

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución N° 0068-2023/SDC-
INDECOPI

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Ana Carmen Lolita Calderón Torres

ASESOR:

Raúl Roy Solórzano Solórzano


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, SOLÓRZANO SOLÓRZANO, RAÚL ROY, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución N° 0068-2023/SDC-INDECOPI", del autor(a) CALDERON TORRES, ANA CARMEN LOLITA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 28%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2025.

SOLÓRZANO SOLÓRZANO, RAÚL ROY,	
DNI: 09998199	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3580-7109	

DEDICATORIA

*Sobre todo a Dios,
Por todas las bendiciones que me da diariamente*

*A la Virgen María y a mis Santos
Por cuidarme y nunca dejarme sola*

*A mis padres, Iván y Ana
Por aplaudirme en cada triunfo y en cada tropiezo*

*A mi tía Matilde y a mis hermanos
Por siempre estar ahí*

*A Trevor, luz eterna
Por sacar la mejor parte de mí y dejarla aquí para los demás*

*Y a Chocolate, Toby, y ahora Rocky
Por ser amigos incondicionales, aunque no hablen mi mismo idioma*

RESUMEN

En los últimos años, hemos sido testigos de la entrada de nuevos competidores al mercado de las telecomunicaciones, sobre todo en la oferta de internet fijo. Sin embargo, dicho dinamismo también ha provocado que organismos como el INDECOPI tengan la tarea cada vez más compleja de dilucidar controversias de competencia desleal entre un número mayor de agentes económicos, con el objetivo de que el proceso competitivo no se vea distorsionado con prácticas contrarias a la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044), más aún en la era en la que la publicidad es susceptible de generar mayor difusión y alcance a través de las redes sociales y plataformas web.

Precisamente, este trabajo aborda la Resolución N° 0068-2023/SDC-INDECOPI, uno de los casos más recientes dilucidados por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en el sector de telecomunicaciones, en el cual una empresa prestadora del servicio de internet denuncia a una de sus competidoras por actos contrarios a la buena y leal competencia que habría realizado a través de su campaña publicitaria. A partir de ello, se procederá a realizar un análisis jurídico de las presuntas infracciones relacionadas a actos de engaño, actos de denigración y vulneración al principio de legalidad que se denuncian principalmente en el caso para finalmente determinar si la Sala debió resolver fundado o no los extremos denunciados.

Palabras clave

Desleal, publicidad, engaño, denigración, legalidad

ABSTRACT

In recent years, we have witnessed the entry of new competitors into the telecommunications industry, especially in the fixed Internet offer. However, such dynamism has also caused agencies such as INDECOPI to have the increasingly complex task of resolving disputes of unfair competition between a greater number of economic agents, with the aim of ensuring that the competitive process is not distorted with practices contrary to the Law for the Repression of Unfair Competition (Legislative Decree No. 1044), even more so in the era in which advertising is likely to generate greater dissemination and reach through social networks and web platforms.

Precisely, this paper focuses on Resolution No. 0068-2023/SDC-INDECOPI, one of the most recent cases analyzed by the Sala Especializada en Defensa de la Competencia in the telecommunications sector, in which an internet service company accuses one of its competitors of acts contrary to good and fair competition that would have been carried out through its advertising campaign. Based on this, a legal analysis will be made of the alleged infringements related to acts of deception, acts of denigration and violation of the principle of legality that are mainly denounced in the case in order to finally determine whether the Sala should have decided whether or not the alleged facts were founded or not.

Keywords

Unfair, advertising, deception, denigration, legality

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución y presentación del caso.....	5
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
II.1 ¿De qué trata la controversia analizada en la Resolución N° 0068-2023/SDC INDECOPI?	7
II.2 Hechos relevantes de la denuncia	11
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	
III.1 Problema principal	21
III.2 Problemas secundarios	21
III.3 Problema complementario	22
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATA	
IV.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	22
IV.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	25
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	
V.1 Represión de la Competencia Desleal y Publicidad Comercial	26
V.1.1 Actos de engaño	28
V.1.2 Actos de denigración	31
V.1.3 Violación del principio de legalidad	34
V.2 Primer problema secundario: ¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado?.....	36
V.3 Segundo problema secundario: ¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía el internet de mayor velocidad?	39
V.4. Tercer problema secundario: ¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía un internet al mejor precio?.....	42
V.5 Cuarto problema jurídico: ¿La empresa denunciada cometió actos de denigración al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que el internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes y sería una opción del pasado?.....	43
VI. PROBLEMA JURÍDICO COMPLEMENTARIO	50
VII. CONCLUSIONES	53
VIII. BIBLIOGRAFÍA	57

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Expediente 0140-2020/CCD Resolución 0068-2023/SDC- INDECOPI
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	(i) Derecho Administrativo (ii) Derecho de Competencia Desleal
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución 0068-2023/SDC- INDECOPI (segunda instancia) Resolución 41-2022/CCD- INDECOPI (primera instancia)
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. ("Claro")
DEMANDADO/DENUNCIADO	FIBERLUX S.A.C. (" <u>Nubyx</u> ")
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Sala Especializada en Defensa de la Competencia (la " <u>Sala</u> ") (Tribunal del INDECOPI)
TERCEROS	No aplica
OTROS	No aplica

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución y presentación del caso

La Resolución N° 68-2023/SDC-INDECOPI analizó una serie de mensajes publicitarios cuestionados por presuntos actos de competencia desleal en las modalidades de actos de engaño, actos denigratorios y vulneración al principio de legalidad. En esta ocasión, Claro -una de las empresas con mayor presencia en el mercado de telecomunicaciones en Perú- acudió a la vía administrativa para dilucidar si el accionar de Nubyx -empresa con 3 años en el mismo mercado- se llevó a cabo en contra de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD).

Respecto a los actos de engaño imputados a través de la resolución materia de análisis, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (la “Sala”) tuvo la obligación de determinar, en primer lugar, cuáles eran los mensajes que se quisieron comunicar a través de las redes sociales de la empresa denunciada. Posteriormente, determinó la naturaleza subjetiva u objetiva de las afirmaciones contenidas en dichos mensajes, para finalmente resolver si frases como “*internet con la mejor calidad*”, la “*mejor conectividad del mercado*”, “*el internet de mayor velocidad*”, “*internet al mejor precio*”, entre otras, fueron susceptibles de generar distorsión en el mercado.

Respecto a los actos denigratorios, el primer paso de la Sala para determinar si se configuró dicha infracción fue concluir si había existido alusión directa o indirecta inequívoca hacia la empresa denunciante. Dicha tarea no resulta fácil en este tipo de situaciones, toda vez que en este caso específico se encontraba ante un supuesto de alusión indirecta, por lo que se debía determinar si la estructura de mercado permitía a los consumidores ser capaces de identificar al agente o a los agentes de mercado a los cuales se estarían haciendo referencia en la publicidad denunciada.

Por último, la Sala también analizó si la publicidad difundida violó el principio de legalidad al no informar de manera completa el costo total de sus servicios y/o cargos adicionales para contratar el servicio ofrecido o, si por el contrario, no era la obligación de la empresa denunciada indicar el precio de instalación del servicio de internet.

El pronunciamiento de la Sala, sumado a otras herramientas legales con las que contamos, entre las cuales se incluye normas, jurisprudencia y doctrina, nos permitirá hacer un análisis jurídico de la Resolución N° 68-2023/SDC-INDECOPI para responder los problemas jurídicos planteados en los siguientes acápites y tener una postura crítica sobre los diferentes argumentos emitidos por la Sala.



II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 ¿De qué trata la controversia analizada en la Resolución N° 0068-2023/SDC-INDECOPI?

A través de sus redes sociales (página web, Facebook e Instagram), Nubyx lanzó una campaña publicitaria mediante la cual pretendía comunicar a los consumidores los principales atributos que caracterizaban su servicio de internet y, que a su vez, permitirían diferenciarlo de otras empresas competidoras en el mercado de internet fijo. Veamos cuáles son los principales mensajes:

i) “internet a la mayor velocidad” y ii) “(...) una conexión a internet: veloz, sin latencias, sin interferencias”

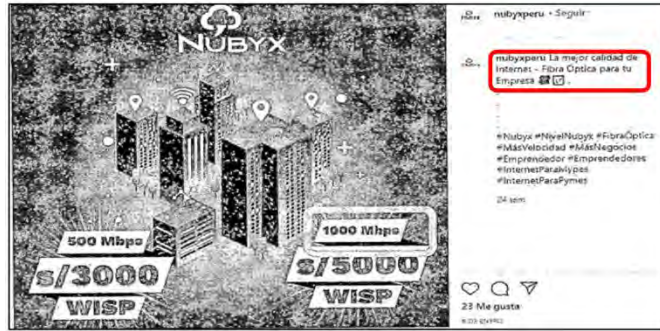


*Imágenes tomadas de la Resolución 0068-2023/SDC-INDECOPI

(iii) “navega a altas velocidades. Internet sin latencias”



(iv) “la mejor calidad de internet”



(v) “los mejores planes de internet con la mayor velocidad que solo la fibra óptica puede asegurar”



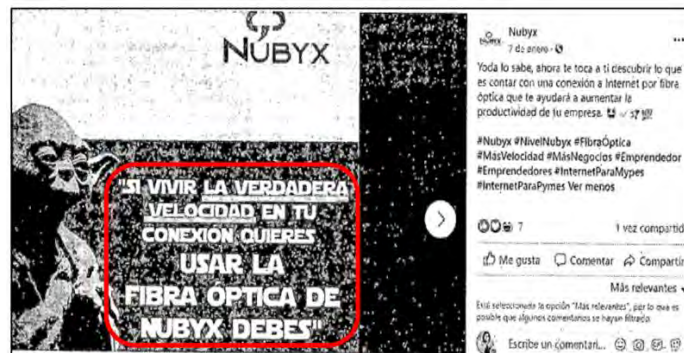
(vi) “internet a velocidad luz” y (vii) “una conexión, sin interrupciones que solo la fibra óptica puede ofrecer”



(viii) “conexión de internet veloz para tu empresa” y (ix) “incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet, brindamos la mejor solución en conectividad por fibra óptica”



(x) "si vivir la verdadera velocidad en tu conexión quieres, usar la fibra óptica de Nubyx debes"



(xi) "hoy tu empresa vivirá el partido con el mejor internet"



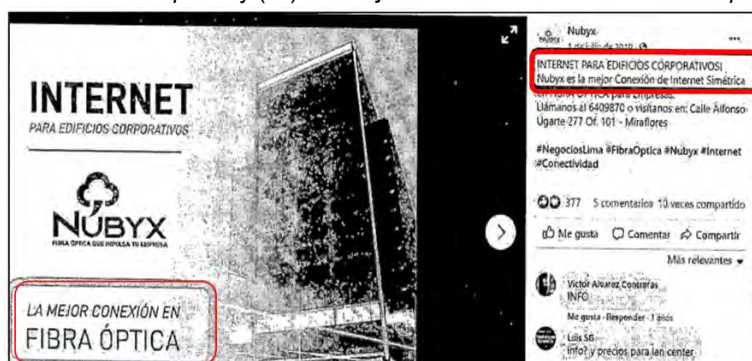
(xii) "(...) descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio"



(xiii) "(...) brindará la mejor conexión a internet para tu hogar"



(xiv) “la mejor conexión en fibra óptica” y (xv) “ la mejor conexión simétrica de Fibra Óptica”



(xvi) “internet al mejor precio”



En dicho contexto, Claro -empresa competidora de Nubyx en el mercado de internet fijo- tomó conocimiento de la estrategia publicitaria y cuestionó sus afirmaciones a través de diversas cartas notariales y correos electrónicos enviados el 9, 10 y 14 de julio, y el 4 de agosto de 2020, toda vez que, a su entender, las afirmaciones no serían ciertas y algunas de ellas además estarían omitiendo agregar información importante como el costo de servicios adicionales.

Las cartas mencionadas no fueron respondidas por Nubyx, por lo que, con fecha 07 de septiembre de 2020, Claro interpuso denuncia en su contra ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal por la presunta vulneración a los artículos 8° y 17° del la LRCD. Posteriormente, el 14 de octubre del mismo año, Claro solicitó ampliar la denuncia por los presuntos actos de denigración cometidos a través de la difusión del siguiente anuncio, a través del cual se indicaría que el internet que ofrece Claro es antiguo y ya no satisface a sus clientes:

El anuncio está dividido en dos secciones. La izquierda contiene el título "PROPUESTA DE SOLUCIÓN NUBYX RESIDENCIAL" y el nombre del barrio "URB. EL ROSARIO II", con el logo de NUBYX. La derecha contiene el encabezado "PROPUESTA DOLC-2020" y la fecha "Septiembre de 2020".

¿QUIÉNES SOMOS?
NUBYX es parte del grupo FIBERLUX, empresa pionera con 22 años de experiencia en el rubro de Telecomunicaciones, especializada en Soluciones Tecnológicas Empresariales exclusivamente al sector corporativo. Nuestro principal producto es el servicio de Internet a través de Fibra Óptica.

FIBERLUX es la primera empresa a Nivel Nacional en ofrecer un Servicio Residencial 100% Fibra Óptica de punto a punto, desde nuestra central hasta el interior del hogar, a través de nuestra Unidad de Negocio NUBYX.

PROPUESTA DE SOLUCIÓN
El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con Cable Coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet, un servicio muy importante en estos momentos, ya que este cuenta con mayor latencia (retardo) e inestabilidad.
Actualmente este tipo de servicio ya es "una opción del pasado".

NUBYX ofrece una solución moderna exclusivamente a Residenciales, a través de un Servicio de Internet por Fibra Óptica. Las redes de fibra óptica que llegan hasta el interior del hogar están compuestas completamente por cables de Fibra Óptica, las cuales sólo transmiten el servicio de Internet. Una ventaja de esto es que el servicio es simétrico. Además, el cableado de fibra es exclusivo por cliente, por lo mismo se garantiza un buen servicio para cada uno, y con ello nuestros clientes disfrutan una experiencia diferente y muy buena en navegación, sin interrumpir sus conexiones.

2.2 Hechos relevantes de la denuncia

Primera instancia

El 16 de octubre de 2020, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada contra Nubyx y le imputó la comisión de presuntos actos de competencia desleal contenidos en el art. 8° de la LRCD, correspondiente a actos de engaño; en el art. 11° de la LRCD, correspondiente a actos de denigración; y en el art. 17 numeral 1 literal b), correspondiente a la vulneración al principio de legalidad.

Una vez notificada la denuncia en su contra, Nubyx señaló lo siguiente en sus descargos:

- *Sobre que Nubyx ofrecía internet libre de interrupciones, interferencias y latencias*

Inicialmente, Nubyx indicó que la forma en la que se transmite y llega la fibra óptica no permitía interferencias, salvo por caso fortuito o de fuerza mayor. No obstante, el 1 de junio de 2021 Nubyx se allanó en este extremo.

- *Sobre que Nubyx ofrecía internet de mayor velocidad*

Aunque inicialmente Nubyx alegó que dichas frases hacían referencia a la máxima velocidad del plan contratado, el 1 de junio de 2021 la Denunciada se allanó en este extremo.

- *Sobre que Nubyx ofrecía internet con la mejor calidad y conectividad del mercado*

A través de escrito presentado el 1 de junio de 2021, Nubyx alegó que estas afirmaciones son de naturaleza subjetiva, por lo que no son posibles de configurar actos de engaño.

- *Sobre que Nubyx ofrecía internet al mejor precio*

Nubyx indicó que dicha frase no hace referencia ni compara sus precios con el de los competidores. Asimismo, señaló que la frase no es de naturaleza objetiva, toda vez que no existe un parámetro único para establecer cuál es el mejor precio.

- *Sobre que el internet con HFC (ofrecido por los competidores) no satisface a los clientes y es una opción del pasado*

La Denunciada reiteró que dicho mensaje era cierto y que era conocido por todos. Posteriormente, el 1 de junio de 2021 Nubyx se allanó en este extremo.

- *Sobre que Nubyx ofrecía internet 1000Mbps, pero no se podría comprobar la disponibilidad del servicio*

Nubyx inicialmente indicó que el servicio específico solo estaba disponible para empresas, no para el mercado residencial; sin embargo, el 1 de junio de 2021 se allanó en este extremo.

- *Sobre que Nubyx sería el primer operador en ofrecer un servicio residencial 100% fibra óptica*

Mediante escrito presentado el 1 de junio de 2021, se allanó en este extremo.

- *Sobre los presuntos actos de denigración al indicar que el internet con HFC no satisface a los consumidores y es una opción del pasado*

Aunque Claro alegó que a través del mensajes cuestionado en líneas anteriores se habría configurado la alusión inequívoca a su servicio de internet, Nubyx indicó que no realizó ninguna alusión directa ni indirecta respecto de Claro. Por el contrario, señaló que Claro no sería el único operador en ofrecer dicho servicio, por lo que tampoco se podría haber configurado una alusión inequívoca al tratarse del único competidor en el mercado.

- *Sobre la presunta vulneración al principio de legalidad*

Claro manifestó que Nubyx tenía la obligación de informar el costo total del servicio; sin embargo, en su publicidad habría omitido consignar el costo de instalación, el cual es un costo que necesariamente debe asumir el usuario que contrate con la Denunciada. Asimismo, Claro resaltó que

aún cuando las tarifas de la Denunciada sean públicas en la plataforma de OSIPTEL, eso no la exime de su obligación el costo total en cada publicidad. Nubyx se allanó en este extremo.

El 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión modificó la imputación de cargos contra Nubyx en los siguientes términos:

Infracción a la LRCD	Mensaje publicitario cuestionado
Art. 8° - Actos de engaño	<p><u>Primera imputación de actos de engaño</u> Habría difundido publicidad que daría a entender a los que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.</p> <p><u>Segunda imputación de actos de engaño</u> Habría difundido una campaña publicitaria que indicaría las siguientes afirmaciones (i) <i>“la mejor calidad de internet”</i>; (ii) <i>“con esta conexión en tu empresa, todos alientan a la sele a un #NubyxNivel”</i>; (iii) <i>“Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”</i>; (iv) <i>“No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad”</i>; (v) <i>“Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”</i>; y, (vi) <i>“La mejor conexión en fibra óptica”</i>; en las que daría a entender que ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando ello no sería cierto.</p> <p><u>Tercera imputación de actos de engaño</u> Habría difundido una campaña publicitaria en la que indicaría las siguientes afirmaciones (i) <i>“Internet a la mayor velocidad”</i>; (ii) <i>“Navega a altas velocidades”</i>; (iii) <i>“Internet a velocidad luz”</i>; (iv) <i>“¿Cansado de usar una conexión que retrasa tus actividades? ¡Cámbiate a Nubyx!”</i>; (v) <i>“Conexión de internet veloz para tu empresa. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet”</i>; (vi) <i>“Internet de alta velocidad. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet”</i>; (vii) <i>“Si vivir la verdadera velocidad quieres, usar la fibra óptica de Nubyx debes”</i>; dando a entender que ofrecería el internet de mayor velocidad, cuando en realidad ello no</p> <p><u>Cuarta imputación de actos de engaño</u> Habría difundido publicidad que daría a entender que ofrecería un internet al mejor precio, cuando en realidad ello no sería cierto.</p> <p><u>Quinta imputación de actos de engaño</u> Habría difundido publicidad que daría a entender que ofrecería un plan de 1000Mbps, cuya disponibilidad no podría ser verificada.</p> <p><u>Sexta imputación de actos de engaño</u> Habría difundido publicidad que daría a entender que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.</p> <p><u>Séptima imputación de actos de engaño</u></p>

	Habría difundido publicidad (propuesta comercial personalizada) en la que daría a entender que el servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.
Art. 11° - Actos de denigración	“El híbrido de fibra coaxial (HFC), usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos con el servicio de internet (...)” “Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”
Art. 17° numeral 1 literal b) – Infracción al principio de Legalidad	Habría omitido indicar el precio total del servicio, en tanto no habría incluido los cargos adicionales necesarios para su adquisición (costo de instalación).

Por otro lado, la Comisión de Fiscalización solicitó a la Oficina de Estudios Económicos un informe técnico en el cual se dilucide el beneficio económico que pudo haber obtenido Nubyx al realizar las conductas cuestionadas; razón por la que el 22 de marzo de 2022, la Comisión suspendió el procedimiento hasta la emisión del informe. Una vez emitido el informe, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento el 13 de septiembre del mismo año.

Finalmente, mediante Resolución N° 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022, la Comisión se pronunció en primera instancia de la siguiente forma:

- **FUNDADA** la denuncia contra Nubyx por actos de competencia desleal en la modalidad de **actos de engaño** por difundir publicidad en la que daba a entender que i) ofrecía internet libre de interrupciones, interferencias y latencias cuando no era cierto, ii) que era la primera empresa nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto cuando no era cierto. La Comisión consideró que la Denunciada no acreditó la veracidad de dichas afirmaciones; además, Nubyx ya había reconocido su responsabilidad sobre dichas conductas.
- **INFUNDADA** la denuncia contra Nubyx por actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño por difundir publicidad en la que daba a entender que i) ofrecía un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado cuando no era cierto, ii) ofrecía el internet de mayor velocidad cuando no era cierto, iii) ofrecía internet al mejor precio cuando no era

cierto; y iv) daba a entender a los consumidores que el servicio de internet con HFC no satisface a sus clientes y es una opción del pasado. La Comisión verificó que se trataban de afirmaciones de naturaleza subjetiva y, en el caso del punto iv), se consideró su análisis como acto de denigración.

- **INFUNDADA** la denuncia contra Nubyx por actos de competencia desleal en la modalidad de **actos de denigración**, en tanto para la Comisión no se acreditó que hubiera habido alusión directa o indirecta a Claro.

- **INFUNDADA** la denuncia contra Nubyx por actos de competencia desleal en la modalidad de **infracción al principio de legalidad** por haber omitido incluir en su publicidad el costo de instalación, toda vez que la Comisión consideró que dicho monto adicional no era exacto para ser influido como monto fijo.

- **SANCIONAR** a Nubyx con 16.80 UITs y 22.61 UITs por los extremos declarados fundados, y **ORDENÓ** el cese definitivo e inmediato de la publicidad correspondiente.

Segunda Instancia

Ejerciendo su derecho a impugnar el pronunciamiento de primera instancia, ambas partes presentaron recurso de apelación. Por su parte, Nubyx apeló en los siguientes términos:

- **Caducidad del Procedimiento**

A la fecha de notificación de la resolución de primera instancia, el procedimiento ya se encontraba caduco, toda vez que ya se había

superado el plazo de 195 días reconocido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia .

- *Nulidad de la resolución impugnada por vicios procedimentales*

Se ha vulnerado el principio de culpabilidad, debido a que la LRCD no ha establecido de forma expresa que la responsabilidad de los administrados sea objetiva; por lo que la Comisión debió evaluar el dolor o culpa de los hechos cuestionados.

- *Incorrecta determinación del beneficio ilícito*

La Comisión ha usado metodologías basadas en estudios que resultan más perjudiciales para Nubyx y que además no resultan aplicables al caso.

Claro, por otro lado, cuestionó los extremos en los que la Comisión declaró infundada su denuncia y señaló lo siguiente:

- *Respecto a los allanamientos formulados por Nubyx*

En los descargos presentados ante la Comisión, Nurbyx se allanó respecto a la segunda, tercera y séptima imputación de actos de engaño; sin embargo, aún así, la Comisión declaró infundados dichos extremos.

- *Respecto a la segunda imputación de actos de engaños*

Las afirmaciones respecto al internet con la mejor calidad y conectividad no son subjetivas en el contexto en el cual se han usado, puesto que OSIPTEL sí cuenta con parámetros objetivos para medir la calidad del servicio ofrecido. Asimismo, en tanto dichas afirmaciones han sido usadas conjuntamente con otros mensajes que daban a entender que el internet de Nubyx estaba libre de fallas e interferencias, debieron ser analizadas juntas.

- *Respecto a la tercera imputación de actos de engaño*

El mensaje que daba a entender que Nubyx contaba con internet de la mayor velocidad no es subjetivo como la Comisión argumentó; por el contrario, la velocidad en sí misma es objetiva y OSIPTEL ha puesto a disposición de los consumidores herramientas para comparar las velocidades de los diferentes servicios de internet.

- *Respecto a la cuarta imputación de actos de engaño*

Sobre las afirmaciones de “*el mejor precio*”, la Comisión no ha tenido en cuenta que el precio es una unidad medible, por lo que ambos términos juntos tienen naturaleza objetiva y tono excluyente.

- *Respecto a la séptima imputación de actos de engaño*

Nubyx no presentó pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones que daban a entender que el internet con HFC no lograba satisfacer a sus clientes y era una opción antigua. Aún así, y pese a que Nubyx reconoció su responsabilidad, la Comisión declaró infundado este extremo.

- *Respecto a los actos de denigración*

Sobre las afirmaciones que dan a entender que el internet con HFC no satisface a sus clientes y es un servicio antiguo, la Comisión consideró que no hizo una alusión inequívoca a Claro en tanto no es la única operadora en brindar dicho servicio; sin embargo, la Sala en anteriores oportunidades ha reconocido que se puede hacer alusión a más de un competidor.

- Respecto a la vulneración del principio de legalidad

Contrario a lo indicado por la Comisión, el costo de instalación del internet no es un costo variable, sino fijo, por lo que debía estar consignado en la publicidad al ser un servicio indispensable para la contratación.

El 6 de junio de 2023, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia se pronunció en segunda y última instancia administrativa a través de la Resolución N° 0068-2023/SDC-INDECOPI

- **DESESTIMAR** los argumentos presentados por Nubyx sobre la caducidad administrativa, toda vez que la notificación de la resolución de primera instancia se realizó en el día hábil 194, respetando el plazo máximo de 195 días hábiles para la tramitación de procedimientos analizados bajo la LRCD.
- **DESESTIMAR** los argumentos presentados por Nubyx respecto a la presunta vulneración del principio de culpabilidad, toda vez que la LRCD sí indica de manera expresa que para la configuración de un acto de competencia desleal no es necesario acreditar conciencia o voluntad del infractor.
- Sobre la segunda imputación de actos de engaño, la Sala consideró que frases como *“la mejor calidad”, “la mejor conexión”* y *“mejor solución de conectividad”* no contienen ningún criterio o parámetro objetivo más allá de la opinión del anunciante, por lo que corresponde **DESESTIMAR** el argumento de Claro en su apelación.
- Sobre la tercera imputación de actos de engaño, la Sala consideró que frases como *“Internet a la mayor velocidad”; “Navega a altas velocidades”; “Internet a velocidad luz”; “Conexión de internet veloz para tu empresa. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet”; “Internet de alta velocidad”* son frases subjetivas que no dan el mensaje que Nubyx

tiene el internet más veloz del mercado, por lo que corresponde **DESESTIMAR** el argumento de Claro en su apelación.

- Sobre la cuarta imputación de actos de engaño, la Sala consideró que la frase “*internet al mejor precio*” es de naturaleza subjetiva, toda vez que existen diferentes variables por la que un consumidor determinaría si es el mejor precio, por lo que corresponde **DESESTIMAR** el argumento de Claro en su apelación.
- Sobre la séptima imputación de actos de engaño, referida a las frases que daban a entender que el internet con HFC ya no satisface a sus clientes y es una opción del pasado, la Sala consideró que no se configura el acto de engaño porque no hace referencia al servicio ofrecido por la anunciante; por lo que corresponde **DESESTIMAR** el argumento de Claro en su apelación.
- Sobre los actos de denigración, la Sala consideró que sí hubo alusión inequívoca a Claro, puesto que dicha publicidad fue difundida en Arequipa, ciudad en la que solo 2 operadores ofrecen internet con HFC, siendo una de ellas Claro. Nubyx no presentó pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones hechas sobre el servicio de su competidor. Por lo tanto, corresponde **REVOCAR** la resolución de primera instancia en este extremo y declarar **FUNDADA** la denuncia por actos de denigración.
- Sobre la presunta vulneración al principio de legalidad, la Sala verificó que el costo adicional materia de controversia es un costo fijo, siendo que dicho monto figura en la web de Nubyx, por lo que correspondía ser incluido en la publicidad. Por lo anterior, corresponde **REVOCAR** la resolución de primera instancia en este extremo y declarar **FUNDADA** la denuncia por vulneración al principio de legalidad.
- Respecto a la graduación de la sanción impuesta a Nubyx, la Sala reconoció que la Comisión no desarrolló los fundamentos por los cuales

aplicaba ciertos criterios y otros no para determinar la graduación de la sanción, por lo que corresponde declarar **NULIDAD** por falta de motivación en este extremo. La Sala procedió a graduar la nueva sanción.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿La empresa denunciada cometió actos de competencia desleal en las modalidades de actos de engaño, actos de denigración y vulneración al principio de legalidad, conforme lo dispuesto en la LRCD?

3.2 Problemas secundarios

Primer problema secundario: *¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado?*

Segundo problema secundario: *¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía el internet de mayor velocidad?*

Tercer problema secundario: *¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía un internet al mejor precio?*

Cuarto problema secundario: *¿La empresa denunciada cometió actos de denigración al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que el internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes y sería una opción del pasado?*

Quinto problema secundario: *¿La empresa denunciada vulneró el principio de legalidad al no consignar el precio de instalación de su servicio en la publicidad difundida?*

3.3 Problema complementarios

Problema complementario: *¿se imputó correctamente actos de competencia desleal en la modalidad de engaño o, por el contrario, debió imputarse actos de comparación indebida?*

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Con el objetivo de dar respuesta al problema principal y a los problemas secundarios que se plantean en este informe, es necesario analizar la norma que rige el sistema de represión de la competencia desleal: el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRDC). Dicha norma define, entre otras modalidades, los actos de engaño, denigración y vulneración al principio de legalidad.

Respecto a los actos de engaño, el artículo 8° de la LRCD establece que son aquellos actos que, de manera real o potencial, inducen al error al consumidor. En concordancia con lo anterior, se establece que solo son capaces de inducir a error aquellas afirmaciones de naturaleza objetiva; dicho en otras palabras, tal como señala el INDECOPI en los Lineamientos de Competencia Desleal y Publicidad Comercial, se exige que para *“la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”* (2019, p.19), de lo contrario se configurará el acto de engaño.

Ante este primer concepto, se debe tener claro que en la publicidad comercial se usan frases tanto de naturaleza objetiva como subjetiva, lógicamente estas últimas no serán susceptibles de inducir en error al consumidor.

En primer lugar, la Resolución analizó cuatro conductas infractoras que configurarían actos de engaño según la denuncia de Claro. La primera de estas conductas fue la difusión de mensajes publicitarios que darían a entender que Nubyx ofrece el internet con la mejor calidad y conexión. En este punto, estamos de acuerdo con la Sala al determinar que *“la mejor calidad y conexión”* son afirmaciones de naturaleza subjetiva, toda vez que estas *“no poseen un contenido objetivamente comprobable y versan sobre puntos opinables”* (Maguiña Pardo y Sosa Huapaya, 2010, p.110), puesto que no existen criterios exactos para determinar lo afirmado.

En segundo lugar, también se analizó el mensaje que daría a entender que Nubyx ofrecería el servicio de internet más rápido o veloz. En este extremo, no me encuentro de acuerdo con el argumento esgrimido por la Sala para declararlo infundado por tratarse, supuestamente, de frase de naturaleza subjetiva. Contrariamente al caso anterior en el que se concluyó que no existían criterios exactos para determinar el internet con la mejor calidad, en este caso específico tanto Osiptel como las empresas operadoras cuentan con herramientas para determinar la velocidad de los servicios de internet que ofrecen en el mercado. Por lo tanto, al comunicar frases como *“el internet con la mayor velocidad”*, los consumidores sí se encontraban ante mensajes sujetos al principio de veracidad, más aún al tratarse de una afirmación en tono excluyente.

En tercer lugar, se analizó si la frase *“el mejor precio”* configuró o no un acto de engaño, extremo que fue declarado infundado por la Sala al tratarse de una expresión de naturaleza subjetiva. En este punto, estamos de acuerdo con la Sala en que, aún cuando el precio es una unidad medible, la publicidad de Nubyx no hacía referencia a ningún criterio adicional que permita que el consumidor identifique respecto de qué criterio o atributo podría considerarse el servicio de internet al mejor precio. En otras palabras, el mensaje publicitario no ha indicado

si el mejor precio era respecto de los otros planes de la misma empresa anunciante o respecto de los planes de sus competidores.

En cuarto lugar, también se analizó si la difusión de un afiche en el que la denunciada califica el internet de sus competidores como “*una opción del pasado*” que ya no satisface a sus clientes es un acto de engaño. En este extremo, la Sala resolvió de forma correcta al declararlo infundado, toda vez que los actos de engaño únicamente se configuran cuando un anunciante induce al error sobre sus propios productos o servicios, no sobre servicios de terceros.

Es precisamente en base a lo anterior, que -si bien dicha conducta no calificó como acto de engaño- la Sala también la analizó como acto de denigración. Respecto a los actos de denigración, el artículo 11 de la LRCD, los define como aquellos que tienen como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos. Para configurar lo anterior, Indecopi ha indicado que se exige la mención o alusión directa a su competidor; sin embargo, no serán considerados actos de denigración cuando, a pesar de lo anterior, las afirmaciones difundidas tengan información verdadera, exacta y pertinente.

En mi opinión, la Sala cometió un error de análisis al declarar fundado dicho extremo, reformando así la decisión de primera instancia, toda vez que aún cuando se indique que el consumidor, por la estructura del mercado, puede detectar las alusiones a competidores, este no es el caso. El mercado de las telecomunicaciones es altamente técnico y con conceptos no familiares a los consumidores, por lo que no es posible defender que los consumidores de la localidad de Arequipa (lugar donde se difundió dicho afiche) eran conscientes que solo dos empresas operadoras ofrecían el servicio de internet HFC; por el contrario, cualquier consumidor podría interpretar del anuncio que dicho internet era ofrecido por la mayoría de empresas.

Por último, respecto al principio de legalidad que se habría vulnerado al no indicar el precio total del servicio, se está haciendo referencia a aquella regla que

nos indica que la publicidad debe respetar normas imperativas en cuanto les aplique. En este caso específico, la Sala hace bien en contradecir a la Comisión y, a su turno, declarar fundado dicho extremo.

Teniendo dichos conceptos preliminares, podemos observar que en el caso concreto, la empresa denunciada decidió emplear diferentes afirmaciones de naturaleza subjetiva y objetiva; sin embargo, no en todos los casos ha cumplido con observar las disposiciones de la LRCD, por lo que sí se ha configurado actos de competencia desleal en las modalidades de actos de engaño y vulneración al principio de legalidad en algunos de los mensajes cuestionados, mas no nos encontramos ante la supuesta configuración de actos de engaño.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Tal como adelanté en el acápite anterior, la empresa denunciada sí incurre en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y vulneración al principio de legalidad. Respecto a los actos de engaño, la Sala realizó un correcto análisis en aquellos supuestos en los que se analizaron afirmaciones subjetivas, puesto que muchos de los mensajes analizados no contaban con capacidad para inducir al error al consumidor en tanto el consumidor las iba a interpretar según juicios de valor. Sin embargo, no ocurrió lo mismo en aquellos supuestos en los que la Sala tuvo que analizar frases de naturaleza objetiva, las cuales fueron erróneamente catalogadas también como frases subjetivas, aún cuando sí contaban con sistemas de medición que permitían que el consumidor interprete que la Denunciada tenía una posición predominante respecto de dicho atributo.

Respecto a los actos de denigración, considero que el elemento principal a analizar fue determinar si en la publicidad cuestionada había existido alusión indirecta inequívoca en contra de la empresa Denunciante. Sin embargo, aunque la Sala fue correcta al establecer conceptos y factores que influyen en la identificación de agentes de mercado no mencionados directamente, su posterior argumentación parece partir desde la interpretación de un consumidor técnico y

especializado en el mercado de las telecomunicaciones, cuando ello no necesariamente sucede en la realidad. En base a ello, la Sala comete un error al revocar la resolución de primera instancia y declarar fundado dicho extremo.

Respecto a los actos de violación del principio legalidad, es correcta la posición que asume la Sala respecto a la naturaleza “indispensable” que tiene el servicio de instalación de internet, por lo que era totalmente necesario y exigible que el anunciante incluya dicho monto en la publicidad de su precio.

Siendo ello así, considero que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia realizó un correcto análisis revocando extremos que la Comisión había analizado de manera superficial y con desarrollo insuficiente. No obstante, existen extremos con los que no me encuentro de acuerdo y en los siguientes acápite se explicará mi postura.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

El presente acápite tiene como objetivo analizar los problemas jurídicos que sirven como base para dar respuesta al problema principal sobre si Nubyx cometió actos de competencia desleal en las modalidades de actos de engaño, actos de denigración y vulneración al principio de legalidad, conforme lo dispuesto en la LRCD.

Para ello, y con la firme intención de realizar un análisis jurídico integral que permita arribar a conclusiones con desarrollo sólido y sustentadas en derecho, primero se desarrollará el marco teórico que envuelve los conceptos jurídicos más relevantes para el caso.

V.1. Represión de la Competencia Desleal y Publicidad Comercial

La Constitución del Perú de 1993 establece como modelo económico la economía social de mercado, la cual es definida por Álvarez Miranda como

“aquel modelo económico que combina la libertad de mercado con la equidad social” (2014, p. 262). De dicha definición se desprende que, aún cuando nuestra economía se basa en el libre mercado, se permite que el Estado dicte reglas de conducción únicamente para garantizar condiciones sociales mínimas que permitan el bienestar del ciudadano. Siendo ello así, es justamente en el marco de este modelo donde encontramos el sistema de represión de la competencia desleal, el mismo que además obedece al artículo 59° de la Constitución Política peruana referido a que la libertad de empresa no debe ser lesiva -entre otros aspectos- a la moral.

En nuestro país, la norma principal que rige este sistema es la Ley de Represión de la Competencia Desleal (“LRCD”), cuyo objetivo es evitar o, en su defecto sancionar, aquellos actos con finalidad concurrencial que distorsionan negativamente el proceso competitivo al incurrir en actos contrarios a la buena fe empresarial. Tal como se indica, esta norma protege el proceso competitivo y no específicamente a alguna de las partes que participan en el mercado.

Continuando con los aspectos relevantes de la LRCD, según lo establecido en su artículo 2°, esta norma se aplica a aquellos actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos. Siendo ello así, se concluye que para que un acto sea susceptible de ser analizado según la LRDC, debe i) tener como finalidad, ya sea directa o indirectamente, concurrir en el mercado y ii) ser realizado a través de publicidad.

Sobre el punto referido a la finalidad concurrencial, la Sala, a través de la Resolución N° 0083-2014/SDC-INDECOPI, señala que estamos ante una finalidad concurrencial cuando *“(i) se ejecuta o materializa en un determinado mercado de bienes o servicios; (ii) siendo susceptible de generar un beneficio mercantil, atrayendo las preferencias de los consumidores”*. De igual forma, la doctrina coincide con lo anterior indicando que un acto es concurrencial cuando *“el empresario interviene como tal en el mercado, es decir, en interés propio”* (Zegarra Mulánovich, 2017, p. 61).

Respecto al segundo punto, ¿a qué se refiere la norma cuando indica que el acto concurrencial debe ser realizado a través de publicidad? Es la misma LRCD en su artículo 59° la que se encarga de responder esta interrogante y de definir la publicidad comercial como 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.

El numeral 2 del artículo 21° de la norma citada también indica que el análisis que se realice de la publicidad debe ser integral y superficial. En este punto, coincidimos con Alex Sosa y Gustavo Rodríguez cuando indican que un análisis integral debe ser entendido como un análisis de la publicidad en conjunto, no siendo posible admitir *“una lectura fragmentada del anuncio obviando elementos que lo integren”* (2014, p. 40). De igual forma, ambos autores indican que el análisis superficial hace referencia a la *“interpretación espontánea del anuncio analizado”*, no una interpretación forzada.

Ahora bien, habiendo descrito los conceptos más relevantes sobre la represión de la competencia desleal y de la publicidad comercial, se procederá a desarrollar las modalidades específicas de actos de competencia desleal que se abordan en la Resolución.

V.1.1. Actos de engaño

Los actos de engaño son definidos por la LRCD como aquellas actuaciones que podrían, real o potencialmente, inducir a error sobre la naturaleza, características, calidad y -en general- sobre los atributos, beneficios o condiciones de un determinado bien o servicio que el respectivo agente económico pone a disposición en el mercado, o sobre los atributos que posee dicho concurrente.

Como se puede observar de esta definición, su ilicitud no está sustentada en el hecho de comunicar información falsa o inexacta, sino en la consecuencia que se genera al hacerlo: inducir en error al consumidor sobre los atributos de un bien o servicio. Al respecto, Alex Sosa y Gustavo Rodríguez indican que *“si una empresa miente sobre un atributo de su oferta, eso puede atraer clientela indebidamente en la medida que el público crea la mentira. Notará el lector que la clave es precisamente la condición “en la medida que el público crea la mentira”. Esto último porque una mentira que nadie cree, siendo mentira, no genera una consecuencia legalmente reprochable”* (2014, p.54). De esta forma, queda claro que no se persigue la falsedad de la información per se, sino la consecuencia de que el consumidor efectúe una decisión de consumo inadecuada en base a dicha información falsa.

Asimismo, de la definición dada por la norma también queda claro que los actos de engaño solo se realizan sobre los atributos del servicio o producto ofrecido por el mismo anunciante, no respecto de la oferta de terceros. Lo anterior no significa que el anunciante pueda usar información falsa y/o inexacta para referirse a terceros; sin embargo, dichos actos serán examinados bajo otras modalidades de competencia desleal.

Ahora bien, los mensajes publicitarios susceptibles de configurar actos de engaño deben poder ser analizados bajo el principio de veracidad; es decir, ser información objetiva que pueda ser comprobada. En atención a este punto, es lógico inferir que no todas las afirmaciones gozan de la misma naturaleza en la publicidad comercial; por el contrario, la información comunicada por un anunciante puede ser bien de naturaleza objetiva (información comprobable) o naturaleza subjetiva (opiniones).

Respecto a esto, nuevamente Maguiña y Sosa se encargan de abordar ambos tipos de afirmaciones y describen, además, los subtipos que contiene cada uno: las afirmaciones de naturaleza objetiva pueden ser i) afirmaciones objetivas per se, o ii) afirmaciones de tono excluyente. (2010, p. 99).

Sobre las afirmaciones objetivas per se indica que son aquellos *“anuncios publicitarios realizados sobre la base de aspectos y afirmaciones comprobables las cuales serán tomadas en serio por los consumidores”* (2010, p. 99). De esta manera, por ejemplo, si una marca de detergentes comunica que su producto puede reducir hasta el 98% de suciedad de la ropa, esto debe estar sustentado en algún estudio con un parámetro de medición idóneo que permita llegar a dicha conclusión.

Sobre las afirmaciones de tono excluyente, además de subsumirse a la definición de las afirmaciones objetivas per se, tienen una finalidad adicional en la que el *“anunciante pone de manifiesto su posición de preeminencia o liderazgo frente a todos sus competidores en el mercado”* (2010, p. 100). Esto quiere decir que, por ejemplo, si una empresa de seguros oncológicos comunica en su publicidad que es la única aseguradora en ofrecer cobertura al 100% de cáncer de huesos, no solo está dando a conocer publicidad que debe poder estar sustentadas en pruebas idóneas (e.g. los documentos legales de la póliza), sino que además tiene como objetivo mostrar un atributo que lo diferencia y lo pone por encima de sus otros competidores.

Por otro lado, respecto a las afirmaciones subjetivas, estas *“consistirá(n) en una apreciación tan solo referencial, esto es, la propia valoración que el competidor tiene de su actividad económica o de las cualidades de los productos o servicios que pretende posicionar”*(Pazos, 2023, p.33). Este categoría también se puede dividir en publicidad subjetiva per se y en exageraciones publicitarias.

Las afirmaciones subjetivas per se son aquella información que, por su propia naturaleza, no puede ser comprobable. En esa línea, Maguiña y Sosa destacan las expresiones triviales y de carácter generales, tales como *“ven a disfrutar de nuestra comida”*; y los juicios estimativos que solo *“se limitan a exteriorizar una opinión del anunciante, la cual no puede verificarse porque no menciona o alude a ningún hecho”* (2010: p.101). Así, por ejemplo, indicar *“la mejor comida”* es una mera opinión que puede ser cierta para unos y para otros no, pues depende de cada juicio de valor que otorgue cada persona.

Por su parte, estos mismos autores describen las exageraciones publicitarias como *“todos aquellos elogios de tono altisonante, con un contenido total o parcial concreto y comprobable, que posee un núcleo fáctico verdadero y que no es tomada en serio por los consumidores”* (2010, p. 104); es decir, aún cuando estas expresiones tengan un núcleo fáctico verdadero, no serán tomadas en serio por los consumidores, otorgándoles naturaleza subjetiva en el análisis.

Teniendo en cuenta lo anterior y considerando que solo las expresiones de naturaleza objetiva serán pasibles de configurar actos de engaño, la Sala estableció la siguiente metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario resulta engañosa o no: (i) delimitar el mensaje; es decir, determinar en qué consiste el contenido del mensaje transmitido en el mercado; y (ii) una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe alguna discordancia, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error infringiendo así el principio de veracidad.

En conclusión, para que se configure un acto de engaño es necesario que el anunciante aluda a las características o atributos de sus propios productos o servicios a través del mensaje imputado. En tanto concurra lo antes previsto, corresponderá al anunciante acreditar la veracidad del mensaje imputado con medios probatorios obtenidos de manera previa a la difusión del mensaje.

V.1.2. Actos denigratorios

Los actos denigratorios están definidos en el artículo 11° de la LRCD como aquellos actos que *“tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos”*.

En esa misma línea, Pierino Stucchi (2007, p.167) señala que denigrar es cuando un agente *“es capaz de agraviar la imagen y la reputación comercial ajena mediante afirmaciones o imágenes dirigidas a afectar el crédito o prestigio ajeno en el mercado”*. Tal como se observa, no hay un listado enunciativo que indique

cuáles conductas son susceptibles de configurar actos denigratorios, sino que la redacción de la norma *“remite a cualquier tipo de acto que pueda deteriorar o afectar de manera negativa diversos atributos de un competidor o, si corresponde, de un conjunto de estos, afectándose la leal competencia”*. (Pazos, 2023: p. 69).

Ahora bien, la protección legal que se brinda ante los actos denigratorios no está dirigida a proteger propiamente a la empresa que brinda sus servicios de posibles injurias o de información poco exacta, sino que su objetivo principal es no distorsionar el proceso competitivo. De esta forma, Alberto Bercovitz (2012, p. 372) correctamente señala que *“constituye un principio esencial de la economía de mercado que es el consumidor el que actúa de árbitro, el que da el éxito a los competidores, puesto que es él, con su elección, el que adquiere los productos o servicios de uno u otro de los empresarios que participan en el mercado. El consumidor, el cliente, es el rey del mercado”*. De esta forma, proteger la reputación del anunciante, por un lado, y proteger la veracidad y exactitud de la información que le llega al consumidor, por otro, finalmente protege el correcto funcionamiento del mercado.

Una vez visto el concepto de actos denigratorios según la norma y la doctrina, corresponder indicar que la jurisprudencia del INDECOPI ha indicado que, dado que los actos denigratorios tienen como efecto disminuir la imagen de las empresas ofertantes ante los consumidores, para su configuración es requisito esencial que exista una alusión directa o indirecta, de forma inequívoca, al o a los competidores. Este requisito, asimismo, es compartido con los actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida.

Respecto a la alusión directa e indirecta, Alex Sosa (2019, p. 24-25) ha señalado que la primera se configurará cuando se *“haga referencia a la marca de los productos o servicios, nombre o establecimiento, de otro agente económico, incluso, haciendo uso de imágenes”*. Por su lado, se configurará publicidad indirecta cuando los *“consumidores o un sector significativo de estos puedan deducir - en función a las circunstancias en las que se presenta el anuncio o a*

las que alude- a qué agente económico se está haciendo referencia de manera inequívoca”.

De igual forma, el mismo autor señala que el anunciante puede optar por la alusión indirecta a través de herramientas como el difuminado de la marca o nombre del producto aludido, el uso de colores o personajes característicos de las empresas, y la estructura o comportamiento del mercado.

Respecto a la alusión indirecta por estructura o comportamiento de mercado, que es precisamente la que se menciona en la Resolución objeto de análisis, Anxo Tato (1996, pp 29-30) señala que *“cuando un empresario sólo tiene un competidor (duopolio), y esta circunstancia es conocida por el público, cualquier comparación, por muy genérica que sea, realizada por el primero, será entendida por los destinatarios de la publicidad como una comparación con el único competidor existente. En aquella comparación genérica existirá, por tanto, una referencia inequívoca al competidor único”.* De esta forma, en un mercado con pocos competidores, la referencia a otros competidores será entendida como una alusión indirecta inequívoca hacia su único competidor, siempre que esta información sea fácilmente conocida por el público.

Cabe precisar que a través de la Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI, la Sala estableció que, de forma adicional a la estructura de mercado, debían existir *“elementos adicionales”* para configurar una alusión inequívoca. En dicha resolución, la Sala se pronunció de la siguiente manera:

33. (...) como se puede advertir, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria Telefónica gozaba de una posición predominante seguida por CLARO, siendo que sus participaciones en conjunto suman el 95% del mercado. En tal sentido, **la composición del mercado de telefonía móvil constituye un elemento que conduce a considerar que en la publicidad difundida por Telefónica existiría un propósito alusivo a Claro, toda vez que ambos ocupan el primer y segundo lugar**, respectivamente, siendo competidores directos.

34. Ahora bien, el referido criterio al ser definido por la doctrina como un *“elemento que aumenta la posibilidad de identificar a un competidor en la publicidad”* **requiere de la concurrencia de elementos adicionales para**

poder concluir que se está frente a una publicidad alusiva. Es por ello que, contrariamente a lo indicado por la denunciante, no es suficiente la estructura oligopólica del mercado para determinar la existencia de una publicidad alusiva a CLARO". (Subrayado agregado)

Tal como se observa en la anterior cita, el último criterio sentado por la Sala indica que se requiere la concurrencia de elementos adicionales para que se pueda determinar si se hizo alusión o no a un competidor en un mercado concentrado.

Ahora bien, no todo acto catalogado como denigratorio será considerado ilícito. Según el artículo 11° de la LRCD citado al inicio de este acápite, no serán sancionados los siguientes supuestos:

"11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;

b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;

c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,

d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia".

De esta forma, la LRCD permite dichos actos siempre que estos contengan información verdadera, exacta y pertinente en forma y en fondo.

V.1.3. Vulneración al principio de legalidad

Los actos contrarios al principio de legalidad están proscritos en el artículo 17° de la LRCD y su objetivo es sancionar *"aquellos actos que no respetan las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria"* (Pazos J. & Otros, 2020, p. 45). Dicho artículo enuncia una serie de

supuestos en los cuales se configura la comisión de dichos actos, siendo uno de ellos el omitir el precio total de un servicio:

“Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

(...)

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

(...)

b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado; (...)”

En primer lugar, antes de entrar a fondo en la definición dada por la norma, es preciso aclarar que el principio de legalidad contenido en la LRCD no es el mismo que el principio de legalidad contenido como principio rector en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. Dicho principio exige que las autoridades administrativas actúen acorde a Derecho; sin embargo, el principio de legalidad contenido en la LRCD *“más que un mandato a la administración y una garantía para los administrados, es una regla de conducta para estos últimos y para la actividad publicitaria en general, por lo que sería más exacto denominarlo “Principio de Legalidad Publicitaria”* (Aramayo, 2019, p. 52).

Ahora sí, continuando con el artículo de la LRCD inicialmente citado, los anunciantes están obligados a dar a conocer el monto total cuando la publicidad indique el precio, lo cual debe incluir tributos aplicables o cualquier otro monto adicional que sea indispensable para su adquisición. Así, por ejemplo, si hablamos de un servicio técnico en el que obligatoriamente se necesita la instalación por parte de un experto, dicho monto adicional será indispensable y, por lo tanto, deberá acompañar siempre el monto total que se informe a los consumidores.

En base a lo anterior, queda claro que no siempre se deberán incluir montos adicionales en el precio publicitado, sino únicamente cuando estos tengan la naturaleza de indispensable para que el producto o servicio principal contratado

funcione. De esta manera, si pensamos en una empresa de muebles que anuncia un juego de comedor a determinado precio, no será necesario que dicho monto incluya o sume el precio del transporte del mueble, pues podría ocurrir que el consumidor decida ir a recoger su compra o contratar un tercero para llevar a cabo dicho servicio. Lógicamente, en dicho supuesto no estamos ante un servicio adicional de naturaleza indispensable.

Cabe precisar que la información de brindar el precio total del producto o servicio contratado, incluyendo tributos y cargas adicionales que sean indispensables, concuerda con lo establecido en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el cual indica en el numeral 1 del artículo 4° que en aquellos casos en los que los proveedores informen los precios de sus productos o servicios *“debe indicar en forma destacada el precio total de los mismos, el cual debe incluir los tributos, comisiones y cargos aplicables”*.

Ahora bien, teniendo el marco teórico de las principales modalidades de actos de competencia desleal que se analizan en este informe, se procederá a dar respuesta a los problemas jurídicos planteados.

V.2. Primer problema secundario: *¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado?*

En líneas anteriores se ha expuesto el marco teórico que sirve como base para responder cada uno de los problemas jurídicos que motivan el presente informe. En esa línea, en el punto V.1.1. se definieron los actos de engaño como aquellos que podrían, ya sea real o potencialmente, inducir a error sobre la naturaleza, características, calidad y -en general- sobre los atributos, beneficios o condiciones de un determinado bien o servicio que el respectivo agente económico pone a disposición en el mercado, o sobre los atributos que posee dicho concurrente a través de mensajes comprobables (de naturaleza objetiva).

En este caso en concreto, Claro denunció que Nubyx había incurrido en actos de engaño al difundir mensajes que supuestamente darían a entender a los consumidores que Nubyx ofrecía un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado. No obstante, tanto la Comisión como la Sala declararon infundado este extremo de la denuncia al considerar que se trataban de frases subjetivas no susceptibles de ser comprobables. Veamos si realmente se realizó un correcto análisis.

Lo primero que se debe realizar es delimitar el mensaje de la campaña publicitaria. En esa línea, la empresa denunciada difundió frases tales como *“la mejor calidad de internet”*, *“descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”*, *“brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”*, y *“la mejor conexión en fibra óptica”*; lógicamente, el mensaje que transmiten dichas afirmaciones es que Nubyx ofrecería el internet con la mejor calidad y conectividad del mercado.

En segundo lugar, se debe analizar si dicho mensaje está sujeto al principio de veracidad que exige el artículo 8° de la LRCO sobre los actos de engaño; es decir, si es de naturaleza objetiva o, por el contrario, son afirmaciones subjetivas. Al respecto, tenemos que lo que se comunica sobre dicho servicio es que ofrecerían la mejor calidad y conectividad, lo que se traduciría finalmente como el mejor internet. Ante ello, cabe preguntarnos si dicha afirmación tiene algún parámetro objetivo y unívoco de comprobación: ¿quién o qué mide la mejor calidad/mejor conexión? ¿la mejor calidad y conexión respecto de qué plan de internet o respecto de qué velocidad específica? Como no se menciona ningún hecho adicional ni tampoco ningún atributo específico que permita objetivizar lo afirmado, únicamente estamos frente a un juicio de valor del anunciante.

Ahora bien, es necesario traer al debate lo indicado por Claro en su escrito de apelación y recogido en el fundamento 90° de la Resolución:

“América Móvil agregó que, si bien la palabra “mejor” es subjetiva, el contexto en el que ha sido usada dicha palabra dota de objetividad al mensaje publicitario. El recurrente señaló que (...) el Osiptel tiene

facultades para medir y verificar la calidad del servicio de internet fijo de banda ancha. Sostuvo que, además, en aplicación del Reglamento de Calidad de Osiptel, dicha entidad realiza el monitoreo de la calidad del servicio de internet fijo, teniendo como criterios de evaluación -entre otros- los niveles de congestión de las redes fijas y el seguimiento continuo del crecimiento del tráfico en la red. Por tanto, a decir del recurrente, la calidad y la conexión del servicio de internet pueden ser medidos con un parámetro objetivo”.

Lo argumentado por Claro es una posición en la doctrina peruana; así, por ejemplo Maguiña y Alex Sosa señalan que *“existen casos en los cuales una frase incluida en un anuncio, aisladamente considerada, puede expresar una apreciación subjetiva del anunciante, pero la interpretación superficial e integral del contexto en el cual ha sido difundida, puede determinar que pase a ser una afirmación objetiva”* (2010, p. 103).

Pese a que me encuentro de acuerdo con lo afirmado por el autor, ello no aplica para el caso analizado. Un supuesto en el que la frase subjetiva *“la mejor calidad”* se dote de naturaleza objetiva sería en el que se Nubyx haya indicado, por ejemplo, un ranking que lo posiciona como el servicio de internet fijo con mejor calidad. En dicho caso, tendría el deber de probar que el ranking citado en su publicidad concluye que su internet es el mejor y que, además, este resultado se logró mediante un método idóneo y apropiado.

Dicho supuesto no sucede en este caso, puesto que Nubyx se ha limitado únicamente a exteriorizar la opinión que la misma empresa tiene de su servicio. De esta forma, aún cuando Osiptel sí tiene establecidos criterios de evaluación de calidad, estos responden a diversos factores, de los cuales ninguno ha sido citado en la publicidad objetada.

Por último, cabe precisar también que finalmente es el consumidor quien interpretará el mensaje recibido, siendo que en este caso al hablarse del internet con *“la mejor calidad”* o *“la mejor conexión”* el consumidor es consciente que finalmente es él, en base a sus preferencias y necesidades, quien definirá el

internet con la mejor calidad, ya sea por el plan específico, por el precio, por la velocidad, por el tipo del lugar en el que se usará y por el nivel de latencias, entre otros. De esta forma, se concluye que las afirmaciones denunciadas por Claro en este extremo responden a juicios estimativos y no son pasibles de configurar actos de engaño, por lo concuerdo con lo resuelto por la Sala en esta oportunidad.

V.3. Segundo problema secundario: ¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía el internet de mayor velocidad?

Continuando con las imputaciones por actos de engaño, Claro también cuestionó que Nubyx dio a entender a los consumidores que contaba con el internet de mayor velocidad cuando ello no sería cierto; sin embargo, tanto la Comisión como la Sala declararon infundado dicho extremo al considerarse que las frases que conformaron el mensaje publicitario no eran de naturaleza objetiva. Veamos.

En primer lugar, las frases difundidas por Nubyx fueron las siguientes: *“internet a la mayor velocidad”, “navega a altas velocidades”, “internet a velocidad luz”, “conexión de internet veloz para tu empresa, incrementa tu productividad con la máxima velocidad de internet”, “internet de alta velocidad, incrementa tu productividad con la máxima velocidad de internet”, “si vivir la verdadera velocidad quieres, usar la fibra óptica de Nubyx debes”*. Pese a que la Sala determinó que todas ellas calificaban como afirmaciones de naturaleza subjetiva, considero que resultaba necesario analizar las frases de manera individual para determinar el mensaje que finalmente transmitían al consumidor y si este es susceptible de ser comprobable.

Como cuestión previa, vale precisar que -contrariamente a lo afirmado por la Sala- la velocidad sí es un atributo medible y comprobable; así por ejemplo, en la industria automotriz, si una marca de carros afirma tener el carro más veloz o con mayor velocidad, el consumidor no va a entender que se trata de un juicio de valor del anunciante, sino de una característica que lo pone por encima de

otras empresas automotrices. Del mismo modo sucede en el sector de las telecomunicaciones, la velocidad es un elemento determinante para que el consumidor tome la decisión de consumo.

Como ejemplo de ello, tenemos que el mismo OSIPTEL (Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones) a lo largo de los años ha lanzado diferentes notas de prensa a través de las cuales comunica la empresa con el internet móvil más veloz del Perú. Así, por ejemplo, en la nota "*OSIPTEL: Conoce cuál fue la empresa operadora con la red de internet móvil más veloz del Perú en junio*"¹ publicada el 20 de julio de 2023, se señaló que "la empresa operadora Claro obtuvo el mejor desempeño en el indicador de velocidad de descarga con 13.00 Mbps, seguida de Entel (11.97 Mbps), Movistar (10.18 Mbps) y Bitel (9.08 Mbps)". En esa misma línea, es este organismo el que ha puesto a disposición de los usuarios la herramienta virtual "*Chequea tu internet móvil*" para que se pueda comparar la velocidad del internet que ofrecen diferentes operadoras.

Ahora bien, después de haber señalado que la velocidad sí es un atributo comprobable, toca analizar el mensaje publicitario a través de las diversas frases empleadas:

- *Internet a la mayor velocidad*: Dado que la velocidad es un atributo comprobable, esta frase pretendería que el consumidor contrate su servicio de internet fijo por ser el de mayor velocidad frente a otros; es decir, estamos ante una frase en tono excluyente.
- *Navega a altas velocidades*: En esta frase, solo se indica que el internet ofrecido por Nubyx ofrece a sus usuarios velocidades en un nivel alto; es decir, se trata de una frase de naturaleza objetiva per se.
- *Internet a la velocidad de la luz*: esta frase, lógicamente, resulta una exageración publicitaria que -en principio- no sería tomada en

¹ <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-conoce-cual-fue-la-empresa-operadora-con-la-red-de-internet-movil-mas-veloz-del-peru-en-junio/>

serio por el consumidor; sin embargo, tal como lo indican Maguiña y Sosa “*la exageración publicitaria será susceptible de inducir a error a los consumidores cuando su núcleo fáctico de verdad no concuerde con la realidad*” (2010, p.107). El núcleo fáctico de esta afirmación sería que cuenta un internet bastante veloz, a tal nivel que se puede exagerar como si fuese la velocidad de la luz.

- *Conexión de internet veloz para tu empresa, incrementa tu productividad con la máxima velocidad de internet:* esta frase indica que cuentan con la máxima velocidad del internet, lo cual -al igual que la primera frase- lo pone en una posición de preeminencia sobre las otras

Según se observa de las frases precedentes, estas -en su mayoría- sí se encuentran sujetas al principio de veracidad, puesto que resultan ser frases de naturaleza objetiva per se o frases en tono excluyente, lo cual fue correctamente señalado por Claro en su denuncia.

En ese sentido, la Sala debió calificarlas como tal y exigir a Nubyx sustentar sus afirmaciones en pruebas que garanticen que, al momento de lanzar la publicidad al mercado, contaban con el internet más rápido del país; lamentablemente, ello no sucedió. Por el contrario, con dicho pronunciamiento de la Sala se abre paso a que los agentes del mercado piensen que pueden usar estas frases de forma indiscriminada, confiando en que Indecopi no los sancionará y finalmente afectando el proceso competitivo, toda vez que no invertirán recursos en mejorar la velocidad del internet para poder usar dicho mensaje publicitario con pruebas que lo avalen.

V.4. Tercer problema secundario: ¿La empresa denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que ofrecía un internet al mejor precio?

Otra conducta imputada como acto de engaño fueron los mensajes que supuestamente darían a entender que Nubyx ofrecía el mejor precio. Como ya hemos dicho, lo primero que se debe hacer es delimitar el mensaje publicitario.

Respecto a este extremo específico, Claro denuncia que a través de la publicidad que contenía la frase "*internet al mejor precio*", Nubyx estaba configurando un acto de engaño, puesto que, a la fecha de dicha comunicación, existían planes de internet fijo a mejor precio por parte de otras operadoras. No obstante, de la publicidad revisada, no se permite concluir que el consumidor tomará dicha frase como si Nubyx ofreciera el plan de internet más barato, puesto que para ello hubiese sido necesario que la operadora adicione información que permitan al consumidor comparar por sí mismo si estaba ante el precio más bajo.

Por el contrario, la frase "*internet al mejor precio*" tiene naturaleza subjetiva, pues invita a cada consumidor a emitir juicio estimativo sobre si el plan de internet ofrecido resulta tener el mejor precio para él. De esta forma, lo que puede significar el mejor precio para mí, no necesariamente puede significar el mejor precio para otro consumidor.

Pongamos un ejemplo: si yo busco un internet que me ofrezca velocidad de descarga de hasta 20 Mbps, podría decir que el plan que me ofrece la operadora A a S/100 es el mejor precio para mí, puesto que la operadora B me ofrece internet a S/80, pero solo hasta 15 Mbps; en dicho caso, aún cuando pague s/20 menos con la operadora B, no tendría la velocidad y la calidad de internet que estaba buscando. Por el contrario, otro consumidor podría concluir que, de acuerdo a sus necesidades y preferencias, el plan ofrecido por la operadora B de 15 Mbps tiene el mejor precio para él, pues no necesita mayor velocidad ni gastar dinero adicional.

Sin perjuicio de ello, coincido con Claro en que en algunos contextos dicha frase podría significar un mensaje objetivo; sin embargo, para ello necesitaríamos que la publicidad ofrezca mayor información que vuelvan comprobable dicho con otros precios del mercado.

En este punto, cabe recordar que en el año 2010 la Sala también resolvió un caso similar en el que una marca de pasta dental difundió la frase “*La mejor marca, al mejor precio*”. A través de la Resolución N°2337-2010/SC1-INDECOPI, la Sala indicó que el mejor precio “*no puede ser entendido únicamente como el precio más bajo, como sugiere el denunciante. Un buen precio va atado a la percepción y capacidad adquisitiva del consumidor y no necesariamente debe tenerse por buen precio un precio barato*” (fundamento 40). En dicha oportunidad, no solo indicó que dicha afirmación era de naturaleza subjetiva, sino que además, en tanto dicha frase iba acompañada de “*la mejor calidad*”, se entendía que era proporcional a los atributos y prestigio de la marca, lo cual queda en la esfera subjetiva de cada consumidor. En ese sentido, me encuentro de acuerdo con la decisión de la Sala.

V.5. Cuarto problema jurídico: ¿La empresa denunciada cometió actos de denigración al difundir publicidad que habría dado a entender a los consumidores que el internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes y sería una opción del pasado?

La cuarta conducta imputada fue la supuesta comisión de actos denigratorios al difundir un comunicado en el que se afirmaba lo siguiente:

“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con Cable Coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de clientes siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el servicio de internet, un servicio muy importante en estos momentos, ya que cuenta con mayor latencia (lentitud) e inestabilidad. Actualmente este tipo de servicio ya es una “opción del pasado.”

Cabe indicar que la Sala analizó en primer lugar si estas afirmaciones configuraban un acto de engaño; sin embargo, en tanto hacían referencia a la oferta de otro competidor y no a la propia ofrecida por Nubyx, no encajaba en dicho supuesto.

Ahora bien, continuando con la discusión acerca de la supuesta comisión de actos de denigración, la primera instancia resolvió declarar infundado este extremo toda vez que consideró que no hubo alusión inequívoca hacia Claro. No obstante, en su escrito de apelación, Claro argumentó que, al ser uno de los principales operadores que brinda el servicio de internet HFC, la alusión era evidente. Como se observa, la discusión del presente problema jurídico se centra en determinar si hubo alusión inequívoca hacia uno de sus competidores que pudiese haber configurado actos de denigración. Veamos.

Es evidente, en primer lugar, que en dicho comunicado no se está hablando directamente de un agente del mercado, sino de un tipo de servicio ofrecido: el internet con tecnología HFC; por lo tanto, no estamos ante el primer supuesto de alusión directa. Sin perjuicio de lo anterior, ahora se debe analizar si se produjo una alusión indirecta inequívoca que permitiese que los consumidores identificaran claramente a quién se refería Nubyx.

Como se ha visto, existen circunstancias que permiten que los consumidores o una buena parte del público receptor pueda identificar de quién se está hablando sin necesidad que este, o estos, en caso tratarse de más de un agente del mercado, sean mencionados a través de sus nombres o sus signos distintivos. Una de estas circunstancias es la estructura de mercado en sectores altamente concentrados, pues son pocos competidores con poder de mercado que sería fácil asumir que un consumidor pueda deducir sobre quién se está hablando en la publicidad.

Precisamente, en este caso la Sala determina que por estructura del mercado sí se habría configurado el supuesto de alusión indirecta inequívoca en base a los siguientes puntos:

- El comunicado que contenía los supuestos mensajes denigratorios fue difundido en Arequipa, ciudad en la que, a la fecha de difusión, solo dos competidores ofrecían el servicio de internet HFC.
- El mercado de internet HFC en Arequipa estaba compuesto por las empresas Telefónica del Perú S.A.A. (61%) y por la empresa denunciante (39%). Entonces, si bien Telefónica era el operador con posición dominante en el mercado, Claro también era una empresa importante en la oferta de dicho servicio.
- En base a los dos puntos anteriores, sumado a la intensidad del mensajes y la comparación que se realiza con el internet fibra óptica que ofrecía Nubyx, se puede concluir que sí existía una alusión indirecta inequívoca hacía Telefónica y Claro.

Pese a que comparto la posición doctrinal y jurisprudencial que indica que la estructura de mercado es un factor que influye en los consumidores a la hora de reconocer de qué competidor se está hablando en la publicidad, no considero que dicho supuesto se haya configurado en el caso bajo análisis. Veamos.

Es correcto señalar que históricamente, el mercado de telecomunicaciones ha sido un sector altamente regulado y concentrado en Perú; sin embargo, también se debe tener en cuenta que este es un mercado altamente técnico, por lo que - a diferencia de otros mercados como puede ser el sector de supermercados o de bebidas alcohólicas- no cualquier referencia va a ser entendida por los consumidores como una alusión inequívoca, puesto que no necesariamente va a producir una reacción inmediata en el receptor, más aún si se tiene presente que la publicidad debe ser evaluada de forma integral y superficial.

Precisamente, la naturaleza superficial del análisis publicitario es la que indica que no se puede forzar la interpretación ni suponer que el consumidor hará mayores esfuerzos para interpretarla. En este caso específico, la Sala argumenta que sí existió una alusión inequívoca indirecta porque en la publicidad denunciada se está hablando del internet con tecnología HFC, servicio que

únicamente ofrecen las empresas Telefónica y Claro en la ciudad en la que se difundió dicho comunicado.

Ante el argumento de la Sala, corresponde preguntarnos: ¿el consumidor realmente conoce qué tipo de internet o qué tipo de tecnología ofrece cada empresa operadora? ¿o es este un dato altamente técnico y especializado que no necesariamente está en la mente del consumidor y, por ende, no provoca una reacción inmediata?

En el anuncio cuestionado no se está hablando del servicio de internet en general, sino de un tipo de internet específico que, según se indica en el comunicado, es “*usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios*”, lo cual incluso da a entender que dicho internet sería ofrecido por todos o, al menos, por la mayoría de operadoras del país. Tal como ya se había indicado en el acápite V.1.2., Anxo Tato indica que será una alusión inequívoca cuando nos encontremos, por ejemplo, en un duopolio y esto sea conocido por el público (1996, pp 29-30); es decir, que no solo es necesario que exista un duopolio, sino además que esto debe ser conocido por el público. Sin embargo, no considero que podamos concluir que los consumidores en general tengan conocimiento de que en la ciudad de Arequipa el internet HFC solo era ofrecido por dos empresas, más aún cuando el comunicado no lo da entender en ninguna parte; ni tampoco asumir que en la ciudad de Arequipa se asocia el internet HFC con Claro de forma fácil.

Con ello no pretendo indicar que cualquier tipo de afirmación sobre los servicios de telecomunicaciones no podrán configurar alusiones inequívocas por el contenido técnico y/o especializado, sino que estas afirmaciones deben hacer referencia a atributos y/o información que sea de fácil conocimiento o asociación para el público.

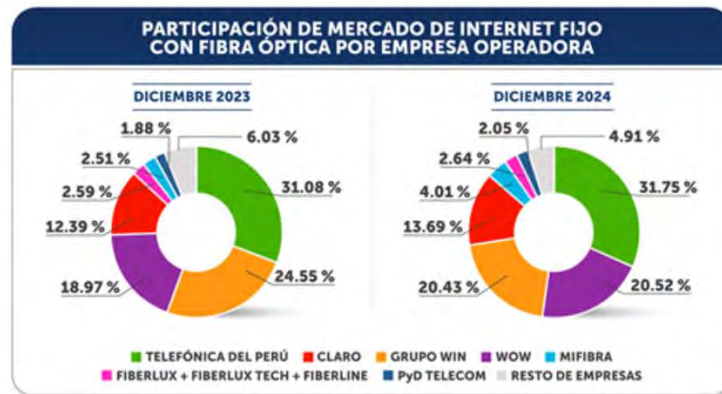
Sin perjuicio de que se ha afirmado que no hubo alusión inequívoca en este caso, y, por lo tanto, no se configuraron los actos de denigración denunciados, hay que tener presente que la Sala indicó que, entre los elementos adicionales que configuraron la alusión inequívoca, estaba la “*exaltación*” del servicio ofrecido

por Nubyx: el internet de fibra óptica; sin embargo, la fibra óptica no es un servicio propio o exclusivo de la Denunciada, sino que también es un tipo de internet ofrecido por el mismo Claro, por lo que no queda duda que las afirmaciones sobre dicho servicio también exaltaban indirectamente la oferta de Claro respecto de ese tipo de internet específico.

En esa línea, hasta el día de hoy, Claro también publicita a su favor la contratación de fibra óptica como uno de los mejores tipos de internet fijo que existen en la actualidad a comparación de otros; por lo que eso también es un indicador que Nubyx no hizo alusión a Claro, ni a otro competidor, al mencionar que el internet HFC es una opción del pasado que ya no satisfacía a los consumidores, sino que comparó dos tipos de tecnologías, en la que únicamente solo ofrece una de ellas.

En esa misma línea, recordemos que el objeto de protección de los actos denigratorios no es propiamente preservar la reputación de un agente del mercado, sino evitar que las preferencias del consumidor se distorsionen de manera injustificada y en contra de la leal competencia. No obstante, resulta curioso ver que, pese a que dicho comunicado fue denunciado en el año 2020, para el año 2024 Claro se posicionó como uno de los agentes con mayor posición de mercado en el servicio de internet de fibra óptica en Arequipa y en el país:

- A nivel nacional, Claro aumentó porcentualmente su participación de mercado de internet fijo con fibra óptica del 2023 a 2024, posicionándose como uno de las 4 teleoperadoras con más presencia en el país:



Fuente: PUNKU-OSIPTEL (fecha de corte: 13/02/2025)
 Grupo Win incluye información de Wi-net Telecom S. A. C. y Win Empresas S. A. C.
 MiFibra incluye información de Cala Servicios Integrales S. A. C., BSCP Servicios S. A. C. y Fibra Magic S. A. C. para el 2023;
 siendo que para el 2024 la información solo corresponde a Cala Servicios Integrales S.A.C. debido a la fusión realizada entre
 las empresas del Grupo en noviembre de 2024.

Fuente: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/peru-registro-mas-de-4-millones-de-conexiones-de-internet-fijo-al-cierre-de-2024/>

- Adicionalmente, en la región de Arequipa durante el 2024, Claro dominó el mercado de fibra óptica con el 37.62%.²

En base a lo anterior, se puede observar que actualmente Claro tiene posición dominante en el mercado de internet fijo de fibra óptica en el departamento de Arequipa, por lo que dicho mensaje también podría favorecer la contratación de uno de sus servicios. Así, a modo de resumen, considero que no existió alusión indirecta inequívoca hacia Claro, pues el mensaje de la publicidad contenía afirmaciones que, por su contenido, no necesariamente permitían que el consumidor relacione de forma fácil o inmediata a Claro con el internet de HFC.

V.6. Quinto problema jurídico: ¿La empresa denunciada vulneró el principio de legalidad al no consignar el precio de instalación de su servicio en la publicidad difundida?

Claro denunció que Nubyx no incluyó el costo de instalación del servicio de internet en el precio publicitado; sin embargo, la Comisión señaló que dicho servicio se encontraba sujeto a factibilidad técnica, por lo que su precio era variable. En ese sentido, al no tratarse de un monto fijo, no era exigible en el anuncio publicitario. A su turno, la Sala indicó que, por el contrario, el precio de instalación es un monto indispensable que debe ser publicitado cuando se anuncia el precio.

² Fuente: <https://aptcperu.org/2024/09/05/que-isp-lidera-mercado-de-fibra-optica-en-14-regiones-del-peru-segun-osiptel/>

La posición adoptada por la Sala en la Resolución es correcta, en tanto a través de sus descargos fue la misma Denunciada la que admitió que el precio de instalación era un monto fijo. Inclusive, en el supuesto en el que ello no hubiese sido admitido por Nubyx, el precio de instalación es un precio único inicial y fijo que cobran las empresas de internet para instalar dicho servicio. Lógicamente, dicho servicio resulta indispensable toda vez que, de otro modo, los consumidores no podrían hacer uso del internet contratado al implicar un servicio técnico especializado.

Dicho servicio, al ser parte indispensable del contrato de internet, debe ser conocido por el público general para evaluar cuál oferta es la que le conviene, puesto que una omisión de dicho monto podría generar que las preferencias del consumidor se vean erróneamente influenciadas. No solo ello, sino que dicha omisión generaría que las empresas ofertantes del servicio de internet no se esfuercen en generar mayores beneficios para los consumidores a la hora de hacer atractiva su publicidad, tal como "*la instalación gratis*" que normalmente forma parte de las promociones de los anunciantes. De esta forma, si se ignorara esta obligación, las empresas serían poco transparentes y poco eficientes al momento de crear mejores condiciones para sus potenciales clientes.

VI. PROBLEMA COMPLEMENTARIO

Adicionalmente al problema principal y a los problemas secundarios que nos ayudan a responder el primero, la Resolución analizada también nos invita a plantear el siguiente problema complementario:

VI.1. Problema complementario: ¿se imputó correctamente actos de competencia desleal en la modalidad de engaño o, por el contrario, debió imputarse actos de comparación indebida?

En el acápite V.1.2 se ha desarrollado el concepto de actos denigratorios tanto a nivel normativo, como jurisprudencial y doctrinario, toda vez que esta fue la modalidad imputada por la Secretaría Técnica de la Comisión en primera instancia. No obstante, como se adelantó líneas arriba, los actos denigratorios comparten algunos elementos con los actos de comparación y equiparación indebida también recogidos en la misma norma. Veamos.

El artículo 12 de la LRCD desarrolla, en un mismo artículo, dos modalidades susceptibles de configurar infracciones a la leal competencia: i) la comparación indebida y ii) la equiparación indebida. Para responder a la pregunta planteada en este problema complementario, este apartado se centrará en la comparación indebida. Así, la norma señala lo siguiente:

“Artículo 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.-

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta

propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal”.

Tal como se puede observar del artículo citado, los actos de comparación consisten en que el anunciante presenta su propia oferta y la compara con la oferta de un tercero, por lo que resulta necesario que exista una alusión inequívoca directa o indirecta hacia este agente del mercado. Entonces, hasta aquí, ¿en qué se parecen los actos de denigración y los actos de comparación?

En este punto es fácil concluir que ambas modalidades mencionan la oferta de un tercero y, por lo tanto, para la configuración de ambos se necesita una alusión inequívoca directa o indirecta. Ahora bien, si ambos comparten dichas características, ¿qué es lo que los diferencia?

En primer lugar, si recordamos la definición de actos denigratorios contenida en el artículo 11° de la LRCD, estos tienen como objetivo (real o potencial) menoscabar la imagen o reputación de un agente del mercado. Dicho accionar es, en principio, ilícito, a menos que las afirmaciones contuviesen información verdadera, exacta y/o impertinente.

Por su parte, de la lectura del artículo 12°, se observa que el fin de dicha conducta es comparar ambas ofertas, por lo que se requiere que además de la alusión a la oferta de otro agente, también se presenten las ventajas del servicio o producto propio del anunciante. De igual forma, estos actos, en principio, se asumen como lícitos a menos que la información brindada no cumpla con las características de veracidad, exactitud y pertinencia.

De ambas definiciones, se puede deducir que los actos de comparación no son meras alusiones a un competidor, sino una comparación entre ambas ofertas, por lo que no se debe confundir ambos tipos ante el simple hecho de

encontrarnos ante una alusión de un tercero. Coincido con la posición de Alex Sosa al indicar que *“cuando en el anuncio se aluda la oferta de otro agente económico con el objeto de mostrar las ventajas de la oferta del anunciante estaremos siempre frente a un anuncio comparativo, así contenga elementos que menos caben la reputación comercial del agente aludido. Si existe contraposición de ofertas de ninguna manera podríamos estar frente a un acto de denigración”*. (2018, p.34)

De esta forma, siempre que estemos ante un anuncio en el que se expongan ambas ofertas, será un acto de comparación. Entonces, sin perjuicio de que en acápite anteriores se haya determinado que no existió alusión inequívoca indirecta por estructura del mercado, considero que en este caso se debió imputar la comisión de actos de comparación, puesto que aunque se señale que el internet HFC ya no satisfacía a sus clientes por ser una opción del pasado, es el mismo anuncio el que señala a el anunciante ofrece una *“solución moderna”*, configurando un claro ejemplo de actos de comparación de ofertas.

VII. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

Habiendo realizado el análisis de los problemas jurídicos identificados en la Resolución, se procederá a señalar las principales conclusiones que se han obtenido del presente trabajo.

1. La LRCD es la normativa aplicable a aquellas controversias que se generan cuando agentes del mercado realizan conductas contrarias a la buena y leal competencia a través de publicidad. Esta norma sanciona, entre otras infracciones, los actos de engaño, actos de denigración y violación al principio de legalidad; los cuales han sido los temas abordados por la Resolución 0068-2023/SDC-INDECOPI en un caso de competencia desleal en el sector de telecomunicaciones.
2. En la Resolución objeto de análisis, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia analiza, como primera imputación, la presunta comisión de actos de engaño por parte de Nubyx al presuntamente haber comunicado que ofrecían el internet con la mejor calidad y conexión.

Como se ha indicado a lo largo de este trabajo, los actos de engaño son aquellos que inducen a error a los consumidores sobre la naturaleza del servicio ofrecido por el anunciante; no obstante, únicamente son susceptibles de inducir a error aquellas afirmaciones de naturaleza objetiva; es decir, información que puede ser comprobable a través de un parámetro objetivo e inequívoco.

En atención a este concepto normativo y en base a la doctrina expuesta en los acápites correspondientes, se ha concluido que aquellos mensajes publicitarios en los que la empresa denunciada habría dado a entender que ofrecí el internet con la *“mejor calidad y conexión”* no tiene la capacidad de configurar actos de engaño, en tanto dicha afirmación no es comprobable.

Si bien es cierto que en el mercado de telecomunicaciones existen parámetros de calidad que sirven para medir ciertas cualidades del servicio de internet (e.g. nivel de velocidad, latencias, nivel de congestión), ninguno de estos criterios fue invocado en la publicidad.

3. Respecto al segundo problema jurídico secundario, en el cual se analizó si la denunciada cometió actos de engaño al difundir publicidad que daría a entender que Nubyx ofrecía el internet con la mayor velocidad, se ha concluido que dichos mensajes contenían afirmaciones tanto de naturaleza subjetiva (*“internet a la velocidad de la luz”*) como objetiva (*“Internet a la mayor velocidad”*).

Lógicamente, la Sala debió sancionar por aquellas afirmaciones de naturaleza objetiva; no obstante, determinó que la velocidad era un atributo que no se podía medir, pese a que es el mismo OSIPTEL quien en los últimos años ha publicado notas de prensa en las cuales suele comunicar qué empresa ha ofrecido el internet más rápido del año (e.g. *“OSIPTEL: Conoce cuál fue la empresa operadora con la red de internet móvil más veloz del Perú en junio”*³ del 2023). Inclusive, OSIPTEL ha puesto a disposición de los consumidores una aplicación web en la se puede medir y comparar las velocidades de los diferentes servicios de internet ofertados. Siendo ello así, correspondía que Nubyx cumpla con el deber de sustentación previa y muestre las pruebas que acreditaban su preeminencia en el mercado en relación a la velocidad.

4. Respecto al tercer problema jurídico secundario, en el cual se dilucidó si Nubyx había cometido actos de engaño por difundir que ofrecían el internet al mejor precio, se concluyó que dicha frase es una afirmación de naturaleza subjetiva, toda vez que su apreciación depende de cada consumidor en base a sus preferencias y a su capacidad adquisitiva.

³ <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-conoce-cual-fue-la-empresa-operadora-con-la-red-de-internet-movil-mas-veloz-del-peru-en-junio/>

Como consecuencia de ello, pese a que Claro indicó que tal frase daría a entender que cuentan con los precios más bajos, lo cual calificaría como una frase objetiva en todo excluyente, la verdad es que “*el mejor precio*” no puede ni debe ser tomado como “*el precio más bajo*”, puesto que no son frases que indican lo mismo; por el contrario, “*el mejor precio*” es una apreciación del anunciante que invita al consumidor a determinar si la oferta dada es la mejor para él en base a lo que busca.

5. Respecto al cuarto problema jurídico en el cual se analizó si se había configurado actos denigratorios por el comunicado difundido por Nubyx que indicaba que el internet con HFC, el cual era ofrecido por Claro, no satisfacía a los usuarios y que era una opción del pasado, se llegó a la conclusión que la denunciada no cometió ninguna infracción contra la buena y leal competencia, en tanto no existió alusión inequívoca directa o indirecta.

Si bien es cierto que la jurisprudencia y la doctrina han establecido que la estructura de mercado muchas veces permite que los consumidores identifiquen al agente económico al cual se está haciendo referencia en la publicidad, lo cierto es que en este caso específico la Sala comete un error al señalar que, como dicho comunicado fue difundido en Arequipa, los consumidores tenían conocimiento de que solo dos agentes del mercado ofrecían dicho servicio de internet. No obstante, no es correcto suponer que, ante la divulgación de dicha información técnica y especializada, la mayoría de los consumidores lo relacione con Claro de manera fácil o inmediata.

6. Respecto al quinto problema jurídico, se está de acuerdo con la Sala al revocar la resolución de primera instancia que indicó que Nubyx no había cometido violación del Principio de Legalidad. En esa línea, correspondía sancionar a la empresa denunciada por no incluir la tarifa de instalación del servicio de internet en el precio total, puesto que este sí califica -sin lugar a dudas- un servicio indispensable para acceder al servicio principal.

7. Respecto al problema complementario, en el presente trabajo se plantea que, en el extremo correspondiente a actos de denigración, lo correcto era imputar por actos de comparación indebida. Ambas modalidades son publicidad alusiva e inclusive en ambas puede advertirse la presencia de frases presuntamente denigratorias; sin embargo, la diferencia radica en que, en los actos de comparación indebida hay un complemento adicional: la referencia a la propia oferta, resaltando sus cualidades sobre la oferta de otros competidores.

En este caso, incluso la Sala reconoce que, en el comunicado cuestionado, Nubyx resalta el servicio de internet que ofrece; por lo que, se estaría comparando ambas ofertas.

8. En base al análisis de los problemas secundarios previamente enunciados, la respuesta al problema principal es que la empresa denunciada sí cometió actos de competencia desleal, pero no en todos los extremos imputados. Al respecto, Nubyx debió ser sancionada por cometer i) actos de engaño, pero únicamente por comunicar que ofrecía el internet con la mayor velocidad y ii) actos de violación del principio de legalidad por no incluir el servicio de instalación en el precio total; sin embargo, no debió ser sancionada por actos de denigración, toda vez que no se configuró una alusión inequívoca indirecta hacia Claro.

BIBLIOGRAFÍA

I. Bibliografía

Álvarez Miranda, E. (2014). El modelo económico de la Constitución Peruana. IUS, (48), pp. 256–269.

Aramayo Baella, A. (2019). Serie Módulos Instruccionales – Competencia Desleal. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (INDECOPI)

Bercovitz Rodríguez-Cano, A. (2012): Apuntes de Derecho Mercantil: Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp.367-434.

Decreto Legislativo N° 1044 – Decreto que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Diario Oficial El Peruano, 26 de junio de 2008.

Guzmán Napuri, Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044.

Indecopi (2010). Resolución N° 2337-2010/SC1-INDECOPI. Lima: Indecopi

Indecopi (2013). Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Colección pro el vigésimo Aniversario del Indecopi.

Indecopi (2014). Resolución N° 0083-2014/SDC-INDECOPI. Lima: Indecopi.

Indecopi (2019). Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial. Lima: Indecopi.

Ley N° 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Diario Oficial El Peruano, 2 de septiembre de 2010.

Maguiña, R. & Sosa. (2010). «El mejor del Perú»: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja usted. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, 6(10), pp. 93-116.
<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/78/76>

PAZOS, J. M.(2023). Derecho de la publicidad. LIMA. Fondo Editorial PUCP.

Perú. (1993). Constitución Política del Perú [versión oficial].
<https://www.gob.pe/institucion/presidencia/normas-legales/301199-constitucion-politica-del-peru>

Rodríguez García, G. M., & Sosa Huapaya, A. E. (2014). Con licencia para anunciar: Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú. Lima: THĒMIS.

Tato Plaza, A (1996) La publicidad comparativa, (Madrid: Marcial Pons,), pp. 29-30.

Sosa Huapaya, A. (2018) Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. Foro Jurídico, (17), 21-46. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22137>.

Stucchi, P. (2007) La denigración o el descrédito sobre la imagen comercial ajena como acto de Competencia Desleal y como Acto Contrario a la Regulación Publicitaria. Derecho & Sociedad, (28), 162-173. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17216>

Zegarra, Álvaro (2017). El ámbito objetivo de la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, con especial referencia a la llamada “competencia prohibida”. Themis (72), pp.59-85.

ANEXOS





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

DENUNCIANTE : AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

DENUNCIADO : FIBERLUX S.A.C.¹

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
ACTOS DE ENGAÑO
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
DENIGRACIÓN
NULIDAD
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: Se **CONFIRMA** la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que declaró **FUNDADA** la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a que: (i) difundió publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; y, (ii) difundió publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto.

En ambos casos, el fundamento de esta decisión es que la empresa imputada no ha presentado medios probatorios, constituidos con anterioridad a la difusión de cada uno de los anuncios, que acrediten la veracidad de dichas afirmaciones.

*Por otro lado, se CONFIRMA la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que declaró **INFUNDADA** la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a las afirmaciones indicadas en el cuarto punto resolutivo de la presente resolución.*

¹ Identificada con Registro Único de Contribuyentes (RUC) 20557425889.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

La razón es que las afirmaciones imputadas en este extremo carecen de un parámetro de medición, pues constituyen afirmaciones subjetivas cuya difusión no califica como actos de engaño que induzcan a error a los consumidores. Además, en el caso de la pieza publicitaria que presuntamente daría a entender que el servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, esta no corresponde a un mensaje publicitario sobre algún aspecto o característica del servicio ofrecido por la imputada, por lo que tampoco se configura un acto de engaño.

De otro lado, se REVOCA la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que declaró INFUNDADA la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración, supuesto previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que habría difundido un mensaje a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada) que menoscabaría la imagen, crédito, fama, prestigio y reputación de la denunciante; y, reformándola, se declara FUNDADA dicha imputación.

En el presente caso, de una revisión superficial e integral de la publicidad en la comunicación en mención, difundida por la empresa denunciada en el condominio ubicado en la "Urb. El Rosario II", ciudad de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa, se advierte que existe una alusión inequívoca a la oferta de América Móvil Perú S.A.C., resaltando que su servicio de internet con la tecnología Híbrido de Fibra Coaxial no sería capaz de satisfacer los requerimientos de los usuarios, por lo que se trataría de una tecnología obsoleta. Asimismo, la imputada no ha probado la veracidad del mensaje infractor.

Por otro lado, se REVOCA la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 que declaró INFUNDADA la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por infracción al principio de legalidad, supuesto previsto en el literal b) del artículo 17.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que habría omitido presentar en su publicidad en la que ofrece un plan de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, a través de su página web e Instagram, el precio total del servicio, en tanto que no habría incluido los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación); y, reformándola, se declara FUNDADA dicha imputación.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

2/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

El fundamento es que el costo de instalación es un cargo fijo indesligable que los consumidores deben pagar para acceder al servicio de internet fijo, por lo cual era necesario que, al consignar el precio del servicio, la empresa imputada también consigne dicho costo en su publicidad; sin embargo, ello no ocurrió.

Por otro lado, se declara la NULIDAD PARCIAL de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo referido a la graduación de la sanción aplicable y, en aplicación del artículo 227 del del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, se IMPONE a Fiberlux S.A.C. las multas ascendentes a:

- (i) 3 Unidades Impositivas Tributarias por actos de denigración, al menoscabar la imagen, crédito, fama, prestigio o reputación de la denunciante;**
- (ii) 2 Unidades Impositivas Tributarias por actos de engaño, al afirmar que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto;**
- (iii) 12.29 Unidades Impositivas Tributarias por actos de engaño, al afirmar que Nubyx ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; y,**
- (iv) 2.5 Unidades Impositivas Tributarias por haber omitido presentar el precio total del servicio en su publicidad a través de su página web e Instagram, en las que ofrece planes de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps.**

No obstante, dado que las infracciones indicadas en los literales (i) y (ii) fueron difundidas a través del mismo soporte publicitario, se ha verificado la existencia de un concurso ideal de infracciones (una misma conducta generó la difusión de dos actos de competencia desleal), por lo que corresponde imponer a Fiberlux S.A.C. la sanción de la infracción más grave, la cual asciende a 3 (tres) Unidades Impositivas Tributarias.

Finalmente, la suma de las sanciones aplicables a Fiberlux S.A.C. por las infracciones indicadas en los literales (i), (iii) y (iv) no superan el doble la sanción aplicable a la infracción más grave cometida por dicha empresa, conforme al concurso real de infracciones.

SANCIONES:

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

3/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- **12.29 UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS por actos de engaño.**
- **3 UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS por actos de denigración.**
- **2.5 UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS por infracción al principio de legalidad.**

Lima, 6 de junio de 2023

I. ANTECEDENTES

1. El 7 de setiembre de 2020², América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) denunció a Fiberlux S.A.C. (en adelante, Nubyx) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la **modalidad de engaño, denigración e infracción del principio de legalidad**, conductas tipificadas en los artículos 8, 11 y el literal b) del numeral 3 del artículo 17 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal). Al respecto, América Móvil sustentó su denuncia en los siguientes hechos:
 - (i) Nubyx ha difundido mensajes engañosos en una campaña publicitaria realizada a través de su página web y redes sociales para promover la contratación de su servicio de internet con la tecnología de fibra óptica.
 - (ii) El primer mensaje engañoso difundido por Nubyx consiste en ofrecer un internet libre de interferencias, interrupciones y latencias, pese a que tanto el Ministerio de Transportes y Comunicaciones como el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) han reconocido que el servicio de fibra óptica puede tener incidencias que afectan la calidad del servicio.
 - (iii) El segundo mensaje engañoso difundido por Nubyx consiste en presentar su internet como el más veloz del mercado, pese a que hay otros competidores que ofrecen planes de mayor velocidad.
 - (iv) El tercer mensaje engañoso difundido por Nubyx consiste en transmitir a los consumidores que su servicio de internet contaría con la mejor calidad y conectividad; sin embargo, el uso de la tecnología de fibra óptica no

² Complementado el 14 de octubre de 2020.
M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

garantiza la mejor calidad respecto de otros servicios de internet disponibles en el mercado.

- (v) El cuarto mensaje engañoso difundido por Nubyx consiste en presentar su servicio de internet como el que tiene el mejor precio del mercado, pese a que existen otros planes de sus competidores con precios iguales o incluso más bajos.
- (vi) El quinto mensaje engañoso difundido por Nubyx se trata del ofrecimiento de un plan de hasta 1000 Mbps sin que este plan se encuentre realmente disponible al público, como se aprecia en su página web.
- (vii) En la propuesta comercial personalizada denominada “Propuesta Solución Nubyx Residencial Urb. El Rosario II” (en adelante, la propuesta comercial personalizada), Nubyx ha indicado lo siguiente:

“NUBYX es la primera empresa a Nivel Nacional en ofrecer un Servicio Residencial 100% Fibra Óptica de punto a punto, desde nuestra central hasta el interior del hogar, a través de nuestra Unidad de Negocio NUBYX.”

“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet (...) Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.”

- (viii) Nubyx ha transmitido un mensaje engañoso a los consumidores al indicar que es el primer operador en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica, cuando ello no resulta cierto, pues otros competidores ofrecen este servicio desde antes que Nubyx.
- (ix) Otro mensaje engañoso de la referida propuesta difundida por Nubyx consiste en la indicación de que los clientes se encontrarían insatisfechos y perjudicados con la tecnología Híbrido de Fibra Coaxial (en adelante, HFC), pese a que Nubyx no tiene pruebas de ello.
- (x) El hecho de que Nubyx haya señalado que el HFC no satisface los requerimientos de los clientes y que sería “una opción del pasado” constituye un acto de denigración, pues menoscaba su imagen como uno de los competidores que brinda este tipo de servicio.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



- (xi) Nubyx ha incumplido su obligación legal de consignar el costo de instalación de sus planes de internet en la publicidad difundida en su página web y redes sociales, lo cual resulta imprescindible para que los consumidores puedan tomar una adecuada decisión de consumo.
2. A través de la Resolución s/n de fecha 16 de octubre de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión) admitió a trámite la denuncia presentada por América Móvil e imputó cargos a Nubyx³.
3. Por Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión modificó la imputación de cargos realizada contra Nubyx, de acuerdo con lo siguiente:

³ En aquella oportunidad, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó los siguientes cargos a Nubyx:

- (i) Presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría difundiendo una campaña publicitaria a través de diferentes medios de comunicación (*Instagram, Facebook*, página web y comunicado) en la que daría a entender a los consumidores que:
- a) Ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - b) Ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - c) Ofrecería un internet con la mayor velocidad del mercado, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - d) Ofrecería un internet al mejor precio, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - e) Ofrecería un plan de 1000Mbps cuya disponibilidad no podría ser verificada.
 - f) Sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.
 - g) El servicio de internet con híbrido de fibra coaxial no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.
- (ii) Presunta comisión de actos de denigración, supuesto previsto en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que vendría difundiendo un mensaje a través de un comunicado (propuesta personalizada) que menoscabaría la imagen, crédito, fama, prestigio y reputación de la denunciante. En particular, por las siguientes afirmaciones:
- “El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet (...) Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.”*
- (iii) Presunta infracción del principio de legalidad, supuesto previsto en el literal b) del artículo 17.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que habría omitido presentar en su publicidad en la que ofrece un plan de internet de 100bps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, a través de su página web e Instagram, el precio total del servicio, en tanto que no habría incluido los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).

- (i) Presunta comisión de actos de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴, debido a que:
- 1) Habría difundido publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - 2) Habría difundido una campaña publicitaria, a través de Instagram y Facebook, en la que indicaría las siguientes afirmaciones respecto a su servicio de internet fijo con fibra óptica: (i) *“la mejor calidad de internet”*; (ii) *“con esta conexión en tu empresa, todos alientan a la sele a un #NubyxNivel”*; (iii) *“Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”*; (iv) *“No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad”*; (v) *“Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”*; y, (vi) *“La mejor conexión en fibra óptica”*; en las que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando ello no sería cierto.
 - 3) Habría difundido una campaña publicitaria, a través de su página web, LinkedIn, Instagram y Facebook, en la que indicaría las siguientes afirmaciones respecto a su servicio de internet fijo con fibra óptica: (i) *“Internet a la mayor velocidad”*; (ii) *“Navega a altas velocidades”*; (iii) *“Internet a velocidad luz”*; (iv) *“¿Cansado de usar una conexión que retrasa tus actividades? ¡Cámbiate a Nubyx!”*; (v) *“Conexión de internet veloz para tu empresa. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet”*; (vi) *“Internet de alta velocidad. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet”*; (vii) *“Si vivir la verdadera velocidad quieres, usar la fibra óptica de Nubyx debes”*; dando a entender a los consumidores que ofrecería el internet de mayor velocidad, cuando en realidad ello no

4

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**Artículo 8.- Actos de engaño. -**

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

7/115



sería cierto, en la medida que América Móvil y Movistar ofrecerían planes de igual o mayor velocidad.

- 4) Habría difundido publicidad, a través de Instagram, en la que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet al mejor precio, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - 5) Habría difundido publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daría a entender a los consumidores que ofrecería un plan de 1000Mbps, cuya disponibilidad no podría ser verificada.
 - 6) Habría difundido publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daría a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.
 - 7) Habría difundido publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daría a entender a los consumidores que el servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.
- (ii) Presunta comisión de actos de denigración, supuesto previsto en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵, en la medida que vendría difundiendo un mensaje a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada) que menoscabaría la imagen, crédito, fama, prestigio y reputación de la denunciante. En particular por las siguientes afirmaciones:

⁵

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 11.- Actos de denigración. -

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no trasmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet (...) Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.”

- (iii) Presunta infracción al principio de legalidad, supuesto previsto en el literal b) del artículo 17.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶, en la medida que habría omitido presentar en su publicidad a través de su página web e Instagram, en las que ofrece un plan de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, el precio total del servicio, en tanto que no habría incluido los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).

4. El 21 de julio de 2021, Nubyx presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:

Respecto de la primera, tercera, quinta, sexta y séptima imputación por actos de engaño

- (i) Las presuntas conductas infractoras fueron subsanadas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, ya que retiró las piezas publicitarias materia de imputación de su página web y redes sociales. Por ende, se le debe aplicar el eximente de responsabilidad contemplado en el literal f) del artículo 257.1 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG)⁷.

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad. -

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

(...)

b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;

(...)

⁷ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 257.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

- (ii) En el supuesto de que la autoridad decida no aplicar el eximente de responsabilidad antes mencionado, formula su allanamiento y reconocimiento respecto de dichas imputaciones, por lo que la sanción debe ser reducida a una amonestación.

Respecto de la segunda imputación por actos de engaño

- (iii) Con relación a las siguientes afirmaciones contenidas en la conducta imputada, se debe considerar que estas tienen naturaleza subjetiva y por ende no son pasibles de configurar un acto de engaño: *“(i) la mejor calidad de internet”; (ii) “con esta conexión en tu empresa, todos alientan a la sele a un #NubyxNivel”; (iii) “Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”; (v) “Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”; y, (vi) “La mejor conexión en fibra óptica”.*
- (iv) Respecto de la siguiente afirmación contenida en la conducta imputada: *“(iv) No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad”* se debe tener en cuenta que ha subsanado la conducta infractora antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, ya que retiró la pieza publicitaria de Instagram. Por ende, se le debe aplicar el eximente de responsabilidad contemplado en el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG⁸. No obstante, también formula su allanamiento y reconocimiento respecto de dicha imputación.

Respecto de la cuarta imputación por actos de engaño

- (v) De un análisis del anuncio imputado, no se observa que el mensaje publicitario sea que Nubyx tiene el servicio más económico del mercado frente a sus competidores. Siendo ello así, no se trata de una publicidad con un mensaje objetivo y comprobable, sino que transmite una afirmación subjetiva, por lo que la Comisión debe declarar infundada la denuncia en este punto.

Respecto de la imputación por actos de denigración

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

⁸ Ver nota al pie 7.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- (vi) En la propuesta comercial personalizada, no se hace alguna alusión directa o indirecta a América Móvil, pues no se mencionada su marca, colores o alguna característica propia de su servicio.
- (vii) En el mercado existen múltiples empresas que brindan el servicio de internet fijo y no solo América Móvil.
- (viii) En la medida que en la publicidad materia de cuestionamiento no es posible identificar inequívocamente la oferta de América Móvil, corresponde declarar infundada la denuncia.

Respecto de la imputación por infracción del principio de legalidad

- (ix) La presunta conducta infractora fue subsanada antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, ya que retiró la pieza publicitaria de Instagram y de su página web. Por ende, se le debe aplicar el eximente de responsabilidad contemplado en el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG⁹.
- (x) En el supuesto de que la autoridad decida no aplicar el eximente de responsabilidad antes mencionado, formula su allanamiento y reconocimiento respecto de dicha imputación, por lo que la sanción debe ser reducida a una amonestación.
- (xi) La Comisión debe tener en cuenta además que toda la información sobre las tarifas de Nubyx puede ser conocida por los consumidores a través del Sistema de Información y Registro de Tarifas - SIRT del Osiptel (en adelante, el SIRT) y el portal "Comparatel".

Respecto de los atenuantes de la sanción

- (xii) Sin perjuicio de lo antes expuesto, la Comisión debe tomar en cuenta los siguientes hechos como atenuantes al momento de graduar la sanción aplicable: (a) la mínima participación de Nubyx en el mercado; (b) el retiro de la publicidad engañosa y que ha recibido capacitación de especialistas en materia de publicidad; (c) América Móvil también comete infracciones a las normas de competencia desleal.

⁹ Ver nota al pie 7.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

5. Por Memorándum 161-2022-CCD/INDECOPI del 21 de marzo de 2022, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Oficina de Estudios Económicos (en adelante, la OEE) que elabore un informe sobre el beneficio económico que habría obtenido Nubyx por la comisión de las conductas infractoras materia de imputación.
6. Mediante Resolución 5 del 22 de marzo de 2022, la Comisión dispuso la suspensión del procedimiento hasta que la OEE emita su informe¹⁰.
7. El 12 de setiembre de 2022, la OEE emitió el Informe 118-2022-OEE/INDECOPI, mediante el cual dio cumplimiento al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica de la Comisión¹¹.
8. A través de la Resolución 6 del 13 de setiembre de 2022, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento.
9. El 17 y el 26 de setiembre de 2022, Nubyx presentó sus observaciones al Informe 118-2022-OEE/INDECOPI, elaborado por la OEE.
10. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) emitió el siguiente pronunciamiento¹²:

¹⁰ Dicho acto fue notificado el 31 de marzo de 2022 a ambas partes.

¹¹ Dicho informe fue recibido por la Secretaría Técnica de la Comisión el 13 de setiembre de 2022.

¹² Adicionalmente, la Comisión declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que difundió publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que dio a entender a los consumidores que ofrecería un plan de 1000Mbps, cuya disponibilidad no podía ser verificada. Asimismo, le impuso una multa ascendente a 0.14 UIT por la infracción detectada y dispuso como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad infractora.

Estos extremos de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI no fueron apelados por Nubyx, por lo que han quedado consentidos.

ESCRITO DE APELACIÓN PRESENTADO POR NUBYX EL 27 DE OCTUBRE DE 2022

"Al respecto, realizamos la acotación de los extremos apelados de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI en el presente recurso, que responden a:

- i. La primera imputación respecto a la infracción por actos de engaño debido a la difusión de publicidad en Facebook e Instagram que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; por la cual se nos impuso una sanción ascendente a 16.80 UIT.
- ii. La sexta imputación respecto a la infracción por actos de engaño debido a la difusión de publicidad mediante un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa en ofrecer un servicio residencial 100% fibra óptica; por la cual se nos impuso una sanción ascendente a 22.61 UIT". (subrayado agregado)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

12/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- (i) Declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que:
- Habría difundido publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - Habría difundido publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.
- (ii) Declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a que:
- Habría difundido una campaña publicitaria, a través de Instagram y Facebook, en la que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando ello no sería cierto.
 - Habría difundido una campaña publicitaria, a través de su página web, LinkedIn, Instagram y Facebook, en la que daba a entender a los consumidores que ofrecería el internet de mayor velocidad, cuando en realidad ello no sería cierto, en la medida que América Móvil y Movistar ofrecerían planes de igual o mayor velocidad.
 - Habría difundido publicidad, a través de Instagram, en la que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet al mejor precio, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - Habría difundido publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daba a entender a los consumidores que el servicio de internet con HFC no satisface los

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

13/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.

- (iii) Declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto previsto en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a que vendría difundiendo un mensaje a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada) que menoscabaría la imagen, crédito, fama, prestigio y reputación de la denunciante.
- (iv) Declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de legalidad, supuesto previsto en el literal b) del artículo 17.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que habría omitido presentar en su publicidad en la que ofrece un plan de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, a través de su página web e Instagram, el precio total del servicio, en tanto que no habría incluido los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).
- (v) Sancionó a Nubyx conforme al siguiente detalle:
 - 16.80 UIT por haber difundido publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - 22.61 UIT por haber difundido publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.
- (vi) Ordenó a Nubyx, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad infractora que daría a entender a los consumidores lo siguiente:
 - Ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

14/115

- Sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto.

11. La primera instancia fundamentó su decisión en lo siguiente:

Respecto a que Nubyx habría difundido publicidad que contenía los siguientes mensajes: (a) un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; y, (b) sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto

- En cada caso, la publicidad cuestionada ha tenido un efecto residual en aquellos consumidores que tomaron conocimiento de esta, por lo que el retiro voluntario de la publicidad no puede ser estimado como una subsanación que pueda configurar un eximente de responsabilidad.
- Nubyx publicitó cualidades de su servicio de internet sin acreditar la veracidad de sus afirmaciones. Asimismo, formuló su allanamiento y reconocimiento de la infracción durante el trámite del procedimiento. Por ende, corresponde declarar fundados estos extremos de la denuncia.

Respecto a que Nubyx habría difundido publicidad que contenía los siguientes mensajes: (a) un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado; (b) un internet de mayor velocidad; y, (c) un internet al mejor precio

- Las palabras “mejor” y “mayor” son percibidas por los consumidores como un juicio de valor estimativo y unilateral del anunciante respecto de sus servicios. Asimismo, no existe un criterio inequívoco de medición que permita concluir qué puede ser considerado como “mejor” o “mayor” por los consumidores.
- En ese sentido, en la medida que el mensaje publicitario tiene naturaleza subjetiva, corresponde declarar infundados estos extremos de la denuncia.

Respecto a que Nubyx habría difundido publicidad que daría a entender a los consumidores que el servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una “opción del pasado”

- Para que se configure un acto de engaño se requiere que el anunciante aluda a una característica de su propio servicio. Sin embargo, en este caso, Nubyx hizo hincapié en el servicio de internet con HFC, que es un

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



producto distinto al que ofrece en el mercado. Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia.

Respecto de los actos de denigración

- A criterio de la Comisión, no existe alusión inequívoca alguna que permita identificar de manera indubitable a América Móvil. Los medios probatorios que obran en el expediente demuestran además que existen varios agentes económicos en el mercado que brindan el servicio de internet con la tecnología HFC.
- La frase “este tipo de servicio” hace referencia a las características del servicio de internet con HFC, pero no permite identificar a algún agente económico en concreto que brinde ese servicio en el mercado.
- En tal sentido, en tanto se constata una falta de alusión o manifestación expresa de América Móvil, resulta innecesario analizar la veracidad del mensaje publicitario. Por tanto, corresponde declarar infundado este extremo en la denuncia.

Respecto de la infracción al principio de legalidad

- Si bien Nubyx formuló su allanamiento y reconocimiento de la infracción imputada en este extremo, la Comisión considera pertinente analizar si se corrobora la existencia de dicha infracción.
- De una revisión de la publicidad imputada, se puede observar que Nubyx señaló que el precio de instalación se encuentra sujeto a factibilidad técnica, lo cual puede entenderse como los recursos necesarios para efectuar las actividades o procesos que requiere el proyecto (herramientas, conocimientos, habilidades, experiencia, entre otros).
- En consecuencia, si bien la publicidad no consigna el costo de instalación de los planes de internet que promociona la imputada, se precisa que dicho costo se encuentra sujeto a factibilidad técnica, lo que implica que el costo de instalación se convierte en variable y, por ende, no puede exigirse que se consigne esa información en la publicidad. Por tanto, se declara infundado este extremo de la denuncia.

12. El 27 de octubre de 2022, Nubyx apeló la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, en virtud de los siguientes argumentos:

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



Respecto de la caducidad del procedimiento

- (i) En la Resolución 0054-2019/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado que los procedimientos administrativos sancionadores en materia de competencia desleal cuentan con un plazo aproximado de ciento noventa y cinco (195) días hábiles para que opere la caducidad.
- (ii) En este caso, desde la fecha de notificación de la imputación de cargos (el 25 de junio de 2021) hasta la fecha de notificación del acto que dispuso la suspensión del procedimiento (el 31 de marzo de 2022) han transcurrido ciento ochenta y seis (186) días hábiles. Asimismo, desde la fecha de emisión del Informe 118-2022-OEE/INDECOPI por parte de la OEE (el 12 de setiembre de 2022) hasta la fecha notificación de la resolución impugnada (el 6 de octubre de 2022) transcurrieron dieciocho (18) días hábiles. Por tanto, habiendo transcurrido en total más de ciento noventa y cinco (195) días hábiles de la tramitación del procedimiento, este se encuentra caduco.

Respecto de la nulidad de la resolución impugnada por vulneración del principio de culpabilidad

- (iii) El artículo 248 del TUO de la LPAG¹³ regula el principio de culpabilidad, por el cual se dispone que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley se disponga lo contrario.
- (iv) Teniendo en cuenta que la Ley de Represión de la Competencia Desleal no se ha establecido de manera expresa e irrefutable que la responsabilidad sea objetiva, correspondía que la autoridad observe el principio de culpabilidad previsto en el TUO de la LPAG. No obstante, en la imputación de cargos, la Secretaría Técnica de la Comisión no realizó ninguna precisión sobre la responsabilidad subjetiva de Nubyx y, posteriormente, la Comisión incurrió en la misma omisión en la resolución impugnada.

¹³

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

- (v) En ese sentido, en la medida que Nubyx en ningún momento tuvo como objetivo infringir las normas que reprimen los actos competencia desleal y ante la falta de medios probatorios que demuestren el dolo o culpa en la comisión de las presuntas infracciones, corresponde que se declare la nulidad de la resolución impugnada y se ordene el archivo del procedimiento.

Respecto de la nulidad de la resolución impugnada por motivación insuficiente

- (vi) La Comisión incurrió en un vicio de motivación en la resolución impugnada, ya que no explicó los fundamentos por los cuales desestimó sus observaciones al Informe 118-2022-OEE/INDECOPI emitido por la OEE, los cuales fueron expuestos en sus escritos del 17 y el 26 de setiembre de 2022.
- (vii) Por el contrario, la Comisión se limitó a señalar que *“los mismos no enervan de ningún modo el análisis efectuado por la OEE para determinar el beneficio ilícito de la conducta cuestionada”*; sin embargo, no explicó cuál fue el análisis efectuado para llegar a tal conclusión.

Respecto de la incorrecta determinación del beneficio ilícito

- (viii) Respecto del cálculo de la sanción aplicable por difundir publicidad engañosa que daría a entender a los consumidores que el internet que ofrece se encuentra libre de interrupciones, interferencias y latencias
- (a) Para calcular el efecto de la infracción en las ventas de Nubyx, la OEE tomó en consideración los estudios realizados por Chopra y Gupta¹⁴; Murtaza¹⁵; y, Gajashree y Anand¹⁶; sin embargo, no explicó los criterios que utilizó para elegir a dichos autores. Asimismo, no explicó por qué no consideró estudios que señalaban un resultado más favorable a Nubyx, como el estudio de Assumpter¹⁷.

¹⁴ *“Impact of Social Media on Consumer Behaviour”* (2020).

¹⁵ *“Impact of Social Media on Consumer Buying Behaviour”* (2021).

¹⁶ *“A Study on the Impact of Social Media on Consumer Buying Behaviour of Mobile Phones in Chennai”* (2021).

¹⁷ *“Impact of Social Media on Consumer’s Decision”* (2017).

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



- (b) Los mencionados estudios muestran resultados que no resultan aplicables al caso en concreto. Por ejemplo, en el caso de la investigación realizada por Gajashree y Anand, los resultados se limitaron a la incidencia de compra de teléfonos móviles, lo cual no coincide con el mercado de servicio de internet fijo. Por su parte, el estudio realizado por Chopra y Gupta precisa que un 46% de los consumidores se vio influenciado por publicidad en las redes sociales; sin embargo, la OEE indicó que fue el 53.3%.
- (c) Además, estos estudios responden a una realidad de la población extranjera, por lo que deben ser desestimados.
- (d) En una investigación nacional denominada “Estrategias de Marketing Digital en las Mypes y el Comportamiento de compra Post Pandemia en Perú”, elaborado por Flor Angélica Lavanda Reyes (en adelante Lavanda Reyes), se ha identificado que el 24% de los consumidores utilizan las redes sociales para realizar sus compras. Se debe emplear esta información para determinar el efecto de la publicidad en cuestión, al ser un estudio actual de la realidad peruana.
- (e) Es posible calcular un promedio de los porcentajes obtenidos en los estudios citados por la OEE y el estudio de Lavanda Reyes. En tal sentido, considerando los porcentajes indicados en los estudios de Chopra y Gupta (46%), Murtanza (47.5%), Assumpter (25.3%) en reemplazo de Gajashree y Anand, y Lavanda Reyes (24%), se obtendría un promedio de 35.7%.
- (f) Ya sea que se considere el porcentaje del estudio peruano (24%) o el promedio de los estudios antes mencionados (35.7%), a ese porcentaje se le debe aplicar un factor de ajuste que permita dimensionar correctamente la cantidad de publicidad ilícita respecto del total de publicidad emitida en redes sociales (2/**CONFIDENCIAL** anuncios).
- (g) Así, si se tiene en cuenta solo el estudio peruano con el factor de ajuste, el impacto de la publicidad en las ventas ascendería a 0.43% y, si se considera el promedio de estudios con el factor de ajuste, dicho impacto ascendería a 0.59%.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

19/115



- (h) También es importante mencionar que los dos (2) anuncios sancionados no tuvieron un impacto significativo en las redes sociales, dado que recibieron solo 10 y 6 “me gusta”, respectivamente.
- (i) En conclusión, teniendo en cuenta alguno de los cálculos antes mencionados y el margen de utilidad operativa de su empresa, el monto de las multas ascendería a S/ 1,903.74 o S/ 2,089.92.
- (ix) Respecto de la sanción por difundir publicidad engañosa que daría a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% fibra óptica de punto a punto
- (j) En este caso, la OEE utilizó un estudio de Wansink, Painter y Van Ittersum¹⁸ para determinar que la publicidad infractora influenció en un 27% en los consumidores; sin embargo, de una revisión de dicho estudio, éste muestra el efecto de incluir frases descriptivas de los platos en la carta de menú de un restaurante, lo cual no resulta aplicable a este caso.
- (k) Además, el referido estudio se ha realizado en el año 2001, por lo que por su antigüedad no es un estudio representativo para el presente caso.
- (l) No se ha hallado evidencia de que Nubyx haya tenido ingresos por la supuesta publicidad engañosa.
- (m) La Comisión señaló que la conducta infractora tuvo una duración de diez (10) meses; no obstante, en realidad la presunta infracción consistió en la repartición de un volante en un condominio solo en el mes de setiembre de 2020.
- (n) Solo existió un (1) cliente que contrató el servicio de internet en la urbanización en la que se difundió el comunicado entre julio de 2019 a julio de 2020, por lo que lo adecuado sería tomar en cuenta ese dato para graduar el beneficio ilícito.

¹⁸ “Descriptive menu labels’ effect on sales” (2001).
M-SDC-02/02



- (o) Finalmente corresponde reducir la sanción aplicable en un 50% por el reconocimiento y allanamiento formulado en sus descargos.

(x) Solicitud de confidencialidad

- (p) Solicita la reserva y confidencialidad de la información contenida en los cuadros 1, 2 y 3 de su escrito de apelación, la cual se encuentra referida a la cantidad de publicaciones efectuadas en sus cuentas de Instagram y Facebook, así como sus ingresos que fueron tomados en cuenta por la OEE en su Informe 118-2022-OEE/INDECOPI.
- (q) El motivo de su solicitud es que la información antes mencionada constituye un secreto industrial y secreto bancario de su empresa, cuya divulgación puede ser aprovechada indebidamente por las empresas competidoras.

13. El 28 de octubre de 2022, América Móvil apeló la Resolución 41-2022/CCD, indicando lo siguiente:

Respecto del reconocimiento formulado por la denunciada

- (i) Pese a que Nubyx no ha demostrado la veracidad de sus afirmaciones publicitarias y ha formulado su allanamiento respecto de la segunda, tercera y séptima imputación por actos de engaño, la Comisión ha declarado infundada la denuncia en esos extremos.
- (ii) En atención al principio de predictibilidad, correspondía que la Comisión declare fundada la segunda, tercera y séptima imputación por actos de engaño por el reconocimiento efectuado por Nubyx, como sucedió con la primera, quinta y sexta imputación por actos de engaño.

Respecto de la segunda imputación por actos de engaño: un internet con la mejor calidad y conectividad

- (iii) Las afirmaciones publicitarias difundidas por Nubyx claramente tienen un tono excluyente, pues presentan a su internet como aquel que cuenta con la mejor calidad, conectividad y conexión de fibra óptica del mercado.



(iv) Si bien la Comisión señaló que la palabra “mejor” es subjetiva, el contexto en el que ha sido usada dicha palabra dota de objetividad al mensaje publicitario. Se debe tener en cuenta que el artículo 9 del Reglamento de la Ley 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, aprobado por el Decreto Supremo 014-2013-MTC (en adelante, el Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha)¹⁹, establece expresamente que el Osiptel tiene facultades para medir y verificar la calidad del servicio de internet fijo de banda ancha. Asimismo, en aplicación del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo 123-2014-CD-OSIPTEL (en adelante, el Reglamento de Calidad de Osiptel)²⁰, Osiptel realiza el monitoreo de

19 **DECRETO SUPREMO 014-2013-MTC QUE APRUEBA EL REGLAMENTO DE LA LEY 29904, LEY DE PROMOCIÓN DE LA BANDA ANCHA Y CONSTRUCCIÓN DE LA RED DORSAL NACIONAL DE FIBRA ÓPTICA**

Artículo 9.- Otras características técnicas de las conexiones a Internet de Banda Ancha

9.1 El OSIPTEL determinará y actualizará periódicamente indicadores de calidad que permitan a los Usuarios conocer, evaluar y comparar las condiciones bajo las que se presta el servicio de acceso a internet de Banda Ancha Fija, alámbrica e inalámbrica, y Banda Ancha Móvil. Asimismo, en el marco de sus competencias, el OSIPTEL podrá establecer en base a dichos indicadores, requisitos mínimos de calidad de obligatorio cumplimiento para los Operadores de Telecomunicaciones y Proveedores de Acceso a Internet.

La presente regulación sobre indicadores de calidad en Banda Ancha, no enerva las atribuciones que ya detenta el referido organismo regulador en materia de calidad del servicio de acceso a Internet.

9.2 El OSIPTEL implementará herramientas de medición de velocidad tanto para accesos alámbricos como inalámbricos, compatibles con los equipos terminales fijos y móviles existentes en el mercado, que permitan a cada usuario evaluar bajo parámetros uniformes y de forma inmediata la velocidad efectiva de subida y de bajada de su conexión, y acumular un registro histórico de sus mediciones, entre otras características que defina el OSIPTEL.

Asimismo, el OSIPTEL podrá definir mecanismos para realizar mediciones que puedan ser utilizadas por los usuarios como sustento para eventuales procesos de reclamos en materia de calidad del servicio en función a la disponibilidad de herramientas idóneas para dichos fines.

20 **REGLAMENTO GENERAL DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, APROBADO POR RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO 123-2014-CD-OSIPTEL**

Artículo 6.- Indicadores y parámetros aplicables al servicio de acceso a Internet

Se establecen los siguientes indicadores de calidad:

6.1 Las empresas operadoras deberán implementar los indicadores definidos a continuación:

6.1.1. Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM): Las empresas operadoras están obligadas a prestar el servicio de Internet acorde con las velocidades contratadas por el abonado; sea prepago, control o postpago. Para tal efecto, la velocidad mínima se calcula como una proporción de la velocidad máxima contratada de subida y bajada, correspondiendo el 40% para el servicio brindado a través de redes fijas y móviles.

En el caso de los servicios de Internet fijo o móvil calificados como Banda Ancha de acuerdo con la definición establecida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el porcentaje señalado en el párrafo previo corresponde al 70%.

Estos requerimientos son aplicables para los servicios de acceso a Internet fijo o móvil; exceptuando de esta obligación a las tecnologías dial up y GPRS/EDGE que no son calificados como Banda Ancha.

El OSIPTEL considerará que una empresa operadora que brinda el servicio de acceso a Internet cumple con el indicador CVM cuando el centro poblado evaluado cumpla los siguientes valores objetivos:

Servicio	Valor Objetivo
Acceso a Internet Fijo	> 95%
Acceso a Internet Móvil	> 90%



la calidad del internet fijo, teniendo como criterios de evaluación - entre otros- los niveles de congestión de las redes fijas y el seguimiento continuo del crecimiento del tráfico. Por tanto, la calidad y la conexión del internet pueden ser medidas con un parámetro objetivo.

- (v) Incluso, en la Resolución 033-2022/CCD-INDECOPI, correspondiente al procedimiento seguido por América Móvil contra Iway Telecom S.A.C., la Comisión reconoció la existencia de indicadores de calidad para el servicio de internet fijo.
- (vi) En el supuesto negado de que la Sala considerara que las afirmaciones difundidas por Nubyx son subjetivas, se debe tener en cuenta que hasta en casos extremos (como la exageración publicitaria) debe haber un núcleo fáctico que concuerde con la realidad.
- (vii) Las frases publicitarias en las que Nubyx destacó su internet como el de mejor calidad y conectividad se encuentran en los mismos anuncios en los que afirmó que su internet estaba libre de interrupciones, que fue el primer acto de engaño denunciado contra Nubyx y que la Comisión declaró fundado por no haber probado la veracidad de esas cualidades. Entonces, al igual que en ese caso, se debe declarar fundada la denuncia en este extremo, pues Nubyx no ha probado que los atributos de calidad y conectividad de su servicio de internet sean los mejores.
- (viii) Nubyx reconoció su responsabilidad respecto de una de las afirmaciones materia de imputación (“*No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad*”);

El incumplimiento del indicador en un centro poblado es sancionable. Su evaluación se realiza de forma semestral a nivel nacional.

El indicador CVM se debe calcular de conformidad con el Anexo N° 3.

6.1.2. Adicionalmente, las empresas deben implementar los siguientes indicadores y parámetros:

- Velocidad promedio (VP)
- Tasa de transferencia de Datos (TTD)
- Tasa de Ocupación de Enlaces (TOE). Este indicador se implementa de manera alternativa al indicador TTD para usuarios corporativos
- Tasa de Pérdida de Paquetes (TPP)
- Latencia (L)
- Variación de la Latencia (VL)

Estos indicadores y parámetros se calculan de conformidad con el Anexo N° 3.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



sin embargo, la Comisión no evaluó por separado esta afirmación en su pronunciamiento, a fin de verificar su veracidad.

Respecto de la tercera imputación por actos de engaño: un internet de mayor velocidad

- (ix) Pese a que Nubyx reconoció la conducta infractora, la Comisión declaró infundada la denuncia en este extremo, considerando erróneamente que la naturaleza de las frases publicitarias de la imputada es subjetiva.
- (x) Las afirmaciones publicitarias difundidas por Nubyx claramente tienen un tono excluyente, pues presentan a su internet como aquel que cuenta con la mayor velocidad del mercado.
- (xi) Contrariamente a lo señalado por la Comisión, el atributo de velocidad en sí mismo es objetivo y susceptible de comprobación.
- (xii) En la Resolución 170-2018/SDC-INDECOPI, la Sala reconoció que la velocidad es un atributo objetivo susceptible de medición y comprobación. Asimismo, en la Resolución 363-2014/SDC-INDECOPI, la Sala reconoció que en algunos casos se podía desprender la existencia de un parámetro objetivo de medición.
- (xiii) En la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la propia Comisión reconoció que ofrecer la mayor velocidad constituye una afirmación objetiva susceptible de verificación.
- (xiv) Incluso, el Osiptel ha reconocido que la velocidad es un elemento relevante para una adecuada decisión de consumo y debido a ello ha puesto a disposición de los consumidores portales para comparar la velocidad de los servicios de internet.

Respecto de la cuarta imputación por actos de engaño: un internet al mejor precio

- (xv) Las afirmaciones publicitarias difundidas por Nubyx tienen un tono excluyente, pues transmiten a los consumidores que tiene el servicio de internet más barato del mercado.



- (xvi) La Comisión no ha tenido en cuenta que la frase “el mejor” acompaña un atributo objetivo y medible como es el precio, por lo que no puede considerarse que las frases representan un juicio estimativo del anunciante.
- (xvii) Una simple revisión de las ofertas disponibles en el mercado nacional evidencia que el servicio de Nubyx no tiene el precio más bajo del mercado.

Respecto de la séptima imputación por actos de engaño: el internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, al ser una opción del pasado

- (xviii) A través de sus afirmaciones, Nubyx transmitió a los consumidores el mensaje de que el servicio de HFC no satisface los requerimientos de los clientes y que esa tecnología es una opción del pasado, lo cual generaría que sus servicios sean vistos como una solución salvadora. Sin embargo, Nubyx no ha presentado pruebas que acrediten sus afirmaciones.
- (xix) Asimismo, si bien Nubyx reconoció su responsabilidad por la conducta infractora, la Comisión declaró infundada este extremo de la denuncia.

Respecto del acto de denigración

- (xx) Nubyx denigró el servicio de internet que brinda América Móvil y el resto de los operadores, al afirmar que la tecnología HFC no satisface los requerimientos de los clientes y que es una opción del pasado.
- (xxi) El razonamiento de la Comisión fue que no se había realizado una alusión inequívoca a América Móvil en las afirmaciones denunciadas; sin embargo, como ese mismo órgano resolutorio reconoce, un acto de denigración puede incluir a varios agentes económicos.
- (xxii) Es de conocimiento público que América Móvil es uno de los principales operadores que brindan internet con tecnología HFC, por lo que la alusión a su representada es indiscutible.
- (xxiii) Cabe notar que la tecnología HFC no solo es una opción plenamente vigente sino perfectamente capaz de cubrir los requerimientos de internet de cualquier cliente.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

25/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

Respecto de la infracción del principio de legalidad

- (xxiv) De acuerdo con la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los anunciantes deben difundir el precio íntegro de sus servicios, aun cuando las tarifas puedan estar publicadas en la página web del Osiptel.
- (xxv) Resulta preocupante que la Comisión haya señalado que el costo de instalación es variable cuando este es fijo. Claramente la Comisión se vio inducida a error por Nubyx cuando colocó en su página web “Precio de instalación sujeto a factibilidad técnica”; sin embargo, lo que está sujeto a factibilidad técnica es la propia contratación, la instalación y la activación del servicio de internet.
- (xxvi) En efecto, para que el servicio de internet pueda ser prestado, el operador previamente debe verificar que el domicilio del cliente se encuentra dentro de una zona de cobertura y que en dicha zona existan las facilidades técnicas para instalar el servicio (como, por ejemplo, los anchos de los ductos, la posibilidad de extender la conexión hasta el domicilio, entre otros).
- (xxvii) Actualmente, se puede apreciar que Nubyx promociona el precio del costo de instalación en su página web.
- (xxviii) La Comisión ha resuelto este caso con un criterio distinto al utilizado en la Resolución 33-2022/CCD-INDECOPI, en la cual indicó que el precio de instalación no era un elemento indispensable para que el servicio de internet sea prestado.

Respecto de la graduación de la sanción

- (xxix) En el presente caso, no corresponde la aplicación de atenuantes ni eximentes de responsabilidad, ya que Nubyx no retiró de manera voluntaria los anuncios engañosos ni formuló un allanamiento o reconocimiento sobre las imputaciones realizadas en su contra, sino solo sobre algunas piezas publicitarias.
- (xxx) Además, Nubyx formuló argumentos de defensa, pese a que el allanamiento y reconocimiento implican la renuncia al derecho de

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

26/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

defensa; por ende, no se le debe aplicar ningún atenuante a la sanción.

- (xxxix) La Sala debe considerar además los siguientes agravantes al momento de graduar la sanción: (a) Nubyx ha esgrimido una defensa que no ha facilitado la resolución del caso acorde a la finalidad del allanamiento; (b) las infracciones fueron cometidas con consciencia y voluntad; (c) los atributos a los que se refiere la publicidad de Nubyx son justamente los que toma en cuenta un consumidor para escoger un servicio de internet (tecnología, calidad, velocidad y precio); (d) Nubyx no ha tomado ninguna medida para revertir los efectos residuales de su conducta; y, (e) Nubyx continúa difundiendo los mismos mensajes engañosos.

Respecto de la medida correctiva

- (xxxix) La Comisión desestimó la medida correctiva solicitada por América Móvil referida a la publicación de avisos rectificatorios por parte de Nubyx, aduciendo que no advertía un efecto residual en los consumidores; sin embargo, cuando la Comisión desestimó la subsanación de la conducta infractora, reconoció la existencia de un efecto residual.
- (xl) La Sala debe ordenar, además del cese de la difusión de la publicidad infractora, la publicación de avisos rectificatorios respecto de los extremos declarados fundados por la primera instancia y respecto de aquellos extremos de la denuncia que sean revocados en segunda instancia a su favor.
- (xli) A fin de constatar el efecto residual de la publicidad en los consumidores, se debe tener en cuenta que existen numerosas herramientas para medir la difusión y el impacto de las campañas publicitarias en redes sociales o canales digitales. Asimismo, la Sala debe considerar que la publicidad en redes sociales genera diversas ventajas para el anunciante, como -por ejemplo- incrementar la visibilidad de la marca, llegar a una gran cantidad de potenciales clientes, controlar el presupuesto por constituir una opción más económica en comparación con una campaña, entre otros.
- (xlii) Solicitó el uso de la palabra.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

27/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

14. El 10 de febrero de 2023, Nubyx absolvió la apelación presentada por América Móvil, indicando principalmente los siguientes argumentos:

- (i) El retiro voluntario de las piezas publicitarias cuestionadas debe ser tomado como un acto de buena fe, ya que en ningún momento tuvo la intención de perjudicar el proceso competitivo. Incluso, ha recibido capacitaciones para evitar futuras infracciones.
- (ii) En virtud del principio de predictibilidad, la Sala debe tener en cuenta el criterio aplicado en la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI, en el que determinó que el término “mejor” en una frase publicitaria tiene naturaleza subjetiva.
- (iii) No se niega que existan parámetros para medir la calidad de los servicios de telecomunicaciones, sino que resulta subjetiva la percepción que tendrán los consumidores de términos como el “mejor” o la “mayor”.
- (iv) En cuanto a la presunta infracción por actos de engaño referida a que el servicio de internet de HFC no satisface los requerimientos de los clientes, la Sala debe tener en cuenta que el propio artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que el anunciante debe aludir a las características o atributos de sus propios servicios. Por ende, en la medida que en la publicidad no se hizo referencia a un servicio que brinde Nubyx, dicho extremo de la denuncia deviene en infundada.
- (v) Respecto del presunto acto de denigración, la Sala debe tener en consideración que en este caso no se cuenta con ningún elemento que permita concluir que la publicidad hacía alusión a la denunciante. La sola estructura de mercado no basta para acreditar alguna referencia indirecta a un proveedor.
- (vi) Finalmente, respecto de la imputación por infracción del principio de legalidad, se debe considerar que el costo de instalación se encuentra sujeto a factibilidad técnica, lo cual implica conocimientos, herramientas, habilidad, experiencia, entre otros factores, que son tomados en cuenta para realizar las actividades que requiere la instalación del servicio de internet.

15. El 10 de febrero de 2023, América Móvil absolvió la apelación presentada por Nubyx, señalando lo siguiente:

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

28/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



Respecto de la presunta caducidad del procedimiento

- (i) En anteriores pronunciamientos (Anexo 1 de las Resoluciones 0054-2019/SDC-INDECOPI y 0167-2021/SDC-INDECOPI), la Sala ha indicado que los plazos del procedimiento sancionador por actos de competencia desleal suman doscientos (200) días hábiles.
- (ii) El Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi (en adelante, el TUPA del Indecopi) establece que el procedimiento sancionador por actos de competencia desleal cuenta con un plazo aproximado de doscientos cinco (205) días hábiles, conforme a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- (iii) Considerando las fechas de notificación de imputación de cargos, emisión de la resolución de suspensión del procedimiento, cumplimiento de la condición suspensiva y notificación de la resolución de primera instancia, el procedimiento no se encontraría caduco.

Respecto del principio de culpabilidad

- (iv) El artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que no es necesario acreditar conciencia o voluntad sobre la realización de los actos de competencia desleal. Asimismo, la Exposición de Motivos de la misma norma señala que no se podrá argumentar válidamente el desconocimiento de la legislación vigente o la ausencia de dolo en la realización del acto.
- (v) En la Resolución 113-2022/SDC-INDECOPI, la Sala ha expuesto que resulta irrelevante analizar la intencionalidad del anunciante al difundir la publicidad.

Respecto de la presunta motivación insuficiente

- (vi) De la revisión del estudio elaborado por Chopra y Gupta sí se identifica el porcentaje empleado por la OEE (53.3%).
- (vii) Si bien Nubyx alegó que se debe utilizar el resultado del 24% obtenido de la investigación nacional denominada "Estrategias de Marketing Digital en las Mypes y el Comportamiento de Compra Post Pandemia en Perú", dicho resultado no corresponde al porcentaje de consumidores que se ha visto

influenciado por la publicidad en las redes sociales, sino al tipo de medio utilizado por los consumidores para realizar sus compras.

- (viii) La publicidad infractora en redes sociales se ha difundido por un periodo sumamente largo, inclusive continúa difundiéndose, por lo que su alcance es alto.
- (ix) En cuanto a la sanción aplicable a la publicidad engañosa difundida en la propuesta comercial personalizada, se debe resaltar que Nubyx solo ha argumentado que el periodo de difusión de dicha publicidad sería menor al estimado por la Comisión, pero no ha desvirtuado el beneficio ilícito calculado por la OEE con base en sus ingresos obtenidos por dicha publicidad.
- (x) Finalmente, pese a que Nubyx ha esgrimido diversos alegatos para desestimar su responsabilidad por las infracciones imputadas, en su apelación continúa solicitando que se le reduzca la multa en un 50% por allanamiento y reconocimiento de tales imputaciones.

Respecto del acto de denigración

- (xi) En un caso similar resuelto por Resolución 303-2013/SDC-INDECOPI, la Sala valoró la estructura de mercado y la agresividad del mensaje publicitario para determinar que hubo un acto de denigración.
- (xii) En este caso, se puede advertir que las frases empleadas por Nubyx no son aisladas ni neutras, sino que buscan describir el escenario actual del mercado de servicio de internet fijo con tecnología HFC.
- (xiii) Asimismo, Nubyx tampoco ha acreditado la veracidad de su mensaje publicitario a través de pruebas que demuestren que su servicio de internet fijo es superior que el servicio de internet de América Móvil o sus competidores.

Respecto del acto de engaño referido a que el servicio de internet mediante HFC no satisface los requerimientos de los clientes

- (xiv) En la propuesta comercial personalizada, se advierte que Nubyx ha hecho referencia a su origen empresarial y a su oferta en las secciones “¿Quiénes somos?” y “Propuesta de solución”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- (xv) Por tanto, en la medida que la publicidad contiene una referencia expresa al producto ofrecido por Nubyx y no ha probado la veracidad del mensaje, corresponde revocar la resolución de primera instancia y declarar fundada la denuncia en este extremo.

Respecto de la medida correctiva

- (xvi) En la Resolución 0200-2018/SDC-INDECOPI, la Sala determinó que la publicación de un aviso rectificatorio era necesario para subsanar los efectos residuales generados por la difusión de la publicidad engañosa por un periodo superior a un (1) año.
- (xvii) La publicación de un aviso rectificatorio comprendería exclusivamente los servicios de Nubyx, sin afectar a terceros que concurren en el mercado.
- (xviii) Reiteró su solicitud de uso de la palabra y solicitó que se deje sin efecto el allanamiento y reconocimiento formulado por Nubyx en sus descargos, en la medida que dicha empresa ha ejercido su defensa sobre el fondo de la controversia.
16. El 3 de marzo de 2023, Nubyx presentó un escrito con sus alegatos finales, reiterando los argumentos expuestos durante el procedimiento.
17. Mediante Requerimientos 009-2023/SDC-INDECOPI y 010-2023/SDC-INDECOPI del 3 de marzo de 2023, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a las partes que cumplan con indicar la zona geográfica en la que habría sido difundida la publicidad contenida en la propuesta comercial personalizada.
18. El 7 de marzo de 2023, Nubyx atendió el Requerimiento 009-2023/SDC-INDECOPI, indicando que la propuesta comercial personalizada fue distribuida exclusivamente en el condominio ubicado en la "Urb. El Rosario II" en el distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa.
19. El 8 de marzo de 2023, América Móvil atendió el Requerimiento 010-2023/SDC-INDECOPI, señalando que correspondía a Nubyx, en su calidad de anunciante, proporcionar información sobre la zona geográfica en la que fue difundida la propuesta comercial personalizada.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

20. De acuerdo con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar lo siguiente:

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

31/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- (i) Si corresponde otorgar la confidencialidad de la información solicitada por Nubyx en su recurso de apelación;
- (ii) si el procedimiento seguido contra Nubyx ha caducado;
- (iii) si corresponde otorgar el uso de la palabra solicitado por América Móvil;
- (iv) si la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI adolece de algún vicio de nulidad;
- (v) si Nubyx incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño;
- (vi) si Nubyx incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración;
- (vii) si Nubyx incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de infracción del principio de legalidad; y,
- (viii) de ser el caso, si corresponde confirmar las sanciones y la medida correctiva impuestas por la Comisión.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre el pedido de confidencialidad de Nubyx

21. En su escrito de apelación, Nubyx solicitó la confidencialidad de la información contenida en los cuadros 1, 2 y 3 de su escrito de apelación, la cual se encuentra referida a la cantidad de publicaciones efectuadas en sus cuentas de Instagram y Facebook, así como sus ingresos que fueron tomados en cuenta por la OEE en su Informe 118-2022-OEE/INDECOPI.
22. No obstante, esta Sala ha verificado que la información contenida en los cuadros 1, 2 y 3 del escrito de apelación de Nubyx, sobre la cual recae el pedido de confidencialidad de dicha empresa, fue declarada confidencial por la primera instancia mediante las Resoluciones 9 y 11 del 13 y el 27 de setiembre de 2022, respectivamente.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

32/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

23. En tal sentido, en la medida que dicha información actualmente se encuentra tutelada por una declaratoria de confidencialidad, esta nueva solicitud de confidencialidad (sobre la referida información) deviene en improcedente.
24. Finalmente, conviene precisar que de acuerdo con los numerales 4.1 y 5.11 de la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, modificados por la Directiva 003-2022/TRI-INDECOPI²¹ publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de febrero de 2023, en caso el titular de la información previamente declarada confidencial presente posteriormente un nuevo escrito o documento que contenga la misma información, no requiere solicitar nuevamente su confidencialidad, sino que bastará con que adjunte una “versión confidencial” y una “versión no confidencial” del documento respectivo, indicando -de manera clara y precisa- en qué parte se encuentra incluida dicha información confidencial.
25. Cabe recordar que, en caso el administrado no cumpla con lo anterior, se entenderá que la confidencialidad que hubiera sido previamente declarada, respecto de la información que no fue debidamente señalada y cubierta, quedaría sin efecto.

III.2. Sobre la caducidad del procedimiento

²¹ **DIRECTIVA 003-2022/TRI-INDECOPI, QUE MODIFICA LA DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI, SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI IV. CONTENIDO (...)**

4.1 (...) Si la información previamente declarada confidencial es divulgada debido a que el administrado no cumplió con lo dispuesto en el numeral 5.11 de la presente Directiva, se entenderá que la confidencialidad previamente declarada respecto de aquella información que no fue debidamente señalada y cubierta ha quedado sin efecto, en mérito a la inclusión de dicha información en el expediente principal o su eventual traslado a las demás partes y/o terceros.
(...)

5.11 En caso de que el titular de la información previamente declarada confidencial presente de manera posterior un nuevo escrito o documento que contenga la misma información deberá adjuntar una “versión confidencial” que señale —de manera clara y precisa— en qué parte está incluida la información previamente declarada confidencial. Adicionalmente, el administrado deberá presentar una “versión no confidencial” del referido escrito o documento, cubriendo de forma identificable aquellas secciones en las que haya figurado la información confidencial, a efectos de que dicha versión sea incorporada en el expediente principal y puesta en conocimiento de las partes y de terceros, según corresponda. En caso de que el administrado no cumpla con lo señalado en el párrafo anterior, la autoridad le concederá un plazo de hasta 5 (cinco) días hábiles para la presentación de la “versión no confidencial”, bajo apercibimiento de proceder conforme a lo señalado en el numeral 5.12 de la presente Directiva.

5.12 En caso de que el titular de la información previamente declarada confidencial no cumpla con lo dispuesto en el numeral 5.11 de la presente Directiva, la autoridad incorporará al expediente principal dicha documentación en su integridad y la trasladará sin ninguna medida de seguridad en particular, de ser el caso, siendo la divulgación de tal información de responsabilidad del propio administrado.

5.13 Las consideraciones contenidas en los artículos 5.11 y 5.12 deberán ser incluidas expresamente en las resoluciones que declaren inicialmente la reserva y confidencialidad de la información según lo solicitado por el administrado.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

33/115



26. En su recurso de apelación, Nubyx alegó que la Comisión excedió el plazo legal para pronunciarse sobre el asunto controvertido, por lo que habría operado la caducidad del procedimiento sancionador.
27. Al respecto, Nubyx manifestó que, en la Resolución 0054-2019/SDC-INDECOPI, la Sala señaló que los procedimientos administrativos sancionadores en materia de competencia desleal cuentan con un plazo para resolver aproximado de ciento noventa y cinco (195) días hábiles, transcurrido el cual operará la caducidad administrativa. En el presente caso, la Comisión había excedido dicho plazo, por lo que debía declararse la caducidad del presente procedimiento.
28. Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde a la Sala determinar si en el presente procedimiento operó la caducidad administrativa dispuesta en el artículo 259 del TUO de la LPAG.

III.2.1. Marco normativo de la caducidad administrativa

29. La caducidad administrativa constituye una figura jurídica que es consecuencia de la inactividad y/o paralización de la Administración durante la tramitación de un procedimiento sancionador, dando lugar al archivo del expediente²². El motivo que originó la incorporación normativa de esta figura y su aplicación a los procedimientos administrativos sancionadores fue otorgar una salida jurídica a la falta de pronunciamiento de la autoridad pese al transcurso del tiempo, ello en aras de preservar las condiciones básicas de seguridad jurídica y, de este modo, evitar que un procedimiento se prolongue indefinidamente sin una solución definitiva²³.
30. Es así como el artículo 259 del TUO de la LPAG regula esta figura jurídica en los siguientes términos:

²² "La caducidad de la instancia es una técnica introducida en el Derecho procesal español a finales del siglo XIX al objeto de superar el viejo criterio de que la acción ejercitada en juicio no prescribe nunca, lo que permitía mantener paralizados procesos por plazos superiores a los previstos para la prescripción de las correspondientes acciones, generándose así «pleitos más que centenarios, que los herederos del demandado se veían obligados a continuar» (V. SILVA MELERO, 1951: 507)". LÓPEZ RAMÓN, Fernando. En: Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), págs. 11-47.

²³ En la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1272 se señaló lo siguiente:

"1.11.3.5 Nuevas pautas sobre la caducidad del procedimiento administrativo sancionador (Artículo 237-A)
La necesidad de darle una salida distinta al mero transcurso del tiempo ante la falta de pronunciamiento ante un procedimiento sancionador en trámite llevó al establecimiento de la caducidad frente a estos casos. (...)
Así, en aras de preservar condiciones básicas de seguridad jurídica, se establecen ciertas pautas a seguir que buscan cerrar una situación para que esta no quede indefinidamente sin una solución definitiva."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

“Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses, contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo.

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

(...)

(Subrayado agregado)

31. Como se puede observar del texto del artículo citado, el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores es -en principio- de nueve (9) meses, susceptible de ser ampliado por tres (3) meses más, desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Si este plazo transcurriera sin que se notifique la resolución respectiva, operará la caducidad administrativa y se procederá al archivo del procedimiento.
32. No obstante, la referida norma también establece que aquellas entidades que cuenten con una ley especial que establezca un plazo mayor para resolver, la caducidad operará al vencimiento de este.
33. En consecuencia, en aquellos procedimientos administrativos sancionadores que no sean resueltos dentro del plazo determinado por ley, operará la caducidad administrativa y se procederá con el archivo del expediente. El plazo general para resolver establecido por la norma es de nueve meses (extensible por tres meses adicionales) contados desde la notificación de la imputación de cargos, con excepción de aquellos procedimientos cuya norma legal especial prescriba un plazo mayor para resolver, en cuyo caso la caducidad operará al vencimiento de este último plazo.

III.2.2. Sobre el plazo máximo para resolver el procedimiento sancionador por actos de competencia desleal

34. Tal como se ha desarrollado en el sub acápite anterior, el plazo general para resolver de nueve (9) meses (que puede ser ampliado hasta por 3 meses

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

adicionales), a cuyo término sin la notificación de la resolución respectiva operará la caducidad administrativa, será aplicable en los siguientes supuestos:

- (i) Cuando el procedimiento administrativo sancionador no cuente con una ley especial.
 - (ii) Cuando la ley especial no establezca un plazo para resolver el procedimiento sancionador.
 - (iii) Cuando el plazo para resolver el procedimiento sancionador establecido en una ley especial sea menor a nueve (9) meses.
35. Por el contrario, en aquellos procedimientos sancionadores cuya ley especial establezca un plazo para resolver mayor a nueve (9) meses, este será el aplicable para determinar la operación de la caducidad administrativa.
36. Dado que el procedimiento sancionador por actos de competencia desleal cuenta con una ley especial -la Ley de Represión de la Competencia Desleal-, corresponde verificar si esta norma establece un plazo para que la autoridad competente emita su pronunciamiento final en el referido procedimiento.
37. Al respecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal no establece un plazo global con el que cuente la autoridad para resolver el procedimiento, pero sí contiene plazos determinados para cada una de las etapas que integran este procedimiento.
38. Con relación a este punto, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico²⁴ del Ministerio de Justicia y Derecho Humanos (en adelante el Minjus) ha manifestado -ante una consulta efectuada por el Indecopi relacionada al plazo del procedimiento contenido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²⁵- que, si bien la referida norma no es literal en establecer el

²⁴ Actualmente, la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria (DGDNCR).

²⁵ Consulta Jurídica 15-2017/JUS/DGDNCR del 4 de julio de 2017. Esta consulta fue emitida en respuesta al requerimiento realizado por la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi mediante Carta 216-2017/PRE-INDECOPI, quien solicitó a la referida dirección opinión sobre los alcances del artículo 237-A de la Ley 27444 y los procedimientos tramitados bajo la Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas, aprobado por Decreto Legislativo 1034.

CONSULTA JURÍDICA 15-2017-JUS/DGDNCR

"14. *El título V del Decreto Legislativo 1034, se encarga de regular el procedimiento administrativo sancionador en materia de represión de conductas anticompetitivas. Si bien dicho título no establece de forma precisa el plazo*

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



respectivo plazo para resolver, este podía inferirse del periodo dispuesto para cada una de sus etapas procedimentales. En ese sentido, el Minjus indicó que, en tanto dicha ley establecía un plazo para resolver mayor a nueve (9) meses, la caducidad administrativa operaría al término del plazo previsto en la ley especial.

39. De manera similar a la norma que fue objeto de consulta, la Ley de Represión de la Competencia Desleal también establece plazos para cada una de sus etapas procedimentales, por lo que esta Sala considera oportuno aplicar, al presente caso, lo señalado por el Minjus.
40. Así pues, de la sumatoria de los plazos previstos para las diferentes etapas del procedimiento sancionador por actos de competencia desleal²⁶ -desde la notificación de la imputación de cargos hasta la notificación de la resolución final²⁷-, se obtiene como resultado que el procedimiento cuenta con un plazo para resolver de 195 días hábiles²⁸, el cual es mayor²⁹ al plazo general para resolver de nueve (9) meses dispuesto en el artículo 259 del TUO de la LPAG.

de caducidad del procedimiento sancionador, este plazo lo podemos sacar del iter procedimental establecida en la citada norma.

(...)

20. *El segundo párrafo del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la Ley 27444 hace suponer que si el plazo para (sic) resolver el procedimiento establecido en la ley especial es mayor a los nueve (9) meses más su ampliación, entonces la caducidad del procedimiento sancionador operará al término de dicho plazo especial.*

21. *Ahora bien, de un análisis comparativo entre el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la Ley 27444 y lo regulado en el Decreto Legislativo 1034, se logra advertir [que] los plazos establecidos para tramitar el procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia superan los plazos de caducidad regulados en el referido TUO. Por tanto, esta Dirección General considera que el plazo para declarar la caducidad del citado procedimiento sancionador será el plazo máximo para resolver establecido en el Decreto Legislativo 1034, en su condición de ley especial, ello en virtud del segundo párrafo del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la Ley 27444."*

²⁶ Entre los cuales se encuentra el plazo para presentar descargos, el periodo de prueba, la audiencia de informe oral, entre otros, hasta la notificación de la resolución final. Estos plazos se encuentran establecidos en los artículos 31, 32, 35, 41, 42, 43, 44 y 45 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

²⁷ De acuerdo con el numeral 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG, el plazo para resolver el procedimiento sancionador, para los fines de la caducidad administrativa, se computa desde la notificación de la imputación de cargos. Además, de acuerdo con el numeral 2 de dicho artículo, la caducidad operará cuando transcurra el plazo para resolver sin que se notifique la resolución respectiva (ver el numeral 30 de la presente resolución).

²⁸ Ver Anexo 1 de la presente resolución.

²⁹ Para determinar que, en el presente caso, el plazo legal para resolver el procedimiento sancionador por actos de competencia desleal (195 días hábiles) es mayor a nueve (9) meses, se simuló su aplicación tomando en cuenta la fecha de inicio del procedimiento (30 de junio de 2021) hasta nueve (9) meses posteriores. En dicho supuesto, el presente procedimiento habría vencido el 30 de marzo de 2022. Sin embargo, se aprecia que, desde el 30 de junio de 2021 hasta el 30 de marzo de 2022, solo transcurrieron 184 días hábiles. En consecuencia, esta Sala considera que el plazo establecido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal (195 días hábiles) es mayor al establecido en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General (9 meses).

41. En tal sentido, se concluye que el plazo para resolver de 195 días hábiles que se obtiene de la Ley de Represión de la Competencia Desleal será el aplicable al presente caso con la finalidad de determinar si ha operado la caducidad administrativa. Cabe recordar que el referido plazo se contabilizará desde la fecha de inicio del procedimiento con la notificación de la imputación de cargos hasta la notificación de la resolución final de la primera instancia, por lo que, si transcurre este plazo sin que la referida autoridad haya resuelto la materia controvertida y notificado su pronunciamiento, operará la caducidad administrativa.
42. En este punto corresponde desestimar lo alegado por América Móvil con relación a que, en anteriores pronunciamientos (el Anexo 1 de las Resoluciones 0054-2019/SDC-INDECOPI y 0167-2021/SDC-INDECOPI), la Sala habría indicado que el plazo para resolver el procedimiento sancionador por actos de competencia desleal es de doscientos (200) días hábiles. Ello pues, en ambos pronunciamientos citados por América Móvil, esta Sala ha señalado expresamente que el plazo máximo para resolver -a cuyo término operará la caducidad administrativa- es de ciento noventa y cinco (195) días hábiles³⁰, los cuales se computan desde la fecha de notificación de la imputación de cargos, conforme a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG³¹.

³⁰ **RESOLUCIÓN 0054-2019/SDC-INDECOPI DEL 19 DE MARZO DE 2019**

"36. De lo expuesto en el presente acápite, se puede concluir lo siguiente:

(...)

(iii) En ambos casos, el plazo para que opere la caducidad administrativa es máximo de 195 días hábiles en los procedimientos en materia de competencia desleal." (subrayado agregado)

RESOLUCIÓN 0167-2021/SDC-INDECOPI DEL 25 DE NOVIEMBRE DE 2021

"48. Teniendo ello en cuenta, corresponde que este Colegiado verifique si a la fecha en la que la Comisión emitió la Resolución 063-2021/CCD-INDECOPI, es decir, al 27 de abril de 2021, había excedido el plazo con el que contaba para resolver el presente procedimiento (195 días hábiles) y, por tanto, había operado la caducidad administrativa." (subrayado agregado)

³¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 259.- Caducidad administrativa del procedimiento sancionador

1. El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses, contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad administrativa no aplica al procedimiento recursivo. Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

2. Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el procedimiento y se procederá a su archivo.

(...)

(Subrayado agregado)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



43. Por otro lado, América Móvil señaló que el TUPA del Indecopi establecería que el procedimiento sancionador por actos de competencia desleal cuenta con un plazo aproximado para resolver de doscientos cinco (205) días hábiles, conforme a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
44. Al respecto, se debe tener en cuenta que el TUPA del Indecopi recoge básicamente una aproximación³² del plazo máximo para tramitar una denuncia por presuntos actos de competencia desleal. Cabe recordar además que el plazo para resolver -para los fines de la caducidad administrativa- se computa desde la notificación de la imputación de cargos y no desde la presentación de la denuncia por presuntos actos de competencia desleal, por lo que carece de asidero aplicar el plazo aproximado previsto en el TUPA del Indecopi.
45. Teniendo en cuenta lo expuesto, a continuación, se analizará si transcurrieron más de ciento noventa y cinco (195) días hábiles desde la fecha de notificación de la imputación de cargos hasta la fecha de notificación de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI; y, por tanto, si había operado la caducidad administrativa.

III.2.3. Aplicación al caso concreto

46. De la revisión de los actuados en el presente procedimiento, se advierte que, mediante Resolución s/n de fecha 16 de octubre de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por América Móvil contra Nubyx.
47. Posteriormente, mediante Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión modificó la imputación de cargos realizada a Nubyx, lo que generó el inicio de un nuevo computo de plazos para la formulación de descargos y para la tramitación del procedimiento, conforme al artículo 38.2 de

³² En el TUPA del Indecopi se indica que el plazo de 205 (doscientos cinco) días es un “plazo máximo aproximado conforme al Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal” (subrayado agregado).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

la Ley de Represión de la Competencia Desleal³³. Esta última decisión fue remitida a Nubyx por correo electrónico el 25 de junio de 2021³⁴.

48. De acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo 1511, Decreto Legislativo que crea el “Procedimiento Acelerado de Refinanciación Concursal (“PARC”) para asegurar la continuidad en la cadena de pagos ante el impacto del Covid-19”³⁵, la notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando el Indecopi envíe la comunicación, surtiendo efectos al día siguiente de la remisión del correo electrónico.
49. En tal sentido, el plazo expresado en días debe computarse desde el día hábil siguiente en que la resolución surtió efectos³⁶, ello a fin de salvaguardar el

³³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 38.- Actuaciones de instrucción. -

(...)

38.2.- Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación o de las sanciones a imponer, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento. (...) (Subrayado agregado)

³⁴ Conforme se aprecia en la constancia de envío del correo electrónico dirigido a Nubyx (ver a foja 405 del expediente).

³⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1511. DECRETO LEGISLATIVO QUE CREA EL PROCEDIMIENTO ACELERADO DE REFINANCIACIÓN CONCURSAL (“PARC”) PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD EN LA CADENA DE PAGOS ANTE EL IMPACTO DEL COVID-19**

(...)

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

(...)

Sexta. Disposiciones especiales para la notificación

Durante la Emergencia Sanitaria a nivel nacional declarada mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, así como el Estado de Emergencia Nacional establecido mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM y sus prórrogas, las notificaciones de los actos administrativos y demás actuaciones emitidas por el INDECOPI en el marco de los procedimientos administrativos que se inicien y los que se encuentran en curso, se realizan vía correo electrónico u otro medio digital.

Para efectos de lo dispuesto en el párrafo precedente, los administrados remiten una comunicación al INDECOPI, en la que consignen una dirección electrónica y números telefónicos de contacto con el número de expediente en trámite o indicarlos al inicio del procedimiento administrativo. En su defecto, el INDECOPI puede solicitar estos datos directamente por cualquier otro medio.

La notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando el INDECOPI remita la comunicación, surtiendo efectos al día siguiente de la remisión del correo electrónico. Es de cargo del administrado asegurar la disponibilidad y correcto funcionamiento de la dirección electrónica, en caso contrario, el INDECOPI puede realizar la notificación por cualquier otro medio disponible, para lo cual emite la directiva correspondiente. (Subrayado agregado)

³⁶ El mismo criterio ha sido expuesto por el Tribunal Constitucional en un auto emitido en el marco del Expediente 3180-2021-PA/TC, en el que determinó que cualquier plazo referido al proceso debe computarse desde el día hábil siguiente en que la resolución surtió efectos.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

derecho de defensa del imputado y de conformidad con el principio del debido procedimiento administrativo. En mérito de lo antes expuesto, el inicio del cómputo del plazo legal con el que la primera instancia contaba para resolver la presente controversia inició el 30 de junio de 2021, es decir, al día hábil siguiente en que la notificación de la imputación de cargos efectuada a Nubyx surtiera efectos.

50. Luego, por Resolución 5 del 22 de marzo de 2022, la Comisión decidió suspender el procedimiento hasta que la OEE emita un informe sobre el beneficio económico que habría obtenido Nubyx por la realización de las conductas infractoras materia de denuncia.
51. Es importante mencionar que el plazo de tramitación quedó suspendido desde la fecha de emisión de la resolución respectiva (es decir desde el 22 de marzo de 2022), pues la adopción misma de tal decisión implicaba que la autoridad no podía continuar con las actuaciones procedimentales correspondientes ni emitir una decisión final, sin el pronunciamiento previo de la OEE.
52. El 13 de setiembre de 2022, la Secretaría Técnica de la Comisión recibió el Informe 118-2022-OEE/INDECOPI³⁷ (a cuya espera se mantenía el procedimiento suspendido). Por ende, el 14 de setiembre de 2022 se reanudó el plazo de tramitación del presente procedimiento.
53. Por último, la notificación de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 a las partes del procedimiento se llevó a cabo el 6 de octubre de 2022. Siendo así, corresponde contabilizar si hasta esa fecha había transcurrido el plazo de 195 días hábiles para que opere la caducidad.
54. En síntesis, de la revisión de los actuados en el presente procedimiento, se advierte lo siguiente:

AUTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 3 DE AGOSTO DE 2022

"17. En tal sentido, cualquier plazo referido al proceso debe computarse desde el día hábil siguiente en que la resolución surtió efecto, es decir, si la notificación electrónica surte efecto a los dos días hábiles siguientes al ingreso de su notificación a la casilla electrónica, entonces, el plazo debe computarse desde el día hábil siguiente de haberse cumplido esos dos primeros días hábiles. Este Colegiado considera que dicha interpretación resulta acorde con el principio pro actione, es decir, en sentido favorable para posibilitar el acceso a la tutela jurisdiccional y con exclusión de toda opción interpretativa que sea contraria a ese propósito."

³⁷ De acuerdo con la constancia del Sistema de Gestión Documental de la Secretaría Técnica de la Comisión, el Informe 0118-2022-OEE/INDECOPI del 12 de setiembre de 2022 fue recibido por esa oficina el 13 de setiembre del mismo año (ver fojas 805 del expediente).

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

41/115

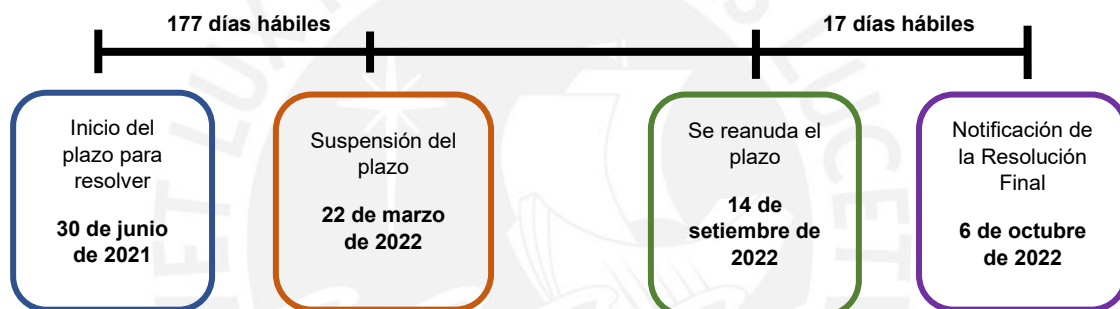
INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

- (i) Los plazos de tramitación del presente procedimiento se iniciaron el 30 de junio de 2021, considerando lo señalado con relación a la notificación de cargos en este caso.
- (ii) La suspensión del procedimiento se mantuvo desde el 22 de marzo de 2022 hasta el 13 de setiembre de 2022, inclusive.
- (iii) El 27 de setiembre de 2022, la Comisión emitió su decisión final a través de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la cual fue diligenciada a las partes del procedimiento el 6 de octubre de 2022.

55. Lo señalado en el párrafo anterior puede ser apreciado gráficamente en la siguiente línea de tiempo donde se detallan las actuaciones tomadas en cuenta para el cómputo del plazo de caducidad:



56. Del gráfico expuesto, se verifica que la notificación de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI se efectuó en el día hábil ciento noventa y cuatro (194) desde el inicio del procedimiento³⁸. De este modo, la actuación se efectuó dentro del plazo máximo de ciento noventa y cinco (195) días hábiles que establece la Ley de Represión de la Competencia Desleal para que la autoridad emita y notifique su pronunciamiento.
57. En consecuencia, al haberse notificado la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI dentro del plazo de ciento noventa y cinco (195) días hábiles dispuesto por la norma especial, no ha operado la caducidad administrativa, por lo que corresponde desestimar los argumentos expuestos por Nubyx en este punto.

III.3. Sobre el pedido de informe oral

³⁸ Para el cómputo del plazo, no se han tomado en cuenta los días 28 y 29 de julio, 30 de agosto, 8 y 11 de octubre, 1 y 2 de noviembre, 8, 24, 27 y 31 de diciembre de 2021, en tanto corresponden a feriados o días no laborables a nivel nacional. Asimismo, no se ha tomado en cuenta el 3 de enero de 2022 por corresponder a un día no laborable de dicho año a nivel nacional.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

58. En su apelación, América Móvil ha solicitado que se le conceda el uso de la palabra para exponer sus argumentos en una audiencia de informe oral.
59. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, el Decreto Legislativo 1033) señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada³⁹, por lo que la citación a informe oral es una potestad y no una obligación de la autoridad.
60. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios (sic) del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación”*⁴⁰.
61. En el presente caso, esta Sala considera que cuenta con todos los elementos de juicio para resolver las cuestiones en controversia, pues tiene a su alcance: (i) los anuncios que contienen los mensajes publicitarios presuntamente engañosos, así como aquellos que materializarían los presuntos actos de denigración y de infracción al principio de legalidad; (ii) los diversos alegatos de hecho y derecho que las partes han expresado amplia y reiteradamente durante el procedimiento; y, (iii) las actuaciones más relevantes realizadas en primera instancia (imputación de cargos, requerimientos de información, audiencia de informe oral, informe de la OEE, entre otros). Por ello, esta Sala considera que

³⁹ **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.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.

⁴⁰ **SENTENCIA EMITIDA EL 16 DE ENERO DE 2013 EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE 01147-2012-PA/TC**

“18. Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

43/115

los mencionados elementos resultan suficientes a fin de emitir una decisión fundamentada.

62. En consecuencia, no resulta necesario convocar a una audiencia de informe oral, por lo que corresponde denegar la solicitud formulada por América Móvil.

III.4. Sobre la presunta vulneración del principio de culpabilidad

63. En apelación, Nubyx alegó que la responsabilidad administrativa por incurrir en actos de competencia desleal es subjetiva, conforme al principio de culpabilidad establecido en el artículo 248 del TUO de la LPAG⁴¹. Agregó que, no obstante ello, en la imputación de cargos la Secretaría Técnica de la Comisión no realizó precisión alguna sobre la responsabilidad subjetiva de Nubyx y, posteriormente, la Comisión incurrió en la misma omisión en la resolución impugnada.
64. Nubyx añadió que no tuvo como objetivo infringir las normas de competencia desleal, por lo que ante la falta de medios probatorios que demuestren su dolo o culpa al incurrir en las presuntas infracciones imputadas, correspondería que se declare la nulidad de la resolución impugnada y se ordene el archivo del procedimiento.
65. Sobre el particular, de una lectura del artículo 248 del TUO de la LPAG, se aprecia que el principio de culpabilidad establece que la responsabilidad administrativa será subjetiva, salvo que por ley o decreto legislativo se disponga que la responsabilidad administrativa sea objetiva.
66. En materia de competencia desleal, esta Sala observa que el artículo 7.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴² dispone que para determinar la existencia de un acto de competencia desleal no es necesario acreditar la conciencia o voluntad del agente infractor. En ese sentido, considerando lo

⁴¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

⁴² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 7.- Condición de ilicitud. -

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. (subrayado agregado)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

expuesto en la ley especial que rige el procedimiento sancionador en materia de competencia desleal, la responsabilidad administrativa es objetiva.

67. En consecuencia, contrariamente a lo señalado por Nubyx en su apelación, no resulta relevante determinar la concurrencia de dolo o culpa a fin de dilucidar la existencia de los presuntos actos de competencia desleal imputados a dicha empresa.
68. Habiéndose constatado que la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI no adolece de vicio alguno que acarree su nulidad, corresponde desestimar lo alegado por Nubyx en este extremo de su recurso administrativo.

III.5. Sobre los actos de engaño

III.5.1. Marco normativo

69. El numeral 1 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que los actos de engaño son aquellos a través de los cuales los agentes económicos inducen a error a otros participantes del mercado y, en particular, a los consumidores sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, sobre los atributos, condiciones o beneficios que presentan sus bienes, servicios o establecimientos⁴³.
70. En consecuencia, el ámbito de aplicación de la citada norma no es absoluto, sino que se limita a aquellos supuestos en los que se esté frente a aquella publicidad que trasmite un mensaje objetivo.
71. En concordancia, el numeral 3 del artículo 8 de la misma norma dispone que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante⁴⁴.

⁴³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño. -

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

(...)

⁴⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

Asimismo, este último deberá cumplir con el deber de sustanciación previa, según el cual el anunciante tiene la carga de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme se establece en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴⁵.

72. De esta manera, conforme al deber de sustanciación previa, en un procedimiento sancionador por actos de competencia desleal por la presunta comisión de actos de engaño, el anunciante debe presentar los medios probatorios que acrediten que, antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o solo potencialmente ciertas.
73. Por otro lado, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece las pautas de enjuiciamiento de los actos en su manifestación publicitaria, precisando que el análisis de los anuncios se debe efectuar de manera integral, esto es, a partir del significado que en conjunto un consumidor atribuiría a todos los elementos comprendidos en el anuncio, y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influido mediante un examen superficial de la pieza publicitaria⁴⁶. En el caso de campañas publicitarias, estas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

III.5.2. Aplicación al caso concreto

- a) Sobre la campaña publicitaria referida a que Nubyx ofrece un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.
(...)

⁴⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

⁴⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad. -

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

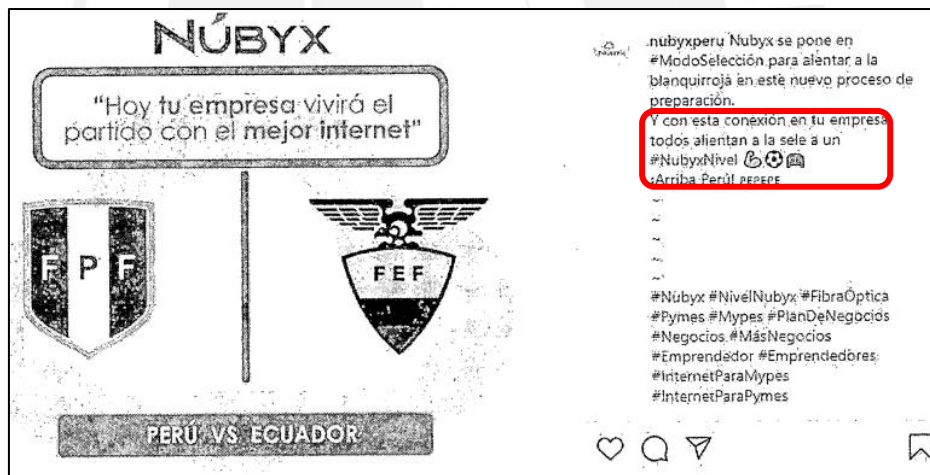
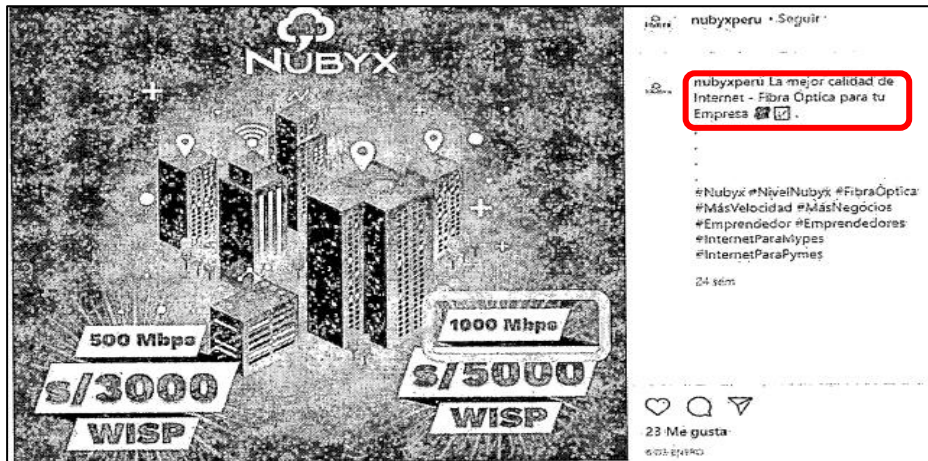
21.2. Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario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

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

a.1) Descripción de la campaña publicitaria difundida en Instagram y Facebook⁴⁷

- En Instagram



⁴⁷ Cabe indicar que los anuncios materia de evaluación han sido extraídos de la información proporcionada por la Secretaría Técnica de la Comisión en la resolución de imputación de cargos, así como por Nubyx en su escrito de descargos.



PERÚ

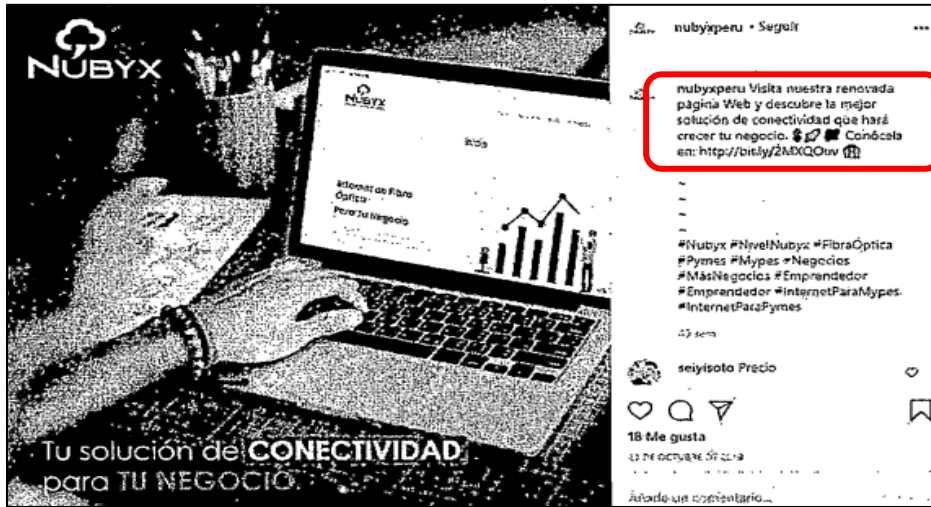
Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

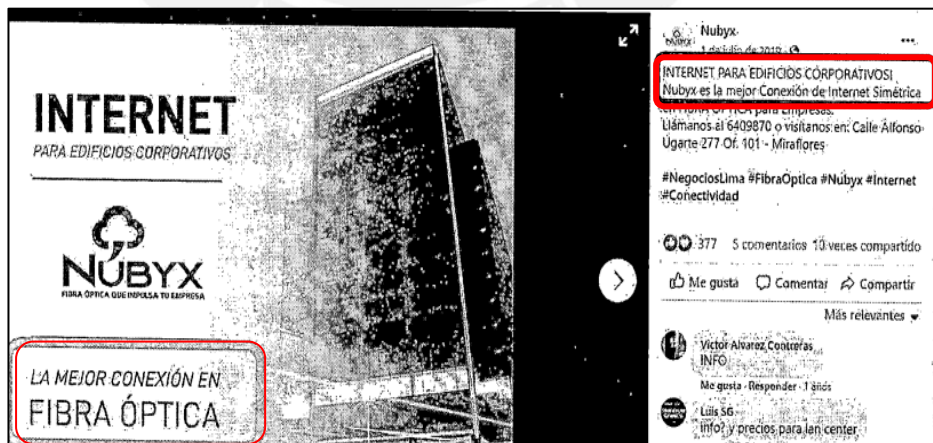
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

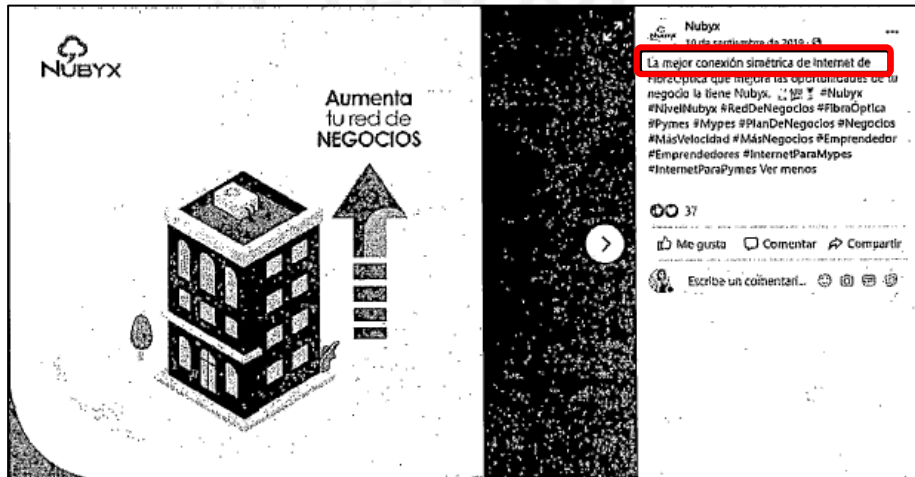
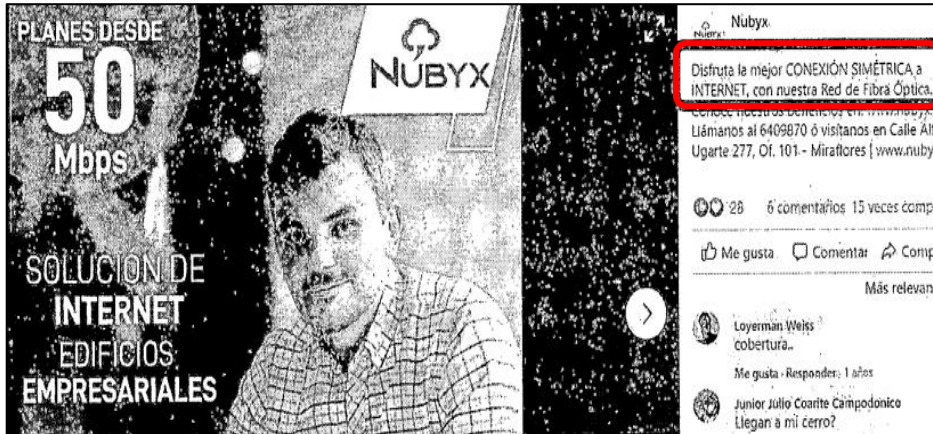


- En Facebook



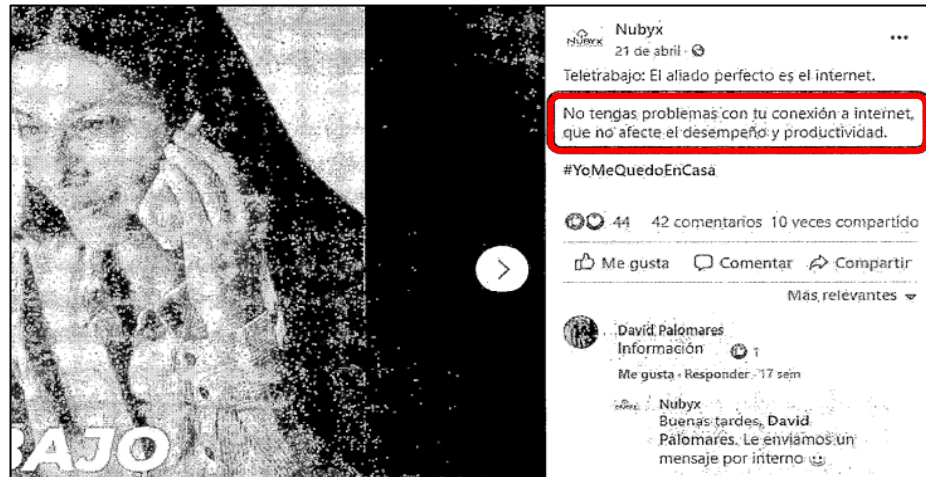
M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



a.2) Análisis del mensaje transmitido por Nubyx en la campaña publicitaria

74. Tal como se señaló en el párrafo 73 de la presente resolución, el artículo 21 de la Ley de la Represión de la Competencia Desleal⁴⁸ establece las pautas de enjuiciamiento de los anuncios, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho de que el destinatario queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Siendo así, dicho destinatario aprehenderá todos los elementos comprendidos en el anuncio.

75. En el caso particular de las campañas publicitarias, la evaluación de la

⁴⁸ Ver nota al pie 46.



publicidad exige que: (i) se analicen los anuncios en conjunto, considerando sus particularidades; y, (ii) se tenga en consideración el mensaje principal de la campaña publicitaria.

76. De acuerdo con la definición recogida por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, una campaña publicitaria se encuentra constituida por anuncios difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios de comunicación, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal⁴⁹.
77. Por tanto, ante una campaña publicitaria se requerirá extraer, de una evaluación conjunta de los anuncios, el mensaje principal que trasciende las piezas publicitarias que la integran.
78. De la revisión de los anuncios difundidos y que han sido objeto de cuestionamiento, esta Sala aprecia lo siguiente:
- (i) Fueron difundidos por un mismo agente económico (Nubyx);
 - (ii) en un mismo período y espacio geográfico⁵⁰;
 - (iii) a través de diversos medios comunicación: redes sociales como Instagram y Facebook;
 - (iv) respecto de un mismo servicio (internet de fibra óptica); y,
 - (v) transmiten un solo mensaje unificador respecto del servicio de internet fijo para el hogar mediante fibra óptica ofrecido por Nubyx, consistente en que tendría la mejor calidad y conectividad.

⁴⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 59.- Definiciones

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

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

⁵⁰ Según lo manifestado por la propia imputada, los anuncios de la campaña publicitaria fueron difundidos a nivel nacional desde julio de 2019 hasta julio de 2020; sin embargo, se verifica que algunas publicaciones fueron efectuadas en abril de 2019, por lo que esta Sala considera que, en realidad, el periodo de difusión de la campaña publicitaria es de abril de 2019 a julio de 2020.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

79. De acuerdo con lo descrito, se verifican elementos propios que caracterizan una campaña publicitaria, por lo cual, los anuncios descritos serán analizados de forma conjunta.

a.3) Aplicación al caso en concreto

80. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Nubyx en este extremo. A criterio de la primera instancia, las afirmaciones de la imputada tienen naturaleza subjetiva por referirse a un juicio estimativo y unilateral del anunciante respecto de sus servicios. Asimismo, el término “mejor” no puede ser objetivamente comprobado a través de algún parámetro.

81. En su recurso de apelación, América Móvil indicó que las afirmaciones publicitarias difundidas por Nubyx claramente tendrían un tono excluyente, pues presentan el servicio de internet que ofrece como aquel que cuenta con la mejor calidad, conectividad y conexión de fibra óptica del mercado.

82. Sobre el particular, de acuerdo con la imputación de cargos, las afirmaciones que habría difundido Nubyx en su campaña publicitaria respecto a su servicio de internet fijo mediante fibra óptica serían las siguientes: (i) *“la mejor calidad de internet”*; (ii) *“con esta conexión en tu empresa, todos alientan a la sele a un #NubyxNivel”*; (iii) *“Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”*; (iv) *“No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad”*; (v) *“Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”*; y, (vi) *“La mejor conexión en fibra óptica”*.

83. De la revisión de dichas afirmaciones⁵¹, se observa que Nubyx ha expresado de manera general que su servicio de internet contaría con la “mejor calidad” y la “mejor solución de conectividad” como atributos positivos del mismo, sin embargo, no ha identificado algún elemento o característica particular que convertiría a su servicio de internet en el mejor en esos aspectos.

84. En efecto, la campaña publicitaria materia de análisis no contiene algún criterio objetivo o parámetro en el mensaje transmitido a los consumidores que pueda generar que estos consideren que el servicio de internet de Nubyx cuenta con

⁵¹ Cabe indicar que las afirmaciones de las cuales se ha extraído el mencionado mensaje publicitario son las siguientes: (i) *“la mejor calidad de internet”*; (ii) *“Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”*; (iii) *“Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”*; y, (iv) *“La mejor conexión en fibra óptica”*.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

52/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

la mejor calidad y conectividad del mercado por un determinado motivo, más allá de la sola opinión del anunciante.

85. En tal sentido, esta Sala considera que los consumidores pueden interpretar que las afirmaciones difundidas por Nubyx corresponden a un atributo que la empresa pretende resaltar de su servicio de internet, sin que ello tenga un parámetro objetivo y unívoco de medición, por lo que se trata de un mensaje publicitario de naturaleza subjetiva.
86. América Móvil sostuvo que, en el supuesto negado de que la Sala considerara que las afirmaciones difundidas por Nubyx son subjetivas, se debe tener en cuenta que hasta en casos extremos (como la exageración publicitaria) debe haber un núcleo fáctico que concuerde con la realidad.
87. Al respecto, como se ha expuesto en párrafos previos, en el presente caso se ha determinado que las afirmaciones realizadas por Nubyx en su publicidad tienen naturaleza subjetiva, al corresponder a un juicio valorativo del anunciante sobre el servicio de internet que ofrece en el mercado. En tal sentido, estas afirmaciones no son objetivamente comprobables a través de parámetro alguno.
88. Es preciso indicar que el numeral 3 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵² establece que el anunciante tiene la carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados, por lo que esta obligación no puede extenderse a afirmaciones de carácter subjetivo. Por ende, se desestima el alegato antes mencionado de la apelante.
89. De otro lado, América Móvil sostuvo que las frases publicitarias en las que Nubyx destacó su internet como el de mejor calidad y conectividad se encuentran en los mismos anuncios en los que afirmó que su internet estaba libre de interrupciones (extremo de la denuncia declarada fundada por la Comisión). Al respecto, se debe señalar que el hecho de que ambas afirmaciones consten en el mismo soporte publicitario no implica que ambas tengan carácter objetivo. En efecto, las afirmaciones evaluadas en este apartado y aquellas referidas por América Móvil en este extremo de su apelación transmiten mensajes publicitarios distintos a los consumidores, por lo cual deben ser evaluadas por separado. Por tanto, corresponde desestimar este argumento.

⁵² Ver nota al pie 44.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

90. En su apelación, América Móvil agregó que, si bien la palabra “mejor” es subjetiva, el contexto en el que ha sido usada dicha palabra dota de objetividad al mensaje publicitario. El recurrente señaló que debe tenerse en cuenta que el artículo 9 del Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha⁵³ establece expresamente que el Osiptel tiene facultades para medir y verificar la calidad del servicio de internet fijo de banda ancha. Sostuvo que, además, en aplicación del Reglamento de Calidad de Osiptel⁵⁴, dicha entidad realiza el monitoreo de la calidad del servicio de internet fijo, teniendo como criterios de evaluación -entre otros- los niveles de congestión de las redes fijas y el seguimiento continuo del crecimiento del tráfico en la red. Por tanto, a decir del recurrente, la calidad y la conexión del servicio de internet pueden ser medidos con un parámetro objetivo.
91. Al respecto, es importante tener en cuenta que el hecho de que el Reglamento de la Ley de Promoción de la Banda Ancha y el Reglamento de Calidad de Osiptel contengan criterios o indicadores para evaluar la calidad del servicio de internet fijo de banda ancha (por ejemplo, indicadores del cumplimiento de la velocidad mínima, velocidad promedio, tasa de transferencia de datos, latencia, entre otros) no evidencia que las afirmaciones difundidas por Nubyx materia de análisis tengan carácter objetivo, pues en estas no se hizo mención a alguno de estos criterios o indicadores de calidad que -según América Móvil- tendrían carácter objetivo.
92. Por último, en apelación, América Móvil alegó que, en la Resolución 033-2022/CCD-INDECOPI, correspondiente al procedimiento seguido por América Móvil contra Iway Telecom S.A.C., la Comisión reconoció la existencia de indicadores de calidad al evaluar la veracidad de una afirmación presuntamente engañosa en la publicidad materia de análisis en dicho caso.
93. Sobre ese punto, se debe indicar que el mensaje publicitario analizado por la Comisión en el procedimiento invocado por América Móvil en este extremo de su apelación⁵⁵ es distinto al mensaje transmitido por la publicidad analizada en este apartado, por lo que los fundamentos expuestos en la Resolución 033-2022/CCD-INDECOPI no resultan aplicables al presente caso.

⁵³ Ver nota al pie 19.

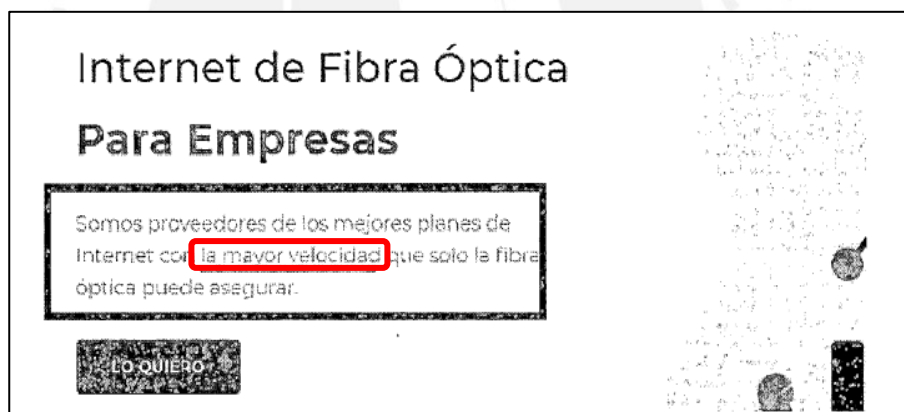
⁵⁴ Ver nota al pie 20.

⁵⁵ De la lectura de la Resolución 033-2022/CCD-INDECOPI, se observa que el mensaje objeto de análisis consistía en que la imputada ofrecería un servicio de internet que se encontraba libre de caídas.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

94. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que la Sala cuenta con autonomía técnica y funcional para el análisis de las controversias puestas en su conocimiento, de conformidad con el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI⁵⁶.
95. En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la presunta comisión de actos de engaño en este extremo.
- b) Sobre la publicidad referida a que Nubyx ofrece un servicio de internet de mayor velocidad
- b.1) Descripción de la campaña publicitaria difundida en página web, LinkedIn, Instagram y Facebook⁵⁷
- En página web



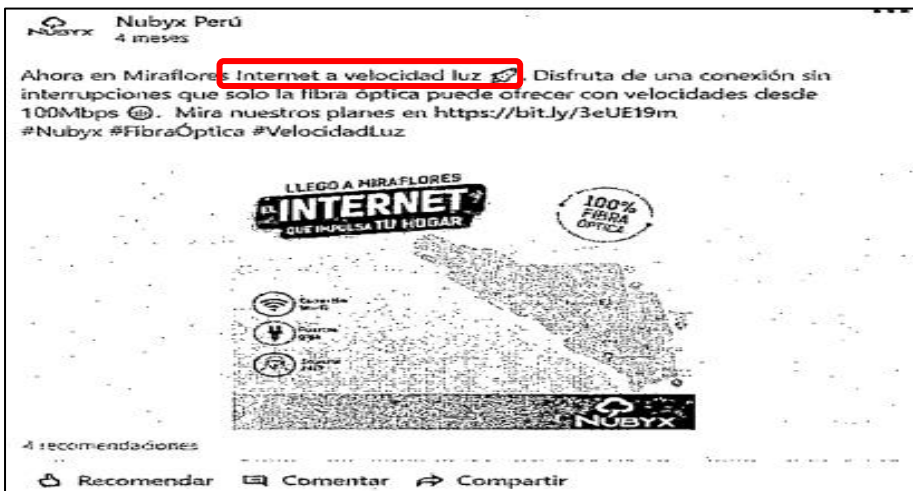
⁵⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1033, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI**

Artículo 12.- De las Salas del Tribunal. -

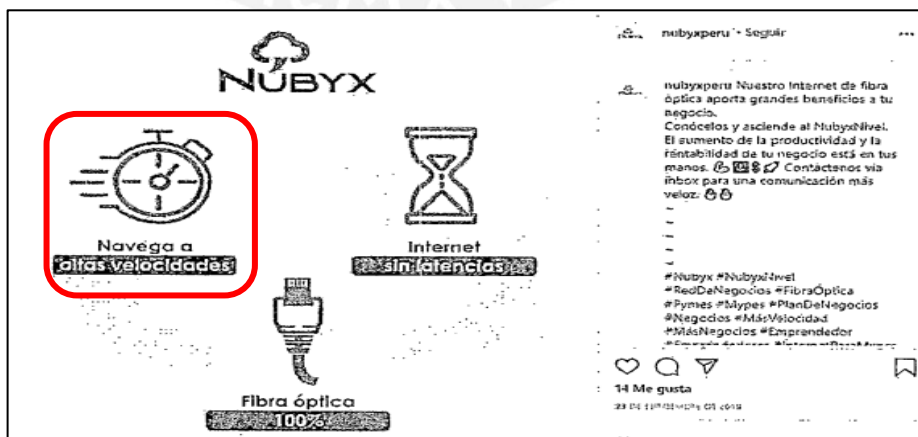
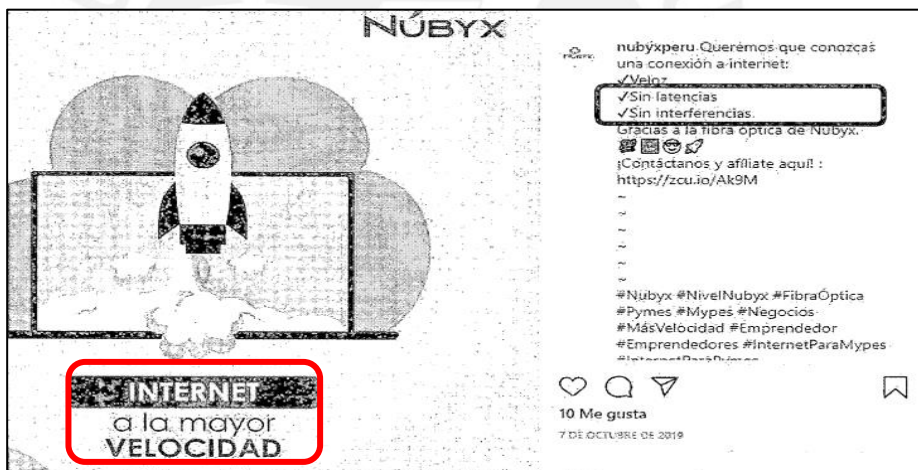
12.1 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por Salas especializadas en los asuntos de competencia resolutoria del INDECOPI. El número y materia de las Salas será determinada por el Consejo Directivo, considerando la especialización y la carga procesal, según lo dispuesto en el artículo 5, literal b) de la presente Ley.
(...)

⁵⁷ Cabe indicar que los anuncios materia de evaluación han sido extraídos de la información proporcionada por la Secretaría Técnica de la Comisión en la resolución de imputación de cargos y por Nubyx en su escrito de descargos.

- En LinkedIn



- En Instagram

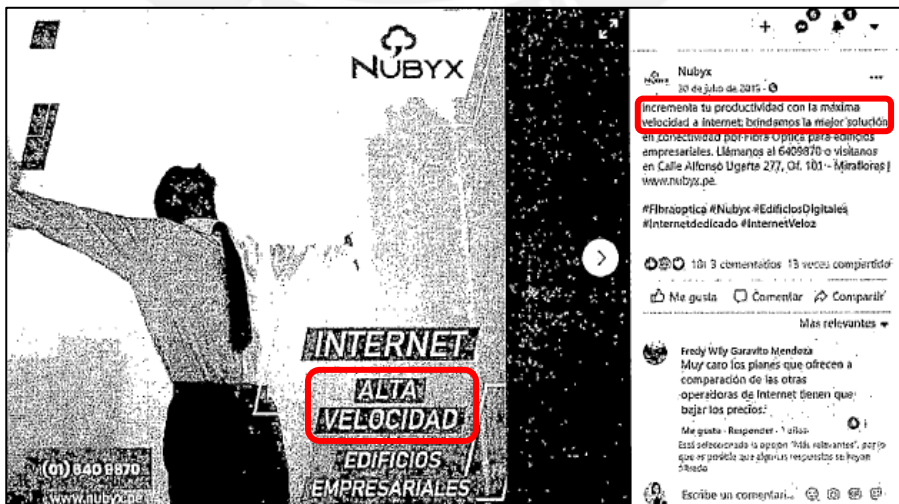


M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

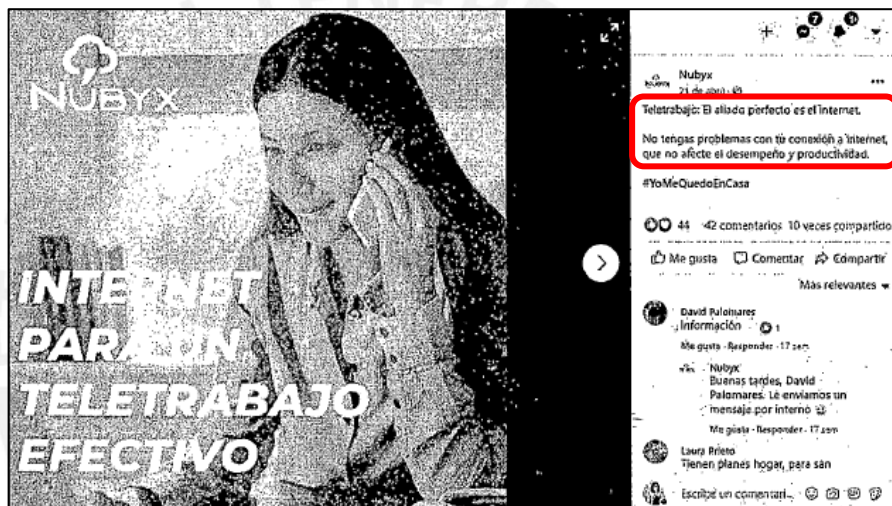
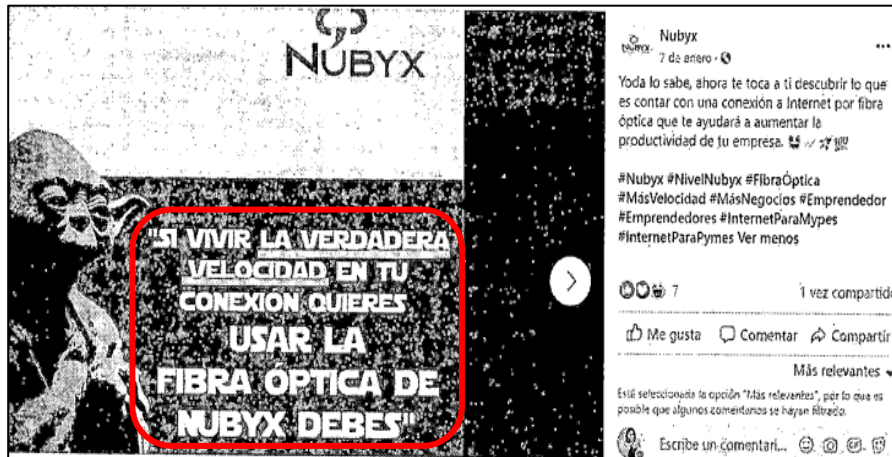


- En Facebook



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

b.2) Análisis del mensaje transmitido por Nubyx en la campaña publicitaria

96. Tomando en cuenta lo indicado en los numerales 74 al 77 de la presente resolución, de la revisión de los anuncios difundidos y que han sido objeto de cuestionamiento, esta Sala aprecia lo siguiente:

- (i) Fueron difundidos por un mismo agente económico (Nubyx);
- (ii) en un mismo período y espacio geográfico⁵⁸;
- (iii) a través de diversos medios de comunicación: sitio web y redes sociales como Instagram, Facebook y LinkedIn;
- (iv) respecto de un mismo servicio (internet de fibra óptica); y,
- (v) transmiten un solo mensaje unificador respecto del servicio de internet fijo mediante fibra óptica de Nubyx, consistente en que ofrecería una mayor velocidad.

97. De acuerdo con lo descrito, se verifican elementos propios que caracterizan una campaña publicitaria, por lo cual, los anuncios descritos serán analizados de forma conjunta.

b.3) Aplicación al caso en concreto

98. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Nubyx en este extremo. Al respecto, la primera instancia señaló que el mensaje imputado tiene naturaleza subjetiva por referirse a un juicio estimativo y unilateral del anunciante respecto de sus servicios. Además, el término “mayor” no puede ser objetivamente comprobado a través de algún parámetro.

99. En su apelación, América Móvil alegó que las afirmaciones publicitarias difundidas por Nubyx claramente tendrían un tono excluyente, pues presentan a su internet como aquel que cuenta con la mayor velocidad del mercado. Además, agregó que, contrariamente a lo señalado por la Comisión, el atributo de velocidad en sí mismo es objetivo y susceptible de comprobación.

⁵⁸ Según lo manifestado por la propia imputada, los anuncios de la campaña publicitaria fueron difundidos a nivel nacional desde julio de 2019 hasta julio de 2020; sin embargo, se verifica que algunas publicaciones fueron efectuadas en abril de 2019, por lo que esta Sala considera que, en realidad, el periodo de difusión de la campaña publicitaria es de abril de 2019 a julio de 2020.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

100. Sobre el particular, de la revisión de las afirmaciones que habría difundido Nubyx en sus anuncios (*"Internet a la mayor velocidad"; "Navega a altas velocidades"; "Internet a velocidad luz"; "Conexión de internet veloz para tu empresa. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet"; "Internet de alta velocidad. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet"; "Si vivir la verdadera velocidad quieres, usar la fibra óptica de Nubyx debes"*), se observa que la imputada destacó de manera general que su servicio de internet fijo permitiría navegar a "mayor velocidad", "altas velocidades", "velocidad luz" o "máxima velocidad".
101. En efecto, los anuncios de la campaña publicitaria que contienen las afirmaciones imputadas transmiten a los consumidores que la velocidad es un atributo o característica positiva del servicio de internet fijo mediante fibra óptica ofrecido por Nubyx, pero no señalan que este servicio sea el más veloz del mercado o que tenga preeminencia sobre los servicios ofrecidos por otros agentes en el mercado.
102. Ciertamente, a diferencia del mensaje imputado en la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, de las piezas publicitarias bajo análisis no se advierte que trasladen a los consumidores un mensaje de tono excluyente, referido a que el servicio de internet de Nubyx resultara más veloz que el ofrecido por Claro, Movistar u otro agente económico; ya que no hace alusión a una preeminencia en el mercado ni a una tecnología o un plan tarifario determinado que sea ofrecido por otros competidores en el mercado.
103. Además, esta Sala considera que las afirmaciones materia de análisis tienen naturaleza subjetiva, al tratarse de un juicio de valor que Nubyx ha realizado sobre su propio servicio, por lo que carece de un parámetro objetivo y unívoco para determinar su veracidad. Ciertamente, de las afirmaciones realizadas por Nubyx no se desprende algún parámetro o característica particular que permita la comprobación del mensaje difundido en la campaña materia de análisis.
104. América Móvil manifestó que, mediante la Resolución 170-2018/SDC-INDECOPI, la Sala habría reconocido que la velocidad es un atributo objetivo susceptible de medición y comprobación. Asimismo, agregó que en la Resolución 363-2014/SDC-INDECOPI la Sala reconoció que en algunos casos se podía desprender la existencia de un parámetro objetivo de medición, aun cuando este no haya sido mencionado expresamente en el anuncio.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

60/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

105. Al respecto, de la revisión de la Resolución 170-2018/SDC-INDECOPI, se aprecia que la Sala declaró fundada una denuncia por actos de engaño debido a que la publicidad denunciada transmitía a los consumidores que la imputada sería la operadora de telecomunicaciones cuyo servicio de telefonía móvil contaba con el internet más rápido del país, cuando ello no era cierto. En ese sentido, como se aprecia, el mensaje analizado en aquel pronunciamiento es distinto al mensaje difundido por Nubyx en este caso, en el cual solo ha indicado que su servicio de internet fijo mediante fibra óptica ofrecería una “mayor velocidad”.
106. En cuanto a la Resolución 363-2014/SDC-INDECOPI, la Sala indicó en aquel pronunciamiento que una afirmación calificará como objetiva si es que (i) en ella consta un parámetro objetivo y unívoco que permita su comprobación⁵⁹ o (ii) si es que la veracidad de la misma puede ser comprobada a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco, aun cuando este no haya sido mencionado expresamente en el anuncio⁶⁰.
107. Sin embargo, en el caso de las piezas que conforman la campaña publicitaria en el presente procedimiento, no se aprecia que el mensaje transmitido a los consumidores contenga algún parámetro objetivo y unívoco que permita la verificación de la afirmación materia de análisis. Tampoco se advierte que, de la revisión del mensaje difundido en la campaña publicitaria -consistente en que el servicio de internet fijo mediante fibra óptica de Nubyx ofrecería una mayor velocidad-, se desprenda algún parámetro objetivo y unívoco que permita comprobar su veracidad, pues para ello podría recurrirse a una serie de diversos factores como la experiencia de sus usuarios (lo que agrega un componente subjetivo) la evolución de la velocidad del servicio ofrecido por Nubyx, entre otros.
108. Cabe agregar que no se aprecia que Nubyx haya indicado o aludido a que su internet contaría con “la mayor velocidad del mercado” o “tendría el internet más veloz del mercado”, como refiere América Móvil. Por ello, aun cuando la velocidad de internet que ofrecen los agentes en el mercado pueda ser medida

⁵⁹ A modo de ejemplo, la Sala señaló un caso hipotético en el que la afirmación de la publicidad sería la siguiente: “ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú, de acuerdo con la encuesta realizada por la empresa consultora ABC, para el periodo 2013”. En ese hipotético caso, la Sala señaló que la afirmación publicitaria contendría en sí misma un parámetro objetivo de medición, pues únicamente tendría que verificarse la existencia de la referida encuesta o estudio y que el resultado de la misma es que ESAN sea la mejor escuela de negocios en el Perú en dicho periodo.

⁶⁰ En ese caso, la Sala señaló como ejemplo un caso hipotético con la siguiente afirmación en una publicidad: “La nueva Margarito es la bebida del pueblo. Rinde más que las otras debido a su mayor cantidad”. En ese ejemplo, si bien el anuncio no indica en sí mismo el parámetro objetivo de medición, de él se desprende que existe un parámetro objetivo y unívoco para medir la cantidad de líquido de una bebida gaseosa, el cual es el litro como unidad de medida.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

61/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

a través de diversos portales web que ofrecen pruebas de velocidad, ello no constituye un parámetro objetivo y unívoco para acreditar la veracidad del mensaje difundido por Nubyx, en tanto dicho mensaje no ha consistido en la preeminencia de la velocidad de su servicio de internet fijo frente al ofrecido por otros agentes en el mercado.

109. Por otro lado, América Móvil manifestó que en la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión reconoció que ofrecer la mayor velocidad constituye una afirmación objetiva susceptible de verificación. Al respecto, es pertinente indicar que el mensaje publicitario analizado por la Comisión en dicho pronunciamiento⁶¹ difiere del mensaje que transmite la publicidad analizada en este apartado, por lo cual los fundamentos expuestos en la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI no resultan aplicables al presente caso.
110. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que la Sala cuenta con autonomía técnica y funcional para el análisis de las controversias puestas en su conocimiento, de conformidad con el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI⁶².
111. Por último, América Móvil alegó que el Osiptel ha reconocido que la velocidad de la conexión a internet es un elemento relevante para una adecuada decisión de consumo y, debido a ello, ha puesto a disposición de los consumidores portales para comparar la velocidad de los servicios de internet.
112. Sobre este punto, en el presente acápite se ha determinado que las afirmaciones difundidas por Nubyx en los anuncios que conforman la campaña publicitaria cuestionada no trasladan a los consumidores el mensaje de tono excluyente imputado por la Secretaría Técnica de la Comisión, pues lo efectivamente difundido con relación a la velocidad del servicio del anunciante no tiene un carácter objetivo y comprobable. En tal sentido, el alegato de América Móvil referido a la relevancia de la velocidad de internet en las decisiones de consumo no desvirtúa dicho análisis, por lo que se desestima este argumento.

⁶¹ De acuerdo con la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la publicidad difundida por la imputada -en aquel caso- transmitía a los consumidores que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el más rápido del país, cuando ello no era cierto.

⁶² Ver nota al pie 56.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

113. Por tanto, corresponde confirmar la resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la presunta comisión de actos de engaño en este extremo.

c) Sobre la publicidad referida a un internet al mejor precio

c.1) Descripción del anuncio difundido en Instagram⁶³



c.3) Aplicación al caso en concreto

114. Por Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Nubyx en este extremo. A criterio de la primera instancia, las afirmaciones de la imputada tienen naturaleza subjetiva por referirse a un juicio estimativo y unilateral del anunciante respecto de sus servicios. Asimismo, el término “mejor” no puede ser objetivamente comprobado a través de algún parámetro.

115. En apelación, América Móvil alegó que las afirmaciones publicitarias difundidas por Nubyx tienen un tono excluyente, pues transmiten a los consumidores que tiene el servicio de internet más barato del mercado. Asimismo, agregó que la Comisión no ha tenido en cuenta que la frase “el mejor” acompaña a un atributo objetivo y medible como es el precio; por tanto, a criterio de América Móvil, no

⁶³ Cabe indicar que el anuncio materia de evaluación ha sido extraído de la información proporcionada por la Secretaría Técnica de la Comisión en la resolución de imputación de cargos y por Nubyx en su escrito de descargos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

puede considerarse que las frases representan un juicio estimativo del anunciante.

116. América Móvil también señaló que, de una simple revisión de las ofertas disponibles en el mercado nacional, se comprobaría rápidamente que el servicio de Nubyx no tiene el precio más bajo del mercado.
117. Sobre el particular, de la revisión de la imputación de cargos y el anuncio que contendría el mensaje imputado, se advierte que la única afirmación referida al precio que habría difundido Nubyx es la siguiente: *“Para nuestros emprendedores, internet al mejor precio”*. En tal sentido, esta Sala observa que la publicidad materia de análisis solo trasmite de manera general a los consumidores que, a criterio de Nubyx, su servicio de internet se ofrecería al “mejor precio”, mas no se presente de forma excluyente frente a los precios que ofrecen sus competidores por el servicio de internet en el mercado ni manifiesta su preeminencia sobre estos.
118. Asimismo, resulta claro que el mensaje publicitario corresponde a una opinión del anunciante sobre las características de su servicio de internet fijo, sin indicar un parámetro objetivo y unívoco que permita comprobar la veracidad de dicha opinión, por lo que se concluye que dicho mensaje tiene naturaleza subjetiva.
119. En efecto, con motivo de la frase transmitida por el anuncio cuestionado, se podrían asumir (en función, incluso, de las circunstancias, valoraciones o intereses de cada persona) distintas variables para determinar lo que sería un servicio de internet al “mejor precio”, tales como: la mejor relación entre calidad y precio, la mejor velocidad a un precio determinado, el mejor precio en relación con la anterior oferta del mismo agente, entre otros. Por ende, el mensaje publicitario difundido por Nubyx carece de un parámetro determinado y de un contexto que lo doten de objetividad.
120. En consecuencia, aun cuando el precio de un producto pueda ser un atributo susceptible de medición, se advierte que en este caso en concreto el mensaje publicitario es subjetivo, toda vez que el anunciante básicamente habría transmitido, de manera general, su opinión respecto del precio de sus servicios.
121. Siendo ello así, corresponde confirmar la resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la presunta comisión de actos de engaño en este extremo.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11






64/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

d) Sobre la publicidad referida a que el servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una “opción del pasado”

d.1) Descripción del comunicado (la propuesta comercial personalizada)

  PROPUESTA DE SOLUCIÓN NUBYX RESIDENCIAL “URB. EL ROSARIO II” 	  <p>PROPUESTA COLC-2020</p> <p style="text-align: right;">Setiembre de 2020</p> <p>¿QUIÉNES SOMOS?</p> <p>NUBYX es parte del grupo FIBERLUX, empresa peruana con 22 años de experiencia en el rubro de Telecomunicaciones, especializada en Soluciones Tecnológicas Empresariales exclusivamente al sector corporativo. Nuestro principal producto es el servicio de Internet a través de Fibra Óptica.</p> <p>FIBERLUX es la primera empresa a Nivel Nacional en ofrecer un Servicio Residencial 100% Fibra Óptica de punto a punto, desde nuestra central hasta el interior del hogar, a través de nuestra Unidad de Negocio NUBYX.</p> <p>PROPUESTA DE SOLUCIÓN</p> <p>El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con Cable Coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet, un servicio muy importante en estos momentos, ya que este cuenta con mayor latencia (lentitud) e inestabilidad.</p> <p>Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.</p> <p>NUBYX ofrece una solución moderna exclusivamente a Residenciales, a través de un Servicio de Internet por Fibra Óptica. Las redes de fibra óptica que llegan hasta el interior del hogar están compuestas completamente por cables de Fibra Óptica, las cuales sólo transmiten el servicio de internet. Una ventaja de esto, es que el servicio es simétrico. Además, el cableado de fibra es exclusivo por cliente, por ello mismo se conserva un buen servicio para cada uno, y con ello nuestros clientes disfrutan una experiencia diferente y muy buena en navegación, sin interrumpir sus conexiones.</p>
--	--

d.2) Aplicación al caso en concreto

122. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Nubyx en este extremo, en la medida que los actos de engaño requieren que el anunciante aluda a una característica de su propio servicio. Sin embargo, en este caso, Nubyx hizo referencia al servicio de internet mediante HFC que es un producto distinto al que ofrece en el mercado.

123. En apelación, América Móvil sostuvo que, a través de sus afirmaciones, Nubyx transmitió a los consumidores el mensaje de que el servicio de internet mediante HFC no satisface los requerimientos de los clientes y que esa tecnología es una opción del pasado, lo cual generaría que sus servicios sean vistos como una solución “salvadora”. Sin embargo, según el recurrente, Nubyx no ha presentado pruebas que acrediten sus afirmaciones.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

65/115

124. Sobre el particular, de la revisión de la publicidad materia de controversia, se aprecia que Nubyx difundió el mensaje imputado en los siguientes términos:

“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, *no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet (...) Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.*” (subrayado agregado)

125. De lo expuesto, resulta claro que, efectivamente, la imputada trasladó a los consumidores el mensaje referido a que el servicio de internet con la tecnología HFC no cumpliría los requerimientos de los usuarios y, por ende, dicha tecnología resultaría obsoleta. No obstante, es importante tener en cuenta que Nubyx no brinda el servicio de internet con la tecnología HFC, sino que se dedica a la comercialización del servicio de internet con fibra óptica⁶⁴.
126. En tal sentido, se verifica que el presunto mensaje engañoso difundido por Nubyx no fue pasible de inducir a error a los consumidores sobre algún aspecto o característica de su propio servicio, tal como lo establece el numeral 1 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal a fin de que se configure un acto de engaño.
127. En efecto, el numeral 1 del artículo 8 de la referida ley prescribe que los actos de engaño consisten en inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.
128. Si bien América Móvil señaló que las afirmaciones de Nubyx habrían generado que sus servicios sean vistos como una solución “salvadora”, dicho mensaje no se desprende directamente de las afirmaciones materia de imputación, en las cuales Nubyx únicamente ha realizado afirmaciones sobre el servicio de internet con tecnología HFC.
129. En la medida que no se ha configurado un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño en los términos establecidos en la Ley de Represión de

⁶⁴ Conforme a lo indicado por Nubyx en su escrito de fecha 1 de junio de 2021.
M-SDC-02/02



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

la Competencia Desleal, corresponde confirmar la resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia en este extremo. Esto, sin perjuicio de la evaluación que se realizará en el acápite correspondiente sobre la presunta comisión de actos de denigración a través de la propuesta comercial personalizada.

- e) Sobre la publicidad que contenía los siguientes mensajes: (i) un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; y, (ii) sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto

130. De acuerdo con los antecedentes expuestos en la presente resolución, se advierte que la Comisión declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx respecto de los siguientes extremos:

- (i) Habría difundido publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.
- (ii) Habría difundido publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daría a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.

131. En ambos casos, la Comisión sostuvo que Nubyx publicitó cualidades de su servicio de internet sin acreditar la veracidad de sus afirmaciones. Dicho pronunciamiento fue materia de apelación por parte de Nubyx.

132. Es importante resaltar que, en su recurso de apelación, Nubyx solo señaló, de manera general, que correspondía revocar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI en los extremos que la Comisión declaró fundada la denuncia en su contra, incluyendo los puntos (i) y (ii) antes mencionados. Sin embargo, Nubyx no presentó argumentos destinados a contradecir los fundamentos de fondo expuestos por la Comisión respecto de estos puntos, sino que solo se limitó a cuestionar la graduación de la sanción respecto de cada uno de estos.

133. Al respecto, de la revisión de los mensajes publicitarios transmitidos por Nubyx en los extremos bajo comentario, se ha constatado que, debido a su naturaleza

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

67/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

objetiva⁶⁵, correspondía a Nubyx acreditar la veracidad de sus afirmaciones, lo cual no ocurrió. Por ende, esta Sala coincide con los fundamentos expuestos por la Comisión.

134. En consecuencia, habiéndose verificado que el pronunciamiento de primera instancia se encuentra acorde con lo dispuesto en Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde confirmar la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx respecto de la información contenida en los puntos (i) y (ii) antes mencionados.

III.6. Sobre la presunta comisión de los actos de denigración

III.6.1. Marco normativo

135. El artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶⁶ establece que los actos de denigración son aquellos que tienen como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

136. En doctrina, la denigración es definida como una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios⁶⁷. Así, serán consideradas desleales y sancionables aquellas afirmaciones o declaraciones en donde las empresas o sus representantes empleen frases e imágenes que generen ilegítimamente descrédito, sea en tono

⁶⁵ Ello, debido a que los mensajes publicitarios difundidos por Nubyx consistentes en: (i) ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; y, (ii) sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, contienen parámetros objetivos que permiten corroborar su veracidad.

⁶⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 11.- Actos de denigración.-

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

⁶⁷ **DE LA CUESTA RUTE, José María.** Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Eunsa. 2002, pág. 179. M-SDC-02/02



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

despectivo o no, a los productos o servicios de un determinado agente en el mercado.

137. De acuerdo con ello y tal como esta Sala ha precisado en numerosos pronunciamientos⁶⁸, la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración requiere la mención o alusión a competidores o su oferta. Esto es así, pues no podría existir un menoscabo a la imagen o reputación de un presunto competidor o competidores si estos ni siquiera resultan identificables, ya sea directamente o por implicación.
138. En esta línea, la doctrina distingue entre “(...) *la alusión explícita o implícita al producto o servicio del competidor. En el primer supuesto, el anunciante citará la marca, el nombre comercial, denominación social u otro elemento que identifique expresamente a la empresa, productos o servicios competidores. En el segundo supuesto, la alusión implícita a competidores plantea más problemas. No basta una alusión genérica a los competidores (...); en tal caso, posiblemente, estaríamos ante un supuesto de publicidad de tono excluyente. Es necesaria una referencia inequívoca a uno o varios competidores. Dicho con otras palabras, el público deberá identificar – sin ningún género de dudas - al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio (...)*”⁶⁹.
139. Ahora bien, la Ley de Represión de la Competencia Desleal reconoce que la alusión inequívoca que debe existir en la denigración puede involucrar no solo a un agente, sino a varios empresarios que concurren en el mercado. Es decir, es un acto que puede tener destinatarios plurales de los efectos perjudiciales⁷⁰. Ello, en la medida de que, por ejemplo, se puede aludir de manera denigratoria a un producto comercializado por más de un agente económico⁷¹.
140. De ese modo, la difusión de un anuncio publicitario puede referirse a más de un agente económico que concurre en un determinado mercado. El hecho de que mediante un anuncio se aluda a diversos agentes económicos además del denunciante, no descarta que pueda contener una alusión inequívoca a dicho

⁶⁸ Por ejemplo, ver Resoluciones 0244-2013/SDC-INDECOPI, 0858-2013/SDC-INDECOPI, 0835-2014/SDC-INDECOPI, 0409-2017/SDC-INDECOPI, 103-2019/SDC-INDECOPI y 0065-2022/SDC-INDECOPI.

⁶⁹ **LEMA DEVESA, Carlos.** “*La Publicidad comparativa en la Unión Europea*”. RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.

⁷⁰ Tal como se precisa en el numeral 11.1 del artículo 11 de dicho cuerpo normativo. Al respecto, ver nota al pie 5.

⁷¹ A manera de ejemplo, ver Resoluciones 858-2013/SDC-INDECOPI y 071-2018/SDC-INDECOPI.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

competidor -o a los productos que ofrece en un determinado mercado- siempre que sea posible identificar la oferta del denunciante.

141. Sin perjuicio de lo expuesto, las afirmaciones realizadas por un agente económico respecto a un competidor o sus prestaciones se reputarán lícitas en tanto transmitan, de manera concurrente, información verdadera, exacta y pertinente, tanto en la forma como en el fondo, conforme a lo establecido por el artículo 11.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, este dispositivo contiene cuatro requisitos de licitud, que son los siguientes:

- (i) La información debe ser verdadera, por su condición de objetiva, comprobable y ajustada a la realidad;
- (ii) la información debe ser exacta, es decir, que los datos en los que se apoye deberán ser actuales y evitarse cualquier tipo de ambigüedad;
- (iii) la información debe ser pertinente en cuanto a la forma, esto es, evitar la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado; y,
- (iv) debe existir pertinencia en cuanto al fondo, esto es, la información no debe contener alusiones a la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualquier otra circunstancia estrictamente personal del agente aludido.

142. A partir de lo expuesto, se concluye que, si en la información supuestamente denigratoria difundida por el denunciado concurren los requisitos antes señalados, dicha actuación no calificará como un acto de competencia desleal.

III.6.2. Descripción del comunicado (la propuesta comercial personalizada)

(ver imagen en la siguiente página)

M-SDC-02/02






Vigencia del Modelo: 2020-03-11

70/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

  PROPUESTA DE SOLUCIÓN NUBYX RESIDENCIAL “URB. EL ROSARIO II” 	  PROPUESTA COLC-2020 Setiembre de 2020 ¿QUIÉNES SOMOS? NUBYX es parte del grupo FIBERLUX, empresa peruana con 22 años de experiencia en el rubro de Telecomunicaciones, especializada en Soluciones Tecnológicas Empresariales exclusivamente al sector corporativo. Nuestro principal producto es el servicio de Internet a través de Fibra Óptica. FIBERLUX es la primera empresa a Nivel Nacional en ofrecer un Servicio Residencial 100% Fibra Óptica de punto a punto, desde nuestra central hasta el interior del hogar, a través de nuestra Unidad de Negocio NUBYX. PROPUESTA DE SOLUCIÓN El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con Cable Coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet, un servicio muy importante en estos momentos, ya que este cuenta con mayor latencia (lentitud) e inestabilidad. Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”. NUBYX ofrece una solución moderna exclusivamente a Residenciales, a través de un Servicio de Internet por Fibra Óptica. Las redes de fibra óptica que llegan hasta el interior del hogar están compuestas completamente por cables de Fibra Óptica, las cuales sólo transmiten el servicio de internet. Una ventaja de esto, es que el servicio es simétrico. Además, el cableado de fibra es exclusivo por cliente, por ello mismo se conserva un buen servicio para cada uno, y con ello nuestros clientes disfrutan una experiencia diferente y muy buena en navegación, sin interrumpir sus conexiones.
---	--

III.6.3. Aplicación al presente caso

143. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia contra Nubyx en este extremo, al considerar que no hubo una alusión inequívoca a América Móvil, ya que existen varios agentes económicos en el mercado que brindan el servicio de internet con la tecnología HFC.
144. En apelación, América Móvil sostuvo lo siguiente:
- Nubyx denigró el servicio de internet que brinda América Móvil y el resto de los operadores, al afirmar que la tecnología HFC no satisface los requerimientos de los clientes y que es una opción del pasado.
 - El razonamiento de la Comisión fue que no se había realizado una alusión inequívoca a América Móvil en las afirmaciones denunciadas; sin embargo, como ese mismo órgano resolutivo reconoce, un acto de denigración puede incluir a varios agentes económicos.
 - Es de conocimiento público que América Móvil es uno de los principales operadores que brinda el servicio de internet con tecnología HFC, por lo que la alusión a su representada es indiscutible.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

71/115



(iv) La tecnología HFC no solo es una opción plenamente vigente sino perfectamente capaz de cubrir los requerimientos de internet de cualquier cliente.

145. Tal como ha sido desarrollado en la presente resolución⁷², para efectos de verificar la existencia de un acto de denigración es necesario que el presunto infractor haya hecho mención directa a un competidor o a su oferta, o que por implicación la identificación de dicho competidor sea fácilmente perceptible por los consumidores, es decir, que la alusión sea inequívoca, ya sea de forma expresa o implícita.

146. Por tanto, en atención a lo resuelto por la Comisión y a los cuestionamientos formulados por América Móvil, corresponde evaluar, en primer lugar, si la publicidad cuestionada alude a la oferta de la denunciante.

A. Supuesta alusión a la oferta de América Móvil

147. La frase materia de imputación –consignada en la publicidad cuestionada– es la siguiente:

“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet (...) Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.” (Subrayado añadido)

148. De una revisión de la publicidad cuestionada, se advierte que la frase imputada transmite a los consumidores que el servicio de internet con la tecnología HFC sería el más usado en la actualidad; sin embargo, dicha tecnología no sería capaz de satisfacer los requerimientos de los usuarios, por lo que esta se ha convertido en una opción obsoleta.

149. A efectos de determinar si se ha aludido a un competidor al difundir un anuncio publicitario no es indispensable verificar que se haya indicado explícitamente el nombre de la empresa competidora o del producto que comercializa, sino basta que, a partir de la evaluación de los elementos que conforman la pieza publicitaria en su conjunto, se colija que los consumidores puedan entender que se alude implícitamente a las empresas que compiten con el anunciante en un determinado mercado.

⁷² Al respecto, ver párrafos 138 a 141 de la presente resolución.
M-SDC-02/02

150. Un importante sector de la doctrina⁷³ estima que existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad. En otras palabras, en algunos casos la referencia a los productos o servicios de la competencia en los anuncios publicitarios puede ser intensa y, en otros, simplemente muy tenue, de modo que no permita que los consumidores identifiquen en la publicidad la alusión a algún producto o servicio determinado.
151. Un parámetro del que se vale un consumidor para interpretar el contenido de una publicidad es la estructura del mercado en el que esta se difunde. En efecto, la estructura y comportamiento del mercado es un elemento importante que permite identificar cuál es la empresa aludida en una publicidad, pese a que en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos.
152. Al respecto, se ha señalado que “(...) *debe tenerse presente que este (el público) conoce la estructura del mercado y, por tanto, conoce también quiénes son los competidores del anunciante. En estas circunstancias, cualquier referencia, por genérica que resulte, a los competidores, puede provocar que el público identifique a uno o varios de ellos como afectados por la publicidad del anunciante*”⁷⁴. (subrayado añadido)
153. De acuerdo con la información publicada por el Osiptel, el mercado de servicio de internet con la tecnología HFC en la ciudad de Arequipa, a la fecha de difusión del anuncio en cuestión⁷⁵, estaba conformado únicamente por dos empresas (Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C.), las cuales tenían el nivel de participación de mercado que se muestra a continuación:

Participación en el mercado de servicio de internet con la tecnología HFC ⁷⁶ en la ciudad de Arequipa en el tercer trimestre del año 2020	
Telefónica del Perú S.A.A.	61%

⁷³ TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 20-39.

⁷⁴ TATO PLAZA, Anxo. “*La Publicidad Comparativa*”. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 20-30.

⁷⁵ Según la información brindada por Nubyx en su escrito del 7 de marzo de 2023, la publicidad materia de controversia habría sido difundida durante el mes de setiembre de 2020 en la ciudad de Arequipa.

⁷⁶ Cabe indicar que, en los reportes extraídos del portal “Punku”, la tecnología HFC se denomina “cablemódem”. Esta denominación coloquial de la tecnología HFC ha sido reconocida por el propio Osiptel en reiteradas oportunidades.

Como ejemplo, ver la nota de prensa “*Perú supera el millón de conexiones a internet fijo con fibra óptica*”. OSIPTEL: [Perú supera el millón de conexiones a internet fijo con fibra óptica](#) (consulta: 4 de abril de 2023)



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

América Móvil Perú S.A.C.	39%
Total	100%

Elaboración: Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Fuente: Información obtenida del portal "Punku" (incorporada al expediente mediante Razón de Secretaría Técnica del 4 de abril de 2023)

154. Como se puede advertir, si bien a la fecha de difusión de la pieza publicitaria en cuestión, Telefónica del Perú S.A.A. gozaba de una posición predominante en el mercado de servicio de internet con tecnología HFC en la ciudad de Arequipa, América Móvil también era un operador importante en este segmento del mercado.
155. Además, se verifica que en el anuncio se utilizan frases como **“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet (...) Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.**” (subrayado y énfasis agregado). De un análisis superficial e integral del anuncio, un consumidor interpretaría que el servicio de internet mediante la tecnología HFC⁷⁷ ofrecido por otros agentes en el mercado, sería una tecnología obsoleta. Es decir, el mensaje que estas frases resaltan es la desventaja que supuestamente presentaba el servicio de internet mediante la tecnología HFC, ofrecido por otros agentes en el mercado distintos al anunciante⁷⁸ (entre ellos, América Móvil).
156. Otra circunstancia relevante en este punto es la intensidad del mensaje trasladado, pues el anuncio materia de controversia se encuentra acompañado de otras frases⁷⁹ en las que se exaltaban las supuestas ventajas con las que contaría el servicio de internet de fibra óptica ofrecido por Nubyx con relación al servicio de internet con tecnología HFC, con lo cual se invita a los consumidores a preferir el servicio de Nubyx. Incluso, se denomina a los servicios de Nubyx como “una solución moderna” frente a la antigua tecnología HFC que usaría la mayoría de los consumidores.

⁷⁷ Según los reportes extraídos del portal “Punku”, la tecnología HFC (denominado de manera coloquial como “cablemódem”) era la tecnología de servicio de internet más usada en Arequipa durante el tercer trimestre del año 2020.

⁷⁸ Tal como lo indicó Nubyx durante el trámite del procedimiento, esta no ofrece el servicio de internet mediante la tecnología HFC.

⁷⁹ De la revisión de la pieza publicitaria, se advierte que esta señala que el servicio de internet con la tecnología HFC “cuenta con mayor latencia (lentitud) e inestabilidad” y, por el contrario, el servicio ofrecido por Nubyx es “una solución moderna” y “la mejor opción en conectividad”.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

157. Si bien, durante el procedimiento en segunda instancia, Nubyx alegó que la estructura de mercado no sería suficiente para determinar una alusión inequívoca a América Móvil, conforme se advierte, esta Sala ha evaluado, además de la estructura de mercado, las afirmaciones que conforman el anuncio en cuestión y la intensidad del mensaje trasladado, verificándose que estos elementos -en conjunto- permiten corroborar la alusión inequívoca a los dos agentes que ofrecían el servicio de internet mediante la tecnología HFC en la ciudad de Arequipa, entre ellos, América Móvil. En este punto cabe reiterar que para acreditar la existencia de la alusión a la que se refiere el tipo infractor previsto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, esta puede ser explícita o implícita, siendo esto último lo que se verifica en el presente caso.

158. Por lo expuesto, esta Sala considera que la frase materia de imputación contiene una alusión inequívoca a la oferta de América Móvil.

B. Interpretación del mensaje transmitido por Nubyx

159. Conforme se expuso en el acápite precedente, el anuncio en cuestión transmite a los consumidores que el servicio de internet con la tecnología HFC (que, según ha verificado esta Sala, alude a la oferta de América Móvil) no sería capaz de satisfacer los requerimientos de los usuarios, por lo que se trataría de una tecnología obsoleta.

160. Ciertamente, de las afirmaciones que constan en la publicidad bajo análisis se advierte que Nubyx habría afirmado que los consumidores no estarían satisfechos con el servicio de internet con la tecnología HFC, ya que este presenta mayor latencia (lentitud) e inestabilidad, tal como se desprende del siguiente texto:

“El Híbrido de Fibra Coaxial (HFC), híbrido con cable coaxial, usado de manera general y en la actualidad por la mayoría de usuarios, no satisface los requerimientos de los clientes, siendo ellos los perjudicados e insatisfechos por el Servicio de Internet, un servicio muy importante en estos momentos, ya que este cuenta con mayor latencia (lentitud) e inestabilidad. Actualmente este tipo de servicio ya es “una opción del pasado”.” (Subrayado añadido)

161. Adicionalmente, Nubyx también presentó sus servicios de internet con fibra óptica como una “solución moderna” e identificó las características de su servicio que lo diferenciarían del servicio de internet con la tecnología HFC (por ejemplo, el menor tiempo de carga, mayor velocidad, máxima potencia, entre



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

otros). Inclusive, Nubyx resaltó que su servicio a largo plazo sería la mejor opción en conectividad:

“NUBYX ofrece una solución moderna exclusivamente a Residenciales, a través de un Servicio de Internet por Fibra Óptica.

(...)

CARACTERÍSTICAS DE LA PROPUESTA DE SOLUCIÓN:

(...)

A largo plazo, nosotros seremos la mejor opción en conectividad”

162. En tal sentido, de la publicidad cuestionada, también se desprende que el servicio que realmente cumpliría con las expectativas de los usuarios es el servicio de internet por fibra óptica ofrecida por Nubyx.

163. Por tanto, en la medida de que se ha determinado el mensaje transmitido mediante la publicidad realizada por Nubyx, corresponde evaluar si, con la difusión de dicha publicidad, la imputada incurrió en actos de denigración contra América Móvil.

C. Análisis sobre la presunta comisión de actos de denigración a través del mensaje difundido por Nubyx

164. Conforme al marco conceptual previamente expuesto⁸⁰, para determinar si la difusión del mensaje imputado por parte de Nubyx configura o no un acto de denigración, corresponde evaluar si dicho mensaje cumple con ser veraz, exacto y pertinente en la forma y en el fondo, pues de no concurrir alguno de estos elementos, corresponderá declarar que la empresa denunciada ha incurrido en el referido acto de competencia desleal.

165. Al respecto, de la revisión de los actuados en el expediente, no se advierte que Nubyx haya presentado algún medio probatorio dirigido a acreditar que los consumidores de América Móvil se encontraban disconformes con la latencia o la estabilidad de su servicio de internet con la tecnología HFC. A modo de ejemplo, Nubyx pudo haber presentado quejas o documentos similares que dieran cuenta de que los consumidores de Arequipa no se encontraban satisfechos con el servicio brindado por América Móvil; sin embargo, no lo hizo.

166. Es importante señalar que, a criterio de esta Sala, atribuirle a un agente económico defectos de sus productos o servicios (como lo es brindar un servicio

⁸⁰ Ver párrafo 142 de la presente resolución.
M-SDC-02/02



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

que presenta lentitud e inestabilidad) sin contar con el debido sustento, implica un menoscabo de su reputación en el mercado.

167. Por consiguiente, al no verificarse que Nubyx haya presentado a lo largo del procedimiento algún medio probatorio que acredite la veracidad del mensaje contenido en la publicidad difundida en su comunicación (propuesta personalizada), no ha cumplido con el primer requisito de veracidad de las afirmaciones referidas a un competidor. En consecuencia, se concluye que -a través de la difusión del anuncio en cuestión- la imputada incurrió en actos de denigración.

168. Por tanto, corresponde revocar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración; y, reformándola, se declara fundada la denuncia.

III.7. Sobre el principio de legalidad

III.7.1. Marco normativo

169. El artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que los anunciantes, al realizar la difusión de sus anuncios, deben respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria en cuanto a su contenido y alcances⁸¹.

170. En particular, el literal b) del artículo 17.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁸² establece que constituye un acto de competencia desleal, bajo la modalidad de infracción al principio de legalidad, omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado.

⁸¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad**

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
(...)

⁸² **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:
(...)

b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;
(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

III.7.2. Aplicación al presente caso

171. Por Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundado este extremo de la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx. Al respecto, la primera instancia manifestó que, si bien en la publicidad no consta el costo de instalación de los planes de internet que promociona la imputada, ello se debe a que dicho costo estaría sujeto a factibilidad técnica, lo que implica que es variable y, por ende, no se puede exigir esa información en la publicidad.

172. En apelación, América Móvil señaló lo siguiente:

- (i) De acuerdo con la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los anunciantes deben difundir el precio íntegro de sus servicios, aun cuando las tarifas puedan estar publicadas en la página web del Osiptel.
- (ii) Resulta preocupante que la Comisión haya señalado que el costo de instalación es variable, pues en realidad es fijo. La Comisión se vio inducida a error por Nubyx cuando colocó en su página web "Precio de instalación sujeto a factibilidad técnica"; sin embargo, lo que está sujeto a factibilidad técnica es la propia contratación, instalación y activación del servicio de internet.
- (iii) Para que el servicio de internet pueda ser prestado, el operador previamente debe verificar que el domicilio del cliente se encuentra dentro de una zona de cobertura y que en dicha zona existan las facilidades técnicas para instalar el servicio (como, por ejemplo, los anchos de los ductos, la posibilidad de extender la conexión hasta el domicilio, entre otros).
- (iv) Actualmente, Nubyx promociona el precio del costo de instalación en su página web.
- (v) La Comisión ha resuelto este caso con un criterio distinto al utilizado en la Resolución 33-2022/CCD-INDECOPI, en la cual indicó que el precio de instalación no era un elemento indispensable para que el servicio de internet sea prestado.

173. Sobre el particular, de acuerdo con los términos de la denuncia presentada por América Móvil, la denunciada habría difundido la siguiente publicidad en su

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

78/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

página web, en la cual se consignaban los precios de los planes de internet fijo, pero no se informaba el costo de instalación de dicho servicio:

Nuestros Planes Lima
Disfruta de la mejor velocidad con el internet de Nubyx

100 Mbps Para Emprendedores	300 Mbps Más solicitado	500 Mbps Para Empresas
S/149	S/349	S/549
<input checked="" type="checkbox"/> 100% Fibra Óptica	<input checked="" type="checkbox"/> 100% Fibra Óptica	<input checked="" type="checkbox"/> 100% Fibra Óptica
<input checked="" type="checkbox"/> Asistencia Técnica	<input checked="" type="checkbox"/> Asistencia Técnica	<input checked="" type="checkbox"/> Asistencia Técnica
<input checked="" type="checkbox"/> Router Wi-Fi	<input checked="" type="checkbox"/> Router Wi-Fi	<input checked="" type="checkbox"/> Router Wi-Fi
<input checked="" type="checkbox"/> Acceso 2:1	<input checked="" type="checkbox"/> Acceso 2:1	<input checked="" type="checkbox"/> Acceso 2:1
SOLICITAR	SOLICITAR	SOLICITAR

174. Asimismo, según lo denunciado por América Móvil, Nubyx habría incluido posteriormente un aviso en su publicidad que indicaba lo siguiente “precio de instalación sujeto a factibilidad técnica:

Nuestros Planes Lima

200 Mbps Para Emprendedores	300 Mbps Más solicitado	500 Mbps Para Empresas
<input checked="" type="checkbox"/> 100% Fibra Óptica	<input checked="" type="checkbox"/> 100% Fibra Óptica	<input checked="" type="checkbox"/> 100% Fibra Óptica
<input checked="" type="checkbox"/> Asistencia Técnica	<input checked="" type="checkbox"/> Asistencia Técnica	<input checked="" type="checkbox"/> Asistencia Técnica
<input checked="" type="checkbox"/> Router Wi-Fi	<input checked="" type="checkbox"/> Router Wi-Fi	<input checked="" type="checkbox"/> Router Wi-Fi
<input checked="" type="checkbox"/> Acceso 2:1	<input checked="" type="checkbox"/> Acceso 2:1	<input checked="" type="checkbox"/> Acceso 2:1
SOLICITAR	SOLICITAR	SOLICITAR

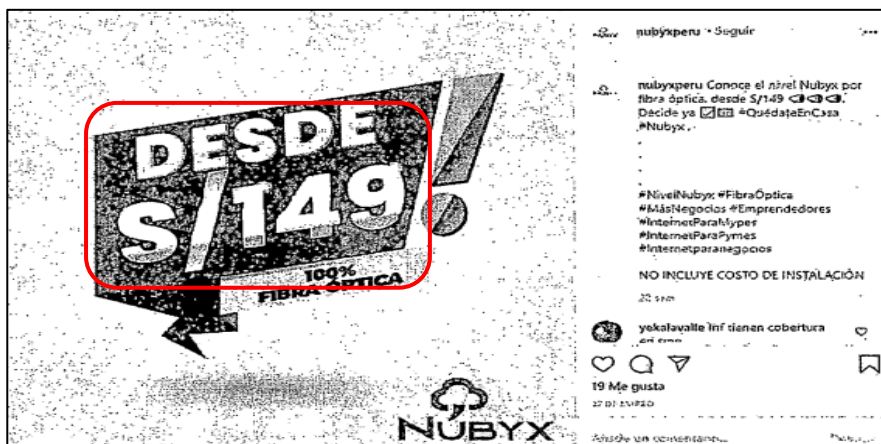
*Precio de instalación sujeto a factibilidad técnica. Planes no válidos para Wap y Landcellar.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

79/115

175. América Móvil alegó que la misma infracción se repetía en la siguiente pieza publicitaria difundida en la red social Instagram de la denunciada, en la que no se informaