, p. 67). Este tipo de garantías son impuestas por leyes o normas sectoriales, sobre las que el proveedor no podrá pactar en contrario, así como tampoco podrá desplazarlas por garantías explícitas o implícitas. Además, cabe precisar que estas garantías deben ser conocidas por los proveedores, pues el legislador delimita el estándar de calidad o características con las que deberá contar el producto o servicio.
- (iii) Garantía implícita: existe una reproducción de aquellos elementos que se entienden implícitamente incorporados, los cuales generaron la expectativa del consumidor; es decir, son aquellos términos que se han incluido de manera tácita en la relación de consumo, ante el silencio del proveedor o del contrato, para lo cual se tomarán en consideración los usos y costumbres comerciales que rodean dicha relación. De este modo, la Sala identifica 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 esperarían un consumidor (...) (Indecopi, 2020).” Es evidente que, al momento de probar la falta de idoneidad, esta garantía tendrá un grado de dificultad mayor que las anteriores, pues debe atender parámetros de un consumidor razonable, identificando los usos y costumbres previsibles que configuraron su expectativa.

En conclusión, el deber de idoneidad tiene un papel preponderante en las relaciones de consumo, pues es un medidor que le permite al mercado identificar que proveedores actúan con diligencia y con honestidad, lo cual permite otorgarle seguridad jurídica al intercambio comercial, y en consecuencia velar por la protección al consumidor.

4.4.2. ¿Qué implicancias tiene el deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones?

Es necesario destacar que nos encontramos ante un servicio público, por lo que para determinar cuál es el estándar de idoneidad será oportuno analizar de manera previa qué elementos se deben tomar en cuenta para que una actividad económica sea considerada como tal. De este modo, nuestra Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han establecido dos requisitos que permiten identificar qué actividades son consideradas servicios públicos exigiendo dos requisitos: requisito material y requisito formal.

Por un lado, en relación al requisito material, Jorge Danós indica que el carácter material “consiste en que debe tratarse de actividades de carácter esencial para satisfacer las necesidades primordiales colectivas, de modo que generen las condiciones materiales para el efectivo disfrute de los derechos humanos” (2008, p.258); además el mismo autor resalta que el carácter esencial es consustancial a la naturaleza de los servicios públicos; ello quiere decir que los servicios que reciban esta calificación serán aquellas actividades indispensables que le permitan a una colectividad alcanzar un nivel de calidad de vida adecuado en bienestar de la comunidad y en protección de la dignidad del ser humano.

Por otro lado, el carácter formal implica que la calificación de servicio público se origina con la promulgación de una ley, cabe indicar que en nuestro país dicha condición “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 público” (Danós, 2008, p.259). En síntesis, serán considerados servicios públicos aquellas actividades económicas esenciales que le permitan a una sociedad satisfacer sus intereses colectivos primordiales, los cuales deben ser clasificados por el legislador mediante una norma con rango de ley.

Ahora bien, el Estado por medio de su poder regulador deberá buscar que los proveedores cumplan determinadas obligaciones para poder brindar un servicio público. De esta manera, Ramón Huapaya señala que para la prestación de un servicio público, se deben cumplir con las denominadas “Leyes de Roland”: (i) Continuidad, prestar el servicio de manera ininterrumpida; (ii) Regularidad, prestar un servicio de calidad siguiendo los lineamientos técnicos exigidos; (iii) Igualdad, debe ser prestado de igual forma para todos; (iv)

Universalidad, debe alcanzar todo el espacio geográfico concedido llegando a la mayor parte de la población; y, (v) Progresividad, se debe mantener y adaptarse a la vigencia tecnológica (2011, pp.95).

Con relación al servicio público de telecomunicaciones, este se encuentra definido en el artículo 40° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-TCC, en donde se indica que serán servicios públicos de telecomunicaciones, aquellos servicios declarados en dicho cuerpo normativo que se encuentren a disposición del público en general, a cambio de una contraprestación (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 1993).

De este modo, podemos advertir que los servicios públicos de telecomunicaciones han sido definidos y delimitados por un régimen jurídico específico, dado el carácter esencial que naturalmente tienen. Asimismo, estos servicios deben ser prestados siguiendo las reglas antes abordadas, pues debido a su carácter esencial se deben brindar ininterrumpidamente, cumpliendo con el estándar de calidad exigido por la regulación vigente, llevando el servicio a la mayor cantidad de personas sin realizar discriminación alguna, salvo causa objetiva que lo justifique, adaptándose a las nuevas tecnologías.

Así, el mercado de telecomunicaciones cuenta con el Osiptel, institución que vela por el cumplimiento de las reglas antes detalladas, teniendo dentro de sus principales objetivos regular, normar, supervisar y fiscalizar el desenvolvimiento adecuado de dicho mercado, teniendo como uno de sus objetivos específicos “garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones” (Presidencia del Consejo de Ministros, 2001), objetivos descritos en el artículo 18° y 19° del Reglamento General del Osiptel, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

En consecuencia, el legislador al identificar el carácter esencial de los servicios de telecomunicaciones ha optado por delimitar garantías que detallen estándares mínimos de calidad e idoneidad, que le sean exigidos a los proveedores. De este modo, el Estado asegura un servicio idóneo exigiéndole a las empresas operadoras el cumplimiento de las reglas y exigencias legales para la prestación de estos servicios, no solo con el objeto de satisfacer la expectativa de los consumidores, sino además satisfacer intereses colectivos primordiales buscando el bienestar social.

4.4.3. ¿Al utilizar la locución “Eres Entel, eres cine” se afecta la idoneidad en la prestación del servicio público de telefonía móvil? ¿Las normas sectoriales de telecomunicaciones prohíben este tipo de locuciones?

Tal como indicamos en el apartado anterior, para que una actividad sea identificada como servicio público, tiene como fundamento el carácter esencial en la prestación, por lo que el legislador al identificar ello ha establecido estándares de calidad e idoneidad que garanticen un desarrollo adecuado del servicio; ya que, no nos encontramos ante la prestación de cualquier servicio, sino de aquellos que comprometen derechos fundamentales, de ello se justifica una intervención más proteccionista por parte del Estado.

Se evidencia que los servicios públicos tienen una protección delimitada por garantías legales dada la relevancia que tienen en el desarrollo integral de una persona. En consecuencia, se exige a los proveedores cumplir con la expectativa que crean en los usuarios, aquella expectativa que cumple necesidades básicas, pues mediante estos servicios se satisface un interés general que le corresponde a la colectividad. Ahora bien, acogiendo lo antes desarrollado la afectación al deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telefonía móvil implica que éste no se brinde de manera ininterrumpida o que se limite el acceso a la red, lo cual genera una disconformidad respecto del servicio brindado.

El señor Rojas indicó que Entel al reproducir el anuncio “Eres Entel, eres cine”, al momento de conectar la llamada con uno de sus abonados, obligaba a los usuarios de las otras operadoras a recibir información publicitaria no requerida, trasgrediendo el principio de idoneidad en el servicio prestado. Además, indicó que, mediante este mecanismo las empresas de telecomunicaciones podían captar nuevos usuarios de las otras empresas competidoras, poniendo en riesgo la conexión universal de un servicio de comunicación pública en donde se requiere de la inmediatez y la urgencia en la conexión.

En base a lo expuesto por el Señor Rojas nos cuestionamos si la reproducción afecta aquel estándar de idoneidad que las normas sectoriales de telecomunicaciones les han impuesto a los proveedores. Como desarrollamos en el apartado anterior, los servicios públicos deben cumplir con un conjunto de principios rectores que garanticen la prestación del servicio, tales como la continuidad, regularidad, igualdad, universalidad y progresividad. No obstante, luego

de validar el cumplimiento de cada uno de estos principios, hemos evidenciado que no existe quebrantamiento alguno, en consecuencia, no se evidencia afectación directa o indirecta en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, toda vez que no existe certeza alguna que demuestre que el estándar de idoneidad se ha visto quebrantado.

Es necesario precisar que, la reproducción de la locución no interrumpe la prestación del servicio, transgrediendo el principio de continuidad; ya que, no se evidencia que ello genere un inconveniente en el uso de la red de telecomunicaciones. Por otro lado, tampoco se le impidió al señor Rojas el acceso al servicio, por lo que se evidencia que el servicio se ha venido prestando con regularidad.

Sobre lo indicado por el señor Rojas, que la reproducción de la locución implicaba un menoscabo a la inmediatez y urgencia de la conexión, poniendo en riesgo la conexión universal del servicio público de telecomunicaciones, es pertinente resaltar que ésta no sumaba un tiempo adicional a la conexión de una llamada, toda vez que la locución tenía una duración de aproximadamente dos segundos, y su reproducción se realizaba en el tiempo universal en que las empresas operadoras tardan en conectar una llamada de un usuario del servicio de telefonía móvil con uno de sus abonados; además, la locución en cuestión permitía identificar la red del usuario con quien nos comunicábamos, cumpliendo un carácter informativo, que si bien también tenía un objetivo publicitario, ello tampoco demuestra una vulneración al principio de idoneidad en la prestación del servicio.

En conclusión, si bien el medio utilizado por Entel para realizar la reproducción de la locución puede tornarse controversial, ello no implica que se pueda demostrar la vulneración de algún principio rector del servicio público de telecomunicaciones, en consecuencia, tampoco que exista una vulneración al deber de idoneidad. El hecho de que se utilice la red de telecomunicaciones para reproducir este tipo de locuciones publicitarias, y que ello genere un malestar a usuarios como el señor Rojas, no implica que se atente contra la idoneidad en la prestación del servicio, pues no existe un nexo causal que relacione el supuesto daño generado con la reproducción de la locución por medio de la red de telecomunicaciones.

Si bien hemos podido descartar que los hechos del presente caso no configuran una vulneración al deber de idoneidad en la prestación del servicio, ahora es necesario analizar si las normas sectoriales de telecomunicaciones cuentan con alguna restricción que les impida a

los operadores hacer uso de este tipo de locuciones, por lo que es oportuno examinar la licitud de la reproducción de un anuncio publicitario por medio de las redes de telecomunicaciones.

De acuerdo con el inciso c) del apartado 7 de la Resolución Suprema N° 011-2003-MTC que aprobó el Plan Técnico de Señalización, se indica que el sistema de señalización al que se deben alinear las empresas operadoras con el objeto de poder realizar el desarrollo y liberación de una llamada es el establecido por la UIT

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 tonos y anuncios grabados establecidas en las Recomendaciones de UIT-T, E.180/Q35 y E.182. (Ministerio de Transportes y Comunicaciones, 2003).

Es importante indicar que dicha institución es el organismo especializado en telecomunicaciones de la Organización de las Naciones Unidas, que tiene como objetivo facilitar la conectividad internacional de las redes de comunicación, cuyas recomendaciones son de carácter vinculante para nuestro país, pues se han tomado como parámetros a seguir, tal como se ha descrito en el inciso antes citado. Por lo que, las empresas de telecomunicaciones deben cumplir con las obligaciones relacionadas a tonos o anuncios que se reproduzcan en la red de telecomunicaciones, siguiendo las recomendaciones de dicha institución.

De acuerdo con la Resolución de Gerencia General N° 645-2013-GG/OSIPTEL, “Cada operador es responsable ante sus usuarios por los servicios que presta con sus redes y equipos. Cada parte tiene el derecho de proveer o suministrar al interior de su red, características diferentes a las de la otra (por ejemplo, anuncios grabados, tonos de timbrado y ocupado, tonos de congestión 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” (Osiptel, 2013), lo que nos lleva a afirmar que las Recomendaciones de la UIT son parámetros reconocidos por el Osiptel y que cada empresa operadora es libre de poder plantear anuncios

y tonos con características particulares, pero siguiendo los parámetros de las Recomendaciones.

Ahora bien, en relación con el contenido de las Recomendaciones de la UIT, es pertinente hacer un análisis de ambos documentos. Por un lado, tenemos la Recomendación E.180/Q35, mediante la cual se detallan las características técnicas de los tonos para el servicio telefónico, tales como tono de invitación a marcar, tono de llamada, tono de ocupado, tono de congestión, entre otros; resaltando que una normalización de estos tonos genera grandes ventajas, a fin de que los abonados y las empresas operadoras puedan reconocer rápidamente el significado de una tonalidad que se les reproduzca, sin importar el origen (UIT,1998).

Por otro lado, la Recomendación E.182 desarrolla algunas disposiciones y condiciones para la aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios de telefonía, realizando un análisis sobre las ventajas y desventajas entre utilizar tonos y anuncios grabados, afirmando que si bien los anuncios pueden tener una mejor interpretación, éstos requieren un mayor tiempo o pueden ser incomprensibles para una persona que no maneja el mismo idioma, por lo que es posible que, por limitaciones técnicas y económicas, no puedan utilizarse en algunas redes. Finalmente, concluye que no se establecen preferencias, por lo que se deberá juzgar la situación de cada red en particular estudiando las ventajas de utilizar tonos y/o anuncios grabados, buscando un uso eficaz de la red de telefonía (UIT,1998).

Como se puede apreciar, las Recomendaciones de la UIT y las normas sectoriales solo hacen referencia a anuncios grabados que le permitan a un usuario realizar una llamada en condiciones óptimas. Además, se colige que los tonos y anuncios grabados facilitan la comunicación entre usuarios, por lo que se busca que estos sean universales; es decir, que le permitan a cualquier usuario, sin importar su idioma, poder interpretar las señales y hacer un uso adecuado de las redes de telecomunicaciones.

Asimismo, de la revisión de las normas sectoriales y de las recomendaciones antes citadas, no se ha podido identificar ningún apartado referente al uso de anuncios publicitarios a través de la red de telefonía, solo hemos podido evidenciar que existe una regulación sobre aquellos tonos y anuncios que le permiten concretar una comunicación a un usuario, como aquellos que se utilizan al momento de marcar un número, pasando por el timbrado de la llamada hasta la conexión.

Si bien en el apartado anterior indicamos que la reproducción de la locución “Eres Entel, eres cine” es a todas luces un anuncio publicitario, también es importante destacar que es una reproducción que le permite a los usuarios de telefonía móvil identificar a que red se están conectando. Además, hemos evidenciado que no existe prohibición alguna que impida a las empresas de telefonía móvil hacer uso de reproducciones publicitarias antes de conectar una llamada, de este modo bajo el principio constitucional que señala que “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” (Congreso Constituyente democrático, Constitución del Perú, 1993, Artículo 2), podemos concluir que la reproducción en cuestión no configura una conducta prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pues no existe una prohibición taxativa que impida el uso de la red como soporte para reproducir un anuncio publicitario, por lo que dicha conducta no genera una infracción.

Sin perjuicio de lo antes indicado, considero que el organismo regulador debe analizar si esta conducta es pertinente, pues si bien estamos ante un medio informativo, Entel y las demás empresas operadoras, adicionalmente, lo han venido utilizando como un medio publicitario. Por lo que sería importante, que Osiptel establezca algunos parámetros, para evitar que en un futuro proveedores inescrupulosos afecten la idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, por ejemplo, afectando la inmediatez de las llamadas.

En conclusión, el uso de la red para la reproducción de la locución “*Eres Entel, eres cine*” no configura una conducta ilegal a los ojos de la regulación sectorial y las recomendaciones técnicas analizadas, ni tampoco se visualiza una vulneración al deber de idoneidad en la prestación del servicio; sin perjuicio de ello, sería oportuno que Osiptel ponga los ojos en este tipo de conductas estableciendo parámetros eficientes, buscando prevenir conductas futuras que puedan afectar la calidad del servicio.

4.4.4. ¿Cuál es el organismo competente para resolver esta controversia?

En el 2017 se implementó el Plan Nacional de Protección al Consumidor, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 024-2017-PCM, mediante el cual algunos de los conflictos que se generaban durante la relación de consumo de servicios públicos fueron redireccionadas con el objeto de que las instituciones sectoriales sean encargadas de resolverlos. De esta manera, en la matriz de competencias sectoriales se indica que para el Rubro de los Servicios de

telecomunicaciones la entidad competente es el Osiptel (Presidencia del Consejo de Ministros, 2017).

De acuerdo con el artículo 24° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, dicha autoridad se encuentra facultada a tipificar los hechos y omisiones que puedan configurar infracciones administrativas, así como imponer sanciones en el sector público de telecomunicaciones. Aunado a ello, el artículo 37° de la misma ley señala que son competentes para resolver reclamos de usuarios: en primera instancia la empresa operadora de telecomunicaciones; y, en segunda instancia el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, cuyo funcionamiento es delimitado por Osiptel. (Congreso de la República del Perú, 2000).

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 58° del Reglamento General del Osiptel, una de las materias reclamables es la referente a la calidad e idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones (Presidencia del Consejo de Ministros, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, 2001), la cual se encuentra definida en el artículo 28° del Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones:

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. (Osiptel, 2015, Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL)

Tal como hemos indicado en los apartados anteriores, la controversia analizada en el presente informe debió ser encauzada bajo la materia antes citada, en tanto la pretensión del señor Rojas se refería a la vulneración del deber de idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones, lo cual en efecto se encuentra regulado por Osiptel, entidad dotada de competencia para resolver dicha controversia.

Reforzando lo antes indicado, es oportuno referirnos al artículo 39° del Reglamento General del Osiptel quien señala que es función de dicha entidad 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” (Presidencia del Consejo de Ministros, Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, 2001). Ello resalta la labor de Osiptel, además de destacar la importancia que existe en la relación jurídica entre los usuarios y las empresas operadoras, con el objeto de mantener niveles de calidad y eficiencia en la prestación del servicio.

Por otra parte, recordemos que el señor Rojas alegó que el Indecopi es el órgano competente para resolver la controversia, en tanto estábamos ante un anuncio publicitario que limitaba el uso adecuado del servicio de telecomunicaciones. No obstante, cabe indicar que, la problemática en el presente caso se centra no en el contenido publicitario de la locución, sino en el medio por el cual se reproduce, por lo que el análisis de la controversia debe centrarse en base a al medio utilizado.

Sumado a esto, recordemos también que la publicidad se caracteriza por informar y persuadir a los consumidores, lo cual crea en ellos una expectativa que deberá ser cubierta luego de adquirir el servicio; empero, en el presente caso no se ha podido alertar ningún elemento que nos evidencie que estamos ante un anuncio publicitario que trasgreda el deber de información, que no satisfaga la expectativa de los consumidores, o que trasgreda el principio de competencia por eficiencia para que Indecopi intervenga como órgano competente.

En consecuencia, Indecopi, no podría intervenir en la presente controversia, en tanto no existe un cuestionamiento sobre el contenido de la publicidad, sino sobre la molestia que generaba la reproducción a través de este medio inusual, lo que de acuerdo con el denunciante afectaba la idoneidad en la prestación del servicio de telecomunicaciones.

5. CONCLUSIONES

Sobre la legitimidad para accionar la defensa de intereses difusos por parte del Señor Rojas.

- La interpretación del Código adoptada por el Indecopi, sobre la defensa de intereses difusos y colectivos de los consumidores es arbitraria y poco consecuente; ya que, les niega la posibilidad a las personas naturales de imponer una denuncia en defensa de dichos intereses, lo cual limita el acceso a la justicia colectiva; es más la autoridad no justifica el motivo de dicha interpretación, señalando simplemente que solo las asociaciones de consumidores cuentan con esta prerrogativa. Es evidente que el Código solo ha tomado en cuenta lo establecido en el artículo 82° del Código Procesal Civil, tomando un rumbo diferente a otros cuerpos legales en los que sí se legitima a una persona natural, como el artículo 119 del TUO de la LPAG que les permite a las personas naturales alegar la protección del interés difuso de la sociedad.

Sobre la vulneración al principio de congruencia procesal y el deber de encauzamiento.

- Luego de revisar la pretensión formulada en la denuncia del señor Rojas, hemos evidenciado que no se comprueba error u omisión alguna, toda vez que fue claro en indicar que los hechos narrados configuraban una vulneración al deber de idoneidad, por lo que la Comisión realizó un encauzamiento indebido al imputar los hechos bajo otra infracción, dejando desatendida la pretensión del denunciante. En ese sentido, la autoridad vulneró el principio de congruencia procesal faltando a la correlación que debe existir entre lo solicitado por el denunciante y lo resuelto por la autoridad, por lo que en la imputación de cargos la Comisión debió imputar la conducta como una vulneración al deber de idoneidad y no como un método comercial agresivo o engañoso.

Sobre la naturaleza de la locución “Eres Entel, Eres Cine”.

- La locución tiene por finalidad generar un daño concurrencial lícito en el mercado de telecomunicaciones, por medio de la cual, Entel pretende captar la atención de los

consumidores indicando cual es uno de sus beneficios más distintivos, haciendo uso del principio de competencia por eficiencia.

- Desde el Decreto Legislativo N° 1044, hemos evidenciado que la locución en cuestión configura un anuncio publicitario, además no existe restricción alguna que limite el soporte por el cual las empresas decidan exponer sus anuncios. De este modo, la red de telecomunicaciones puede emplearse como un soporte publicitario, por lo que en el presente caso nos encontramos ante una estrategia publicitaria novedosa, no por su contenido sino principalmente por el medio de reproducción.

Sobre el presunto método comercial agresivo o engañoso utilizado por Entel.

- La reproducción de la locución “Eres Entel, eres cine”, no configura el método comercial agresivo o engañoso establecido en el inciso e) del artículo 58° del Código.
- Entel no utilizó centros ni sistemas de llamadas, tampoco realizó el envío de mensajes de manera proactiva. Además, el Código no prohíbe la utilización de otros medios de comunicación, por lo que el uso de la red de telecomunicaciones no se encuentra prohibido.
- Si bien la locución configura un elemento publicitario que promueve de forma subliminal los servicios de la empresa, dicha locución no tiene el objeto de promover la venta de un producto o servicio de manera directa. De este modo, no se ha producido un daño al denunciante, en tanto no hay una oferta que se puede aceptar o rechazar.
- La locución no estaba dirigida a números telefónicos de sujetos determinados, por lo que Entel no contaba con ningún dato personal para contactar al señor Rojas, de este modo no se configura una infracción al tratamiento de sus datos personales.

Sobre la presunta afectación al deber de idoneidad en la prestación del servicio público de telecomunicaciones por parte de Entel.

- El legislador al identificar el carácter esencial de los servicios públicos de telecomunicaciones opta por delimitar las garantías legales que detallan estándares

mínimos de calidad e idoneidad, alineadas con los principios rectores que garantizan la prestación del servicio.

- Si bien el medio utilizado por Entel para reproducir la locución “Eres Entel, eres cine” puede tornarse controversial, ello no vulnera ninguno de los principios rectores del servicio público de telecomunicaciones, en consecuencia, tampoco se vulnera el deber de idoneidad.
- El hecho de que se utilice la red de telecomunicaciones para reproducir la locución no implica que se atente contra la idoneidad en la prestación del servicio; ya que, no existe un nexo causal que relacione el supuesto daño generado con la reproducción de la locución por medio de la red de telecomunicaciones.
- La reproducción de la locución a través de la red de telecomunicaciones no configura una conducta prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, pues no existe una prohibición taxativa en las normas sectoriales de telecomunicaciones que impidan ello, por lo que su uso no configura una conducta ilícita. No obstante, sería oportuno que Osiptel ponga atención a este tipo de conductas estableciendo parámetros eficientes, buscando prevenir conductas futuras que puedan afectar la calidad del servicio.
- La controversia no se centró en el contenido publicitario de la locución, sino en el medio por el cual se reproduce, por lo que su análisis debió centrarse en el soporte utilizado. De este modo, Indecopi no debió intervenir en la presente controversia, en tanto no existe un cuestionamiento sobre el contenido de la publicidad, sino sobre la molestia que generaba la reproducción a través de la red de telecomunicaciones y su impacto en la idoneidad del servicio prestado, lo cual se encuentra regulado por Osiptel, entidad dotada de competencia para resolver este tipo de controversias.

6. BIBLIOGRAFÍA

Alfaro, R. J. (2020). *Eficacia de la tutela de los intereses difusos según el art. 82 del Código Procesal Civil Peruano*. (Tesis de maestría). Recuperada de <https://cybertesis.unmsm.edu.pe/handle/20.500.12672/11600>.

Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A., Stucchi, P. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Recuperado de https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Bullard, A. (2003). *El derecho a equivocarse. La contratación masiva y la protección al consumidor*. Derecho y Economía: el análisis económico de las instituciones legales. Lima, Perú: Palestra.

Bullard, A. (2010). ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. *Revista de Competencia y la Propiedad Intelectual*, 6(10), 5-58. Recuperado de <https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/76/74>.

Carbonell, E. (2015). *Análisis al Código de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Perú: Jurista Editores E.I.E.R.L.

Cavero, E. (2016) ¿Efecto dominó o efecto mariposa? El (distorsionado) concepto de consumidor protegido en el derecho peruano. *Ius Et Veritas*, 24(53), 34-47. doi: <https://doi.org/10.18800/iusteveritas.201701.002>.

Cerrón, L., Sánchez, C., Alfaro, C., De la Cruz, M., Escalante, C., Salas, R., Chumbe, S., Sotomayor, C., Tolentino, D. (2019). *Lineamientos sobre Protección al Consumidor*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi). Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/1683478-lineamientos-sobre-proteccion-al-consumidor-2019>.

Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana. *Themis*, (55), 255-264. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9236>

De los Santos, M. (2011). *Principio de Congruencia en Principios Procesales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

García, V. (2003). Valores, principios, fines e interpretación constitucional. *Derecho & Sociedad*, (21), 190-209. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17370/17654>.

Glave, C. (2012). El procedo Colectivo según el Código de Consumo. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 343-355. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13565>.

Glave, C. (2017) Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú. *Derecho PUCP*, (78), 43-68. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/18641>.

Huapaya, R. (2011). Notas sobre el Concepto jurídico del Servicio Público en nuestro Ordenamiento Legal. *Derecho & Sociedad*, (36) 93-102. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13217>.

Huapaya, R. (2019). *“El proceso contencioso-administrativo”*. Lima, Perú: Fondo editorial de la PUCP.

Lema, D. (2018). Tendencias actuales del derecho de la publicidad: la problemática autorregulación publicitaria en España. *Eethaodos, revista de ciencias sociales*, 6(1), 7-15. Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/4415/441556240015/html/>.

Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Morón, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A.

Polo, A. (2020) El derecho a la protección de datos personales y su reflejo en el consentimiento del interesado. *Revista de Derecho Político*, 1(108), 165-194. Recuperado de <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/27998>.

Priori, G. (1997). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. *Ius Et Veritas*, 8(14), 97-108. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15709>.

Rejanovinschi T. (2017) Hacia la protección del Consumidor en la Comunidad Andina. *Derecho PUCP*, 116-267. Recuperado de <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/110987>.

Senno F. (2021) ¿Desea recibir comunicaciones promocionales? Un análisis desde las reglas de protección al consumidor y de datos personales. *Themis*, (79), 393-408. doi: <https://doi.org/10.18800/themis.202101.022>.

Sosa, A. (2017). Guerra publicitaria en el “Mundo Telecom (Casos Prácticos)”. *Derecho y Sociedad*, (49), 161-182. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19886>.

Sosa, A. y Rodriguez, G. (2014). *Con licencia para anunciar, Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima, Perú: Themis.

Sosa, A., Córdoba, Jorge y Ocampo, Álvaro. Análisis del anuncio publicitario desde el punto de vista del Derecho de Autor y del Derecho Publicitario, Derechos, deberes y responsabilidades. *Actualidad Jurídica*, (238), 296-307. Recuperado de https://www.academia.edu/5802983/An%C3%A1lisis_del_anuncio_publicitario_desde_el_punto_de_vista_de_los_Derechos_de_Autor_.

Stucchi, P. (2020). La ciudadanía económica en el Perú: El consumidor. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú. Lima, Perú: Universidad del Pacífico.

Vasquez, D. F. (2021) *¿Estamos ante el nacimiento de un nuevo soporte publicitario? Implicancias prácticas a partir de las normas de protección al consumidor*. (Tesis de licenciatura). Recuperado de <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/20024>.

NORMAS Y RESOLUCIONES

Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPC). Ley 29571 de 2010. 01 de setiembre de 2010 (Perú).

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución *Política del Perú de 1993*.

Congreso de la República del Perú (2011). *Ley 29733 de 2011. Por la cual se expide Ley de Protección de Datos Personales*.

Congreso de la República del Perú (2000). *Ley N° 27336 de 2000. Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2014). *Resolución N° 0564-2014/SDC-INDECOPI del 16 de junio del 2014, en Expediente N° 0199-2013/CCD*.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020). *Resolución Final 779-2020/CC2, Expediente N° 1211-2019/CC2*

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (2020). Resolución 0002-2020/SPC-INDECOPI, Expediente N° 0197-2018/CPC-INDECOPI-JUN.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (1993), *Resolución Ministerial N° 010-93-JUS de 1993. Por la cual aprueban el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil.*

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2013). *Decreto Supremo N° 003-2013-JUS del 2013. Por lo cual Aprueban Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales.*

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2016). Exposición de Motivos, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo.

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2018). *Resolución Ministerial No. 0070-218-JUS de 2018. Por la cual se publica el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil*

Ministro de Justicia y Derechos Humanos (2019). *Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, de 2019. Por lo cual se expide el Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.*

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (1993). *Decreto Supremo N° 013-93-TCC de 1993. Por lo cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.*

Ministerio de Transportes y Comunicaciones (2003). *Resolución Suprema N° 011-2003-MTC. Por la cual se aprueba el Plan Técnico Fundamental de Señalización*

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (2013). *Resolución de Gerencia General N° 645-2013-GG/OSIPTEL*

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, (2015). *Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL. Por la cual se expide el Reglamento para la Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.*

Presidencia del Consejo de ministros del Perú (2001). *Decreto Supremo N° 008-2001-PCM de 2001. Por el cual se expide el Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.*

Presidencia del Consejo de ministros del Perú (2008). *Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal*

Presidencia del Consejo de Ministros (2017). *Decreto Supremo N° 024-2017-PCM del 2017. Por el cual se aprueba el Plan Nacional de Protección de los Consumidores 2017-2020*

Tribunal Constitucional del Perú (2009). *Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente. N° 0896-2009-PHC/TC. Magistrados: Landa Arroyo, Calle Hayen y Alvarez Miranda.*

Unión Internacional de Telecomunicaciones (1998). *Características técnicas de los tonos para el servicio telefónico. Recomendación UIT-T E.180/Q.35.*

Unión Internacional de Telecomunicaciones (1998). *Aplicación de tonos y anuncios grabados en los servicios telefónicos. Recomendación UIT-T E.182.*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR N° 2
SEDE CENTRAL
EXPEDIENTE N° 1211-2019/CC2

RESOLUCIÓN FINAL N° 779-2020/CC2

DENUNCIANTE : JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
(EL SEÑOR ROJAS)
DENUNCIADA : ENTEL PERÚ S.A.
(ENTEL)
MATERIAS : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS O ENGAÑOSOS
ACTIVIDAD : TELECOMUNICACIONES

Lima, 9 de junio de 2020

ANTECEDENTES



Firmado digitalmente por MANSEN
ARRIETA Claudia Antoinette FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17.06.2020 17:22:20 -05:00

- El 28 de agosto de 2019, complementado con escritos del 16 y 19 de setiembre de 2019, el señor Rojas denunció a Entel¹ por presuntas infracciones a la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante el Código)².
- Mediante la Resolución N° 1759-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019, Comisión de Protección al Consumidor N° 2 (en adelante, la Comisión) admitió a trámite la denuncia, en los términos siguientes:

“SEGUNDO: Admitir a trámite la denuncia de fecha 28 de agosto de 2019, complementada con escritos del 16 y 19 de setiembre de 2019, presentada por el señor Juan Francisco Rojas Leo contra Entel Perú S.A. por presunta infracción al literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, en tanto Entel Perú S.A. habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales son 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 su consentimiento como usuario.”

- El 14 de noviembre de 2019, Entel presentó sus descargos.

CUESTIÓN PREVIA

Respecto a la solicitud de nulidad de la imputación de cargos, formulada por el señor Rojas y Entel

- En sus descargos, Entel señaló lo siguiente:

*“Sin embargo, y como se procederá a sustentarle a la Comisión, en el presente caso la frase materia de denuncia no encaja como un método comercial agresivo o engañoso; en tanto, no implica un ofrecimiento comercial o promoción de ventas de nuestros productos o servicios. Por lo tanto, se concluye que la conducta imputada por el Denunciante en su escrito de denuncia es atípica a la presunta infracción cometida, al no subsumirse la misma en la presunta infracción imputada, ello señores de la Comisión, trae consigo la **NULIDAD** del presente procedimiento.”*

- El 8 de enero de 2020, el señor Rojas señaló lo siguiente:

¹ Registro Único de Contribuyentes (RUC) N° 20106897914.

² **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**, publicado el 2 de setiembre de 2010 en el Diario Oficial El Peruano. Dicho Código será aplicable a los supuestos de infracción que se configuren a partir del 2 de octubre de 2010, fecha en la cual entró en vigencia.

“Los hechos materia de mi denuncia fueron formulados porque la conducta denunciada infringe las prohibiciones de los artículos 18 y 19 del CDPYDC, principio de idoneidad del servicio, en la medida que al prestarme un servicio de telecomunicaciones y antes de establecer una llamada – de una operadora a otra- y de dar paso a los códigos de comunicación universal (en el timbrado breve intermitente que significa “ocupado” o, en su defecto el timbrado largo que significa “llamando” que no son más que los códigos y/o claves de conexión universal del servicio de telefonía móvil), lo primero que el usuario está obligado a escuchar es la publicidad de la marca o producto de la denunciada”.

6. Al respecto, inciso 3 del numeral 254.1 del artículo 254 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, el TUO), establece que, para el ejercicio de la potestad sancionadora, la Autoridad Administrativa debe notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo y la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir.
7. Al respecto, el numeral 4 del artículo 248 del TUO establece que el Principio de Tipicidad implica que solo constituirán conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.
8. Por su parte, el artículo 86 del TUO dispone que es deber de la Autoridad Administrativa, encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.
9. En su denuncia, el señor Rojas señaló lo siguiente respecto a la locución con mensajes publicitarios que Entel había programado:

*“El Decreto Legislativo N° 1390, norma que modificó el CDPYDC, 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 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**”.*
10. En ese sentido, se advierte que la conducta infractora denunciada por el señor Rojas se encuentra referida al presunto envío de publicidad de productos y servicios por parte de Entel, sin su consentimiento, supuesto que ha sido recogido en el literal e) del numeral 58.1 de su artículo 58³ del Código, el cual establece que dicha conducta

³ LEY N° 29571, CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. MODIFICADO MEDIANTE DECRETO LEGISLATIVO N° 1390 DEL 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018.

“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.”

(...)

constituiría un método comercial agresivo o engañoso cuando se realiza empleando 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, y telemarketing.

11. En efecto puede advertirse que, en su denuncia, el señor Rojas señaló expresamente la presunta aplicación de este método comercial agresivo por parte de la denunciada haciendo referencia directa a la modificación realizada al literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código.
12. Asimismo, en anteriores resoluciones, la Sala⁴ ha reconocido que, si bien se puede evaluar un hecho denunciado como una presunta infracción al deber de idoneidad y, de esta manera, evaluar la información que haya podido generar expectativas en el consumidor, de acuerdo con el Principio de Especialidad, corresponde analizar cada presunta infracción bajo el tipo específico previsto por el Código.
13. Es así que aun cuando el señor Rojas interpuso su denuncia como una presunta infracción a los artículos 18 y 19 del Código (deber de idoneidad), en atención al Principio de Tipicidad, el Principio de Especialidad y al deber de encauzamiento de oficio del procedimiento, la Comisión calificó de manera adecuada el hecho denunciado, en tanto consideró para tales efectos el tipo específico que el Código ha previsto para la presunta aplicación de métodos comerciales agresivos o engañosos – supuesto expresamente denunciado por el señor Rojas –, y no el supuesto general planteado por el deber de idoneidad.
14. Asimismo, si bien la denunciada ha señalado que la Autoridad Administrativa no tipificó correctamente el hecho infractor denunciado por el señor Rojas puesto que la forma de comunicación denunciada no se enmarcaría en el supuesto normativo imputado, se observa que dicha alegación constituye un análisis respecto a la fundabilidad de la denuncia del señor Rojas, esto es, si el hecho denunciado

⁴ Resolución N° 2434-2018/CC2 del 17 de setiembre de 2018

(...)

12. En ese orden de ideas, esta Sala considera que el presente caso debió imputarse y resolverse al amparo del artículo 73° del Código, ello en la medida que la denuncia presentada por el señor Monroy se encontraba principalmente orientada a cuestionar el servicio inidóneo brindado por La Fontaine S.A.C.

13. Asimismo, en atención a lo expuesto, corresponde indicar que si bien la Comisión consideró la conducta consistente en que la denunciada no cumplió con entregar al denunciante los resultados del proceso de matrícula de su menor hijo como una infracción del artículo 19° del Código, en atención al Principio de Especialidad, correspondía que la misma sea analizada bajo el amparo del artículo 73° del mismo cuerpo normativo.”

Resolución N° 2517-2018/CC2 del 24 de setiembre de 2018

(...)

23. Bajo dicha perspectiva, esta Sala considera que es correcto que el hecho controvertido en este procedimiento pueda ser analizado en el marco del deber de idoneidad, pues, así la autoridad administrativa deberá evaluar preliminarmente cuál fue aquella información brindada por la Universidad que haya podido generar una expectativa en el consumidor respecto del servicio educativo contratado. Dicho esto, al verificar que los hechos planteados por el señor Mucha en su escrito de denuncia fueron tomados en cuenta para la imputación de cargos, corresponde desestimar el alegato planteado en este extremo.

24. No obstante lo desarrollado en el párrafo anterior, y en atención a lo expuesto en pronunciamientos anteriores¹⁰, esta Sala es de la opinión que el extremo imputado por los artículos 18° y 19° del Código debió ser analizado como una presunta infracción del artículo 73° de dicho cuerpo normativo, toda vez que, bajo el principio de especialidad, este último artículo está estrechamente vinculado con el deber de idoneidad de los proveedores durante la prestación de un servicio educativo, quienes deben tener en consideración los lineamientos generales del proceso educativo en la educación básica, técnico productiva y educación superior, asegurando la calidad de los servicios dentro de la normativa sobre la materia”

constituiría una infracción a las normas de protección al consumidor, y no así a un error en la calificación de la imputación de cargos.

15. En ese sentido, corresponde declarar infundada la nulidad de la resolución de imputación de cargos planteada por el señor Rojas y Entel.

ANÁLISIS

Sobre los Métodos Comerciales Agresivos o Engañosos

16. El numeral 58.1 del artículo 58 del Código establece que los métodos comerciales agresivos o engañosos son aquellas prácticas que merman de manera significativa la libertad de elección del consumidor a través de figuras como el acoso, la coacción, la influencia indebida o el dolo⁵.
17. Así, en el literal e) de la citada norma se establece que se encuentra prohibido 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.
18. En sus descargos, Entel señaló lo siguiente:
- La interconexión es un proceso previo al momento en el que un usuario se contacta con otro, siendo que su representada no añade segundos a la interconexión de las llamadas, toda vez que la locución materia de denuncia se escucha de forma paralela al proceso de búsqueda del usuario en su red para la interconexión.
 - Su representada no emplea los medios contemplados en el tipo infractor: centros de llamada (*call centers*), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o mensajes electrónicos masivos.
 - La frase “*Eres Entel, eres cine*” no constituye un ofrecimiento comercial o promoción de ventas de sus productos o servicios, por lo que no existe una oferta que el denunciante pueda aceptar o rechazar.
 - El Código no obliga a las empresas a obtener una autorización por parte de los consumidores antes de realizar cualquier conducta que involucre el posicionamiento de su empresa en el mercado, tal como ocurre en el presente

⁵ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Métodos comerciales agresivos o engañosos. 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.

caso, y como ocurre mediante la publicidad en paneles publicitarios o vía medios de comunicación.

19. A efectos de emitir un pronunciamiento sobre el hecho denunciado, corresponde analizar: (i) la naturaleza de la locución denunciada y su regulación; y, (ii) si dichas locuciones constituirían métodos comerciales agresivos, conforme a lo dispuesto en el literal e) del numeral 56.1 del artículo 56 del Código.

Respecto a la naturaleza de la locución denunciada y su regulación

20. El Plan Técnico Fundamental de Señalización, aprobado por Resolución Suprema N° 11-2003-MTC, establece lo siguiente:

“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 tonos y anuncios grabados establecidas en las Recomendaciones de UIT-T, E.180/Q35 y E.182.”

21. Por su parte, la Recomendación E.182 “Aplicación de Tonos y Anuncios Grabados en los Servicios Telefónicos” emitida por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (en adelante, UIT) establece las respuestas que las redes telefónicas deben dar a los abonados en la explotación de los servicios telefónicos básicos y suplementarios, reconociendo que, para ello pueden emplearse tonos como anuncios grabados. Asimismo, la referida Recomendación explica las siguientes ventajas y desventajas de un anuncio grabado frente a un tono:

2. No ha sido posible en algunos casos indicar una preferencia de carácter universal entre los anuncios grabados y los tonos. La importancia relativa de los factores que influyen en esta determinación varía en una amplia gama de una Administración a otra. Los anuncios grabados ofrecen las ventajas siguientes:

- pueden contribuir a reducir el número de llamadas a las operadoras, con el beneficio consiguiente;
 - desde el punto de vista de los factores humanos, la utilización de un número demasiado grande de tonos puede confundir al usuario. Los anuncios grabados permiten presentar una gama mucho mayor de informaciones diferentes;
 - pueden dar una información más detallada y específica que los tonos;
 - la probabilidad de ser mejor interpretados en situaciones poco frecuentes es mayor que la de los tonos.
- Por otra parte, los anuncios grabados tienen también ciertos inconvenientes:
- requieren más tiempo que una tonalidad audible para dar una información sencilla;
 - son incomprensibles para las personas que no comprenden el idioma utilizado. Esto puede restar todo valor práctico a su aplicación en países multilingües;
 - es posible que, por limitaciones técnicas y económicas, no puedan utilizarse en algunas redes;
 - es posible que los abonados no siempre escuchen los anuncios durante un periodo lo suficientemente largo para diferenciar anuncios diferentes.

22. En ese sentido, conforme a la regulación vigente, se advierte que para la prestación del servicio de telecomunicaciones resulta necesario que las operadoras utilicen tonos y anuncios grabados, a fin de informar a los usuarios sobre el uso del referido servicio.
23. Asimismo, para la interconexión del servicio de telefonía fija y móvil, resulta frecuente establecer la necesidad de emplear estos tonos y anuncios grabados a fin de diferenciar a las empresas operadoras. Así, por ejemplo, mediante Resolución de Gerencia General N° 665-2013-GG/OSIPTTEL del 5 de agosto de 2013, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones- OSIPTTEL aprobó la



Oferta Básica de Interconexión de América Móvil Perú S.A.C. en los siguientes términos:

“Cada operador es responsable ante sus usuarios por los servicios que presta con sus redes y equipos. Cada parte tiene el derecho de proveer o suministrar al interior de su red, características diferentes a las de la otra (por ejemplo, anuncios grabados, tonos de timbrado y ocupado, tonos de congestión 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. En el caso de diferencias, las mismas no se considerarán como problemas de calidad de servicio, siempre y cuando no afecten los índices de calidad y/o causen disturbios a la red del otro operador y que estén directamente relacionados con los eventos que lo originan. En caso se afecten los índices de calidad, se procederá de acuerdo a lo establecido en el numeral anterior. En caso se causen disturbios en la red del otro operador, éste último podrá interrumpir la interconexión hasta que desaparezca la causa que lo originó, conforme a lo establecido en el marco normativo.”

24. De esta manera, se advierte de manera preliminar que el uso de anuncios grabados o tonos de timbrado (como la locución materia del presente caso) son permitidos dentro de la prestación servicio de telecomunicaciones, en tanto permiten que se informe adecuadamente a los usuarios sobre la red empleada.

Respecto al método comercial agresivo proscrito por el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código y su aplicación al caso en concreto

25. Ahora bien, corresponde evaluar inicialmente la regulación establecida por el Código respecto al envío de mensajes publicitarios por parte de los proveedores a los consumidores, a efectos de determinar los alcances de la prohibición establecida en dicha norma.
26. Hasta setiembre de 2018, el artículo 58 del Código reconocía el Registro “Gracias No Insista”, el cual era un sistema provisto por el Indecopi, a través del cual los consumidores podían registrar aquellos números telefónicos y correos electrónicos de los cuales sean titulares y a los cuales no deseaban que se les remita mensajes con contenido comercial.
27. En ese sentido, esta primera regulación era relativa, en la medida que el envío de este tipo de mensajes se encontraba permitido, salvo que existiera una manifestación expresa del consumidor para no recibir dichos anuncios.
28. En setiembre de 2018, se modificó el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código, a través del Decreto Legislativo N° 1390, debido al limitado alcance que tuvo el Registro “Gracias No Insista” al comparar la cantidad de líneas telefónicas inscritas frente a la cantidad de líneas existentes en el mercado de telecomunicaciones, conforme se detalla en la Exposición de Motivos:

Descripción del Problema

Esto explicaría por qué el Indecopi continúa recibiendo reclamos de consumidores, que a pesar de estar inscritos en el registro “Gracias ... no insista” siguen siendo contactados por todo tipo de empresas para promocionar y difundir sus productos y servicios. Por ejemplo, entre el 2015 y 2017 el Indecopi recibió alrededor de 7 300 reclamos y solicitudes de asesoría relacionados a las llamadas comerciales y promocionales no deseadas. Por lo que el alcance y la efectividad del registro “Gracias ... no insista” habría sido limitado durante sus años de existencia en relación a la entrada en vigencia de la normativa de protección de datos personales.

Según se puede apreciar del actual ordenamiento legal:

- i) Para los proveedores es posible realizar llamadas a consumidores empleando centros de llamada, sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto o electrónicos, entre otros, a consumidores y ciudadanos en general, que tengan o no una relación comercial con el proveedor.
- ii) El único supuesto para que el consumidor o ciudadano no sea llamado o no sea receptor de mensajes a través de esta práctica comercial es que se inscriba en el registro implementado por el Indecopi (denominado "Gracias...no insista").
- iii) Ello implica un acto de inscripción en un registro que debe realizar el consumidor o ciudadano y que tiene un costo para él (si bien el registro es gratuito, implica esfuerzo y tiempo para el consumidor o ciudadano).

Adicional a lo señalado, la Ley de Protección de Datos Personales señala como uno de sus principios rectores el del consentimiento, es decir, es necesario que las personas den su consentimiento expreso para que otros agentes económicos hagan uso de sus datos personales, como número telefónico o correo electrónico. Por lo que el Proyecto de Ley permitiría la adecuación del Código a dicha Ley.

En breve, la problemática encontrada luego de más de ocho años de vigencia del registro "Gracias ... no insista" es, por un lado, que estaría cumpliendo limitadamente su objetivo de que las empresas no puedan ofrecer propuestas comerciales a las personas que no deseen ser contactadas y, por otro lado, el Código no se encuentra adecuado a lo señalado por la Ley de Protección de Datos Personales publicada en julio de 2011.

Análisis del Contenido

a. De la modificación del artículo 58 del Código

Con la modificación propuesta se pretende que los consumidores que reciban información de los proveedores, solo lo hagan previo consentimiento brindado. Esta propuesta se adecúa a lo establecido en la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, la Ley).

Asimismo, en el caso que los consumidores deseen revocar el consentimiento brindado a los proveedores pueden hacerlo en cualquier momento, observando al efecto los mismos requisitos que con ocasión de su otorgamiento, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento⁸.

El fin de esta propuesta es armonizar la legislación de consumidor y protección de datos personales, en tanto, si bien ambos persiguen fines diferentes -*mientras la primera protege al consumidor de las prácticas y métodos comerciales agresivos, el segundo protege el uso que se hace de la información compartida con terceros*-, esta confluencia normativa irroga, al proveedor, la obligación de solicitar el consentimiento del titular de los datos o consumidor para recibir información por parte de ellos o terceros (titular del banco de datos o encargados de tratamiento), la cual se traduce en las prácticas comerciales. Ello, sin perjuicio de la revocación del consentimiento concedido con la que cuenta el consumidor para ejercerla de forma inmediata con el proveedor.

29. En atención a dicha problemática, el legislador proscribió que el proveedor, a través de centros de llamada (call centers), sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos y telemarketing se comunique con el consumidor para ofrecerle productos y servicios de manera insistente, sin que previamente medie su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales (número telefónico o correo electrónico).
30. En esta línea de desarrollo, se observa que con dicha modificación se pasó de una prohibición relativa a las comunicaciones comerciales de los proveedores, a través de la cual se les permitía ofrecer productos o servicios a los consumidores, por cualesquiera de los medios antes indicados, salvo que éste se hubiera registrado en el "Gracias No Insista", a una prohibición absoluta que proscribe que los proveedores se comuniquen vía correo electrónico o por teléfono con los consumidores salvo que hubieran manifestado su consentimiento.
31. Así las cosas, esta nueva regulación pretende proteger en un mayor grado los intereses económicos de los consumidores, al interpretar que el solo empleo de centros de llamada, sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos y telemarketing, para ofrecer un bien o servicio al consumidor, constituye un método comercial agresivo que afectaría su

libertad de elección, cuyo uso se ha prohibido salvo que dicho consumidor manifieste su voluntad para recibir los mensajes publicitarios.

32. Cabe señalar que el tipo previsto en la normativa vigente no prohíbe la publicidad comercial que los proveedores puedan emplear para promover sus productos o servicios, sino que proscribire que para publicitar productos o servicios se empleen datos personales de los consumidores sin su previo consentimiento.
33. En efecto, con esta modificación normativa no se pretende que el consumidor se encuentre plenamente exento de ser receptor de contenidos publicitarios sobre productos o servicios, a la cual se encuentra expuesto cuando revisa cualquier medio de comunicación social (periódicos, televisión, o radio) o al encontrarse en un espacio público físico o virtual, puesto que ello implicaría que se extrajera a éste del flujo de información del mercado, el cual resulta necesario para que realice una adecuada elección de consumo.
34. En consecuencia, al establecerse tácitamente los medios mediante los cuales se llevaría a cabo la aplicación del método comercial agresivo o engañoso (centros de llamada, sistemas de llamado telefónico, envío de mensajes de texto a celular o de mensajes electrónicos masivos, telemarketing) se puede advertir que la intención del legislador es prohibir aquella comunicación directa entre el proveedor y el consumidor, la cual es capaz de generar aquella persuasión que mermaría la libertad de este último, y no así la publicidad en general, esto es, aquella efectuada mediante un medio potencialmente masivo y dirigida a una cantidad indeterminable de consumidores.

Análisis del caso en concreto

35. En el presente caso, conforme se advierte de la normativa sectorial la locución denunciada corresponde a un anuncio grabado que es reproducido al momento en el que cualquier usuario del servicio de telefonía móvil o fija ingresa a la red de la operadora denunciada, evidenciándose que dicha locución no se encuentra dirigida a un usuario específico e individualizado a través de un dato personal (número telefónico o correo electrónico).
36. En ese sentido, se observa que cualquier usuario, al efectuar una llamada telefónica, ingresa a la red de Entel y escucha las locuciones materia de análisis, la cual le permite identificar la titularidad de la red; por lo que, a diferencia del tipo previsto en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código, en el presente caso, la denunciada no se comunica directamente con los consumidores para promocionarles productos o servicios, sino que únicamente pretende brindarles información sobre la red a la cual se están comunicando.
37. En consecuencia, teniendo en cuenta que, conforme al marco normativo vigente, la operadora puede emplear locuciones grabadas para brindar información a los usuarios de la red, y a que este supuesto no se encuentra comprendido dentro del Marketing Directo regulado en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código, no se advierte una prohibición legal para el empleo de la locución materia de denuncia.

38. Adicionalmente, en aplicación del Principio de Tipicidad, no es posible vía interpretación por analogía, extender el supuesto previsto en el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código a la locución grabada materia de denuncia, al no corresponder a un medio de Marketing Directo.
39. De otro lado, respecto a lo indicado por el señor Rojas referido a que la conducta denunciada conlleva a que un usuario pierda tiempo de comunicación al tener que escuchar un mensaje publicitario, cabe señalar que no corresponde a la Comisión evaluar el cumplimiento de las normas de calidad aplicables al servicio de telecomunicaciones (tiempo de interconexión entre operadoras, por ejemplo), en tanto dicha facultad es de competencia del Osiptel, conforme a lo establecido en el artículo 76 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 13-93-TCC⁶.
40. En ese sentido, en tanto la conducta denunciada materia de análisis no se encuentra dentro de los métodos comerciales agresivos proscritos por el literal e) del numeral 58.1 del artículo 58 del Código, corresponde declarar **infundada** la denuncia.

De las medidas correctivas y el pago de costas y costos del procedimiento

41. Atendiendo a que no se ha verificado la existencia de infracciones al Código, no corresponde ordenar medidas correctivas ni el pago de las costas y costos del procedimiento.

SE RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la nulidad planteada por el señor **Juan Francisco Rojas Leo y Entel Perú S.A.** respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1758-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la denuncia interpuesta el señor **Juan Francisco Rojas Leo** contra **Entel Perú S.A.**, por presunta infracción al literal e) numeral 58.1 del artículo 58 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, referida a que el proveedor denunciado habría programado locuciones con mensajes publicitarios, las cuales son 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 su consentimiento como usuario.

TERCERO: DENEGAR las medidas correctivas solicitadas y el pago de las costas y costos del procedimiento.

CUARTO: INFORMAR a las partes que la presente resolución tiene vigencia desde el día de su notificación y no agota la vía administrativa. En tal sentido, se informa que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 38 del Decreto Legislativo N° 807, el único recurso impugnativo que puede interponerse contra lo dispuesto por la Comisión de

⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE TELECOMUNICACIONES. DECRETO SUPREMO N° 13-93-TCC**
Artículo 76.- La Comisión Reguladora de Tarifas de Comunicaciones será sustituida por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), que se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas.



Protección al Consumidor N° 2 es el de apelación⁷, el cual debe ser presentado ante dicho órgano colegiado en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contado a partir del día siguiente de su notificación⁸, ello de acuerdo a lo establecido en el artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS; caso contrario, la resolución quedará consentida⁹.

Con la intervención de los Comisionados¹⁰: Sra. Claudia Antoinette Mansen Arrieta¹¹, Sr. Tommy Ricker Deza Sandoval, Sr. Luis Alejandro Pacheco Zevallos y Sr. Erick Sablich Carpio.

CLAUDIA ANTOINETTE MANSÉN ARRIETA
Presidenta

La presente **Resolución fue firmada de forma digital**, de conformidad con lo establecido en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Firmas y Certificados Digitales aprobado por Decreto Supremo 058-2008-PCM, como puede verificarse en la primera página del presente documento que se encuentra en formato PDF¹².

⁷ **LEY N° 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR, publicada el 2 de setiembre de 2010. DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS MODIFICATORIAS. PRIMERA. - Modificación del artículo 38 del Decreto Legislativo núm. 807**

Modifícase el artículo 38 del Decreto Legislativo núm. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, con el siguiente texto:

“Artículo 38.- El único recurso impugnativo que puede interponerse durante la tramitación del procedimiento es el de apelación, que procede únicamente contra la resolución que pone fin a la instancia, contra la resolución que impone multas y contra la resolución que dicta una medida cautelar (...).”

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

Artículo 218. Recursos administrativos. - 218.1 Los recursos administrativos son:

[...]

b) Recurso de apelación

[...]

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios [...].

⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY N° 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 004-2019-JUS.**

Artículo 222.- Acto firme. - Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.

¹⁰ De conformidad con lo establecido por el cuarto párrafo del artículo 38 del Reglamento de Organizaciones y Funciones del INDECOPI, en toda sesión se **levantará un acta** que contendrá **los acuerdos** que adopta la Comisión y en ella se dejará constancia de los **votos singulares**.

¹¹ De acuerdo con lo establecido por el quinto párrafo del artículo 38 del Reglamento de Organizaciones y Funciones del INDECOPI, las resoluciones que emiten las Comisiones **son suscritas únicamente por quien las preside**.

¹² **REGLAMENTO DE LA LEY DE FIRMAS Y CERTIFICADOS DIGITALES APROBADO POR DECRETO SUPREMO 058-2008-PCM**

Artículo 3°.- De la validez y eficacia de la firma digital

La firma digital generada dentro de la Infraestructura Oficial de Firma Electrónica tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita. (...)

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

PROCEDIMIENTO : DE PARTE

DENUNCIANTE : JUAN FRANCISCO ROJAS LEO

DENUNCIADA : ENTEL PERÚ S.A.

MATERIAS : MÉTODOS COMERCIALES AGRESIVOS O
ENGAÑOSOS
IMPROCEDENCIA

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: *Se confirma, modificando sus fundamentos, la Resolución 0779-2020/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de Entel Perú S.A. 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 "Eres Entel, eres cine", 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 Entel Perú S.A. 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 al timbrado regular (hecho que habría generado, a su vez, la pérdida de tiempo en establecer la conexión); como una presunta infracción del deber de idoneidad.

En tal sentido, en vía de integración, se declara improcedente la denuncia interpuesta en contra de Entel Perú S.A., referida a que la proveedora habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario no solicitado de una marca o producto: "Eres Entel, eres cine"), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso al timbrado regular; 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 1759-2019/CC2, en el extremo que declaró improcedente la denuncia interpuesta en defensa de los derechos de los consumidores presuntamente afectados con la conducta de Entel Perú S.A. 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, 5 de abril de 2021

ANTECEDENTES

1. Mediante escrito del 28 de agosto de 2019, el señor Juan Francisco Rojas Leo (en adelante, el señor Rojas) denunció a Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) y Entel Perú S.A.¹ (en adelante, Entel) 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 Entel, se escuchaba un aviso publicitario no solicitado e inevitable de una marca o producto (“Eres Entel, eres cine”), antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; aviso que era programado por dicha concesionaria de servicio público móvil;
 - (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);

¹ R.U.C. 20106897914, con domicilio fiscal ubicado en Av. República de Colombia Nro. 791 (Piso 14 Esq. Cdra. 34 Paseo de la Republica) Lima - Lima - San Isidro.



- (v) 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 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, se dispuso la desacumulación de este expediente, a fin de que la denuncia en contra de cada uno de los proveedores denunciados (Entel, Telefónica y América Móvil) se tramitara de manera separada, por lo que se asignó a cada uno un número de expediente distinto²; siendo que, la denuncia en contra de Telefónica continuó tramitándose en este expediente.
 3. A través de la Resolución 1759-2019/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 Entel; 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 Entel 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 1759-2019/CC2, bajo los siguientes argumentos:

² En específico, de acuerdo con la información que obra en el Sistema Integrado Resolutivo (SIRPC): (i) la denuncia en contra de América Móvil fue tramitada en el Expediente 1212-2019/CC2 (Ingreso en Sala 1463-2020/SPC-APELACION), cuya decisión final se emitió el 22 de diciembre de 2020 mediante Resolución 2463-2020/SPC-INDECOPÍ; y, (ii) la denuncia en contra de Telefónica fue tramitada bajo el Expediente 1139-2019/CC2 (Ingreso en Sala 1351-2020/SPC), cuya decisión final fue emitida el 9 de febrero de 2021.

- (i) No habría alegado 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 14 de noviembre de 2019, Entel presentó sus descargos, alegando no tener responsabilidad por los hechos imputados en su contra.
 6. El 7 de enero de 2020, el señor Rojas 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.
 7. Mediante Resolución 0779-2020/CC2 del 9 de junio de 2020, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
 - (i) Declaró infundada 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 1759-2019/CC2³;

³ Esto 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 M-SPC-13/1B



- (ii) declaró infundada la denuncia interpuesta en contra de Entel 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
 - (iii) 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 0779-2020/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 Entel; 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

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 como una presunta infracción del artículo citado, dejando de lado una posible calificación del hecho como una presunta infracción de los artículos 18° y 19° del Código.



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 *“tonos”* y *“anuncios grabados”*, al asumir que dentro de estos se encontraban los 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 trataran 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 pierda tiempo en establecer la conexión; esta conducta estaba vinculada a dos (2) temas de competencia del Indecopi, como eran: (a) la idoneidad del servicio prestado a un consumidor, y (b) 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 tener en consideración su apelación interpuesta contra la Resolución 1759-2019/CC2;
 - (xx) solicitó se enmiende la resolución apelada, en el primer punto de la parte resolutive, toda vez que se hizo mención a la Resolución 1758-2019/CC2, debiéndose decir Resolución 1759-2019/CC2; y,
 - (xxi) solicitó el uso de la palabra.

9. El 4 de enero de 2021, Entel absolvió el recurso de apelación presentado por el señor Rojas, reiterando sus argumentos expuestos en sus descargos y solicitando que se confirme la resolución recurrida.

ANÁLISIS

I. Cuestiones previas:

(1.i) Sobre el error material incurrido en el Resolución 0779-2020/CC2

10. El artículo 212° del TUO de la LPAG, establece la competencia de la autoridad administrativa para pronunciarse de oficio respecto a los errores materiales de sus propias resoluciones, siempre que no se altere aspectos sustanciales de su contenido ni el sentido de la decisión⁴.
11. 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 resoluciones⁵.
12. Adicionalmente, en el artículo 28° de la citada norma⁶ se indica que procederá la enmienda de la resolución, de oficio o a petición de parte, en caso la misma 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.
13. Por otro lado, el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, consagra entre los principios generales del derecho administrativo al Principio

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR EL 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.

⁵ **DECRETO SUPREMO 09-2009-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.

⁶ **DECRETO SUPREMO 09-2009-PCM. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 28°.- Enmienda, aclaración y ampliación de resoluciones.-** Las Salas del Tribunal sólo podrán enmendar 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. (...)

de Celeridad y Eficacia⁷, cuya finalidad es dar mayor dinamismo al trámite del procedimiento administrativo por encima de actuaciones procesales o meros formalismos que dificulten su desarrollo, sin que ello conlleve la vulneración del ordenamiento jurídico.

14. En su recurso de apelación, el señor Rojas solicitó se enmiende la resolución apelada, en el primer punto de la parte resolutive, toda vez que se hizo mención a la Resolución 1758-2019/CC2, debiéndose decir Resolución 1759-2019/CC2.
15. En efecto, de la revisión de la Resolución 0779-2020/CC2, se aprecia el error en el primer punto resolutive que debe ser enmendado, en el siguiente término:

Dice:

“PRIMERO: Declarar INFUNDADA la nulidad por el señor Juan Francisco Rojas Leo y Entel Perú S.A. respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1758-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019.”

Debe decir:

“PRIMERO: Declarar INFUNDADA la nulidad por el señor Juan Francisco Rojas Leo y Entel Perú S.A. respecto a la imputación de cargos realizada mediante Resolución N° 1759-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019.”

16. En consecuencia, se dispone enmendar el error material incurrido por la Comisión en la Resolución 0779-2020/CC2, referido al número de resolución citado en el primer punto de la parte resolutive.

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

17. En el presente caso, el señor Rojas solicitó la programación de un informe oral a fin de exponer los argumentos que sustentaban su defensa.

⁷ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TÍTULO PRELIMINAR. 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:

(...)

1.9. 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.

1.10. Principio de eficacia. – Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

18. 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 palabra⁸.
19. 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 motivada⁹.
20. 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.
21. 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.

⁸ **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:

(...)

1.2. 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.

⁹ **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.



22. 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 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.
23. 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.
24. En consecuencia, considerando que obran en autos los elementos suficientes a efectos de emitir un pronunciamiento, así como el señor Rojas a lo largo del procedimiento ha podido exponer y sustentar sus argumentos, corresponde -en atención de la potestad o prerrogativa conferida por la ley- denegar el pedido de uso de la palabra planteado por el denunciante.
- (1.iii) Sobre la nulidad parcial de la resolución de imputación de cargos y la Resolución 0779-2020/CC2
25. 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 validez¹⁰. 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 regular¹¹.

¹⁰ **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.

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:

(...)

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

26. 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 adoptada y pronunciándose sobre los pedidos y alegatos expuestos por las partes a lo largo del procedimiento.
27. 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 procedimiento¹².
28. 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.
29. Un objeto o contenido¹³ 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 juzgador¹⁴.
30. En el escrito de denuncia, el señor Rojas indicó, entre otros, que denunciaba a Entel porque, al momento de llamar a las líneas telefónicas que operaba, escuchaba un aviso publicitario no solicitado e inevitable de la marca o producto (“*Eres Entel, eres cine*”), antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; aviso que era programado por dicha concesionaria de servicio público móvil.
31. En ese sentido, alegó que: (i) se transgredía el principio de idoneidad, puesto que existía incompatibilidad legal entre el servicio de telefonía móvil que

¹² **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 (...)

¹³ **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.

¹⁴ **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.



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, (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 Entel) efectuaban en perjuicio de todos los peruanos.

32. Al respecto, la Comisión calificó jurídicamente -mediante la Resolución 1759-2019/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 la calificación jurídica de dicha imputación de cargos.
33. 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.
34. 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 agresivo; 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”¹⁵.

(Subrayado y resaltado

agregado)

35. 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

¹⁵ Ver foja 12 del expediente.
M-SPC-13/1B



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.

36. 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 Comisión, que en este caso sí se ha denunciado -adicionalmente- la presunta vulneración de la idoneidad del servicio de telefonía móvil prestado por Entel; apreciación que se desprende de la lectura integral del escrito de denuncia.
37. Atendiendo a lo señalado previamente, el hecho consistente en que Entel habría programado un aviso publicitario no solicitado de una marca o producto ("*Eres Entel, eres cine*"), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso al timbrado regular; calificaba también como una presunta infracción del deber de idoneidad.
38. Siendo así, es evidente que, de manera errónea, la Comisión: (i) omitió incluir en su imputación de cargos (Resolución 1759-2019/CC2), y, (ii) denegó en su resolución final (Resolución 0779-2020/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.
39. 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.
40. Atendiendo a lo expuesto, corresponde declarar la nulidad parcial de las resoluciones de imputación de cargos (Resolución 1759-2019/CC2) y la venida en grado (Resolución 0779-2020/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.
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 dilación 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)¹⁶.
43. Sin perjuicio de lo mencionado, en aplicación de los artículos 86° y 227° del TUO de la LPAG¹⁷ y del Principio de Celeridad establecido en el numeral 1.9 del artículo IV del Título Preliminar de la referida norma¹⁸, 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,

¹⁶ **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 (...)

¹⁷ **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.

¹⁸ **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.



referido a la presunta infracción 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 Entel 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 Entel; 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 el presente procedimiento, Entel ha señalado sobre este extremo que, la locución cuestionada no tenía como finalidad la difusión de algún ofrecimiento u oferta comercial. Además, señaló que, la frase en cuestión no podría generar algún daño al consumidor, al no existir una oferta que éste pueda aceptar o rechazar, siendo que el pretender ubicar su actuación dentro del ámbito de la aplicación del literal e) del artículo 58°.1 del Código, generaría irresponsablemente que todas las practicas, a través de las cuales se busque posicionar o enaltecer una marca de una empresa, se vea limitada a la previa autorización del consumidor.
51. Conforme lo relatado, de manera previa se observa que, no es un hecho controvertido la existencia de la locución cuestionada (“*Eres Entel, eres*”).



cine”), y que esta se presentaba al momento de llamar a cualquier número telefónico de la denunciada.

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”; la finalidad buscada es 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”*¹⁹.
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.
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

¹⁹ **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;

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 “*Eres Entel, eres cine*” 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 incluía dentro de estos al mensaje controvertido, 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, un análisis de la naturaleza de la locución “*Eres Entel, eres cine*” que conduzca a determinar si está permitida o no por las normas actuales, en el marco de la prestación del servicio de telefonía móvil prestado por Entel; correspondería a la evaluación de la idoneidad de dicho servicio, en la medida que allí sí sería necesario verificar si la frase guarda congruencia (o es contraria) a 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 Entel 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 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 “*Eres Entel, eres cine*”, 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 LPAG²⁰ señala que, para iniciar un procedimiento, las autoridades administrativas, de oficio, deben asegurarse de su propia competencia. En virtud de 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 Perú²¹, 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, norma de aplicación supletoria en el presente caso, también reconoce el derecho a ese debido proceso²².

²⁰ **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

²¹ **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.

(...)

²² **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.

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 Legalidad²³ 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 derivan²⁴.
68. En efecto, la protección de los derechos de los consumidores es un mandato surgido del artículo 65° de la Constitución²⁵ 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 mercado²⁶.
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 bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo²⁷. Asimismo, el artículo 30° de

²³ **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.

²⁴ **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.
(...)

²⁵ **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.

²⁶ Ver, por ejemplo, la Resolución 3393-2018/SPC-INDECOPI del 5 de diciembre de 2018.

²⁷ **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

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 contrario²⁸.

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 ley²⁹.
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.
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.

discriminación en las relaciones de consumo.

²⁸ **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.

²⁹ **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.
(...).

74. El artículo 63° del Código otorga a los organismos reguladores la competencia para proteger los derechos de los usuarios de los servicios públicos regulados³⁰, 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 respectivo³¹.
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 concesión³².

³⁰ **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.

³¹ **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.

³² **LEY 27332. LEY MARCO DE LOS ORGANISMOS REGULADORES DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS. Artículo. 3°.- Funciones.**

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

- 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;
- Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;
- 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



77. Al respecto, en materia de telecomunicaciones, el artículo 37° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel³³, 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 Osiptel³⁴ (en adelante, Decreto Supremo 008-2001-PCM) precisa que las reclamaciones de usuarios deben sustentarse en problemas con:
- (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,

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.

³³ **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.

³⁴ **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



- (vii) incumplimiento en activar o desactivar servicios complementarios o adicionales.
79. Así también, el artículo 28° 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 reclamo³⁵.
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.
- B. Aplicación al caso concreto
82. Tal como se ha mencionado en párrafos anteriores, el señor Rojas denunció que Entel habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario no solicitado de una marca o producto: “*Eres Entel, eres cine*”), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta

³⁵**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 047-2015-CD/OSIPTTEL. REGLAMENTO PARA LA ATENCIÓN DE RECLAMOS DE USUARIOS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES. Artículo 28°.- 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.



operadora, antes de dar paso a los códigos de comunicación universal; hecho que hubiera 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 63° del Código³⁶, 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:
- (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,

³⁶ Ver pie de página 27.



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 proveedor³⁷.

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 publicitarios³⁸.

³⁷

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.

(...)

³⁸

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 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.”

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 resolutiveos en materia de protección al consumidor, en los casos en los que la publicidad comercial confluye en el análisis de sus procedimientos³⁹, concluyó que deben ser conocidas por el órgano resolutiveo en materia de protección al consumidor correspondiente, como una infracción del deber de idoneidad, aquellas denuncias en las que concurran 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 un 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 Entel) 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 Osipitel, por lo que, queda claro que dicho organismo es el competente para conocer y pronunciarse sobre la presunta idoneidad del servicio de telefonía móvil⁴⁰ contratado por el denunciante.

³⁹ **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 resolutiveo 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.

⁴⁰ 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/OSIPIEL.

91. Por las consideraciones antes expuestas, en vía de integración, corresponde declarar improcedente la denuncia interpuesta en contra de Entel, referida a que la proveedora habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario no solicitado de una marca o producto: “*Eres Entel, eres cine*”), 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.
92. Finalmente, dado que en el presente caso se ha declarado la improcedencia del extremo antes indicado, carece de objeto emitir un pronunciamiento sobre los argumentos de apelación vertidos por el señor Rojas dirigidos a acreditar la presunta falta de idoneidad del servicio prestado.

III. Sobre el hecho denunciado en defensa del interés difuso

93. 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 Entel; 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.
94. 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.
95. 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.
96. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, es pertinente señalar que, de la revisión del artículo 119° del TUO de la LPAG⁴¹, no se observa que este

⁴¹ 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.
M-SPC-13/1B 29/34



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.

97. 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.
98. 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.
99. 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 irremediamente 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

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 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.



“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 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)

100. 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 Colegiado⁴²-, de acuerdo con lo dispuesto en los

⁴² 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.



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.

101. 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.
102. 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 fiscalización⁴³.
103. 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.
104. Considerando lo previamente expuesto, corresponde confirmar, modificando sus fundamentos, la Resolución 1759-2019/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 Entel; en tanto esta se encuentra dentro del ámbito de competencia del Osiptel, a lo cual se suma que el denunciante no contaba con legitimidad

43

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 estuviese individualizado.

(...)

para accionar en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores.

IV. Cuestión final

105. 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: Denegar la solicitud de informe oral presentado por Juan Francisco Rojas Leo.

SEGUNDO: Declarar la nulidad parcial de las Resoluciones 1759-2019/CC2 del 4 de octubre de 2019 y 0779-2020/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 resolutorio, omitió imputar y pronunciarse sobre el hecho denunciado (esto es, que Entel Perú S.A. 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 al timbrado regular; hecho que hubiese 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 0779-2020/CC2, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por el señor Juan Francisco Rojas Leo en contra de Entel Perú S.A. 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 “*Eres Entel, eres cine*”, 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 Entel Perú S.A., referida a que la proveedora habría programado una locución ajena al servicio (aviso publicitario

no solicitado de una marca o producto: “Eres Entel, eres cine”), que sería escuchado cuando se marcara a cualquier número de teléfono móvil de esta operadora, antes de dar paso al timbrado regular; 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 1759-2019/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 Entel Perú S.A. 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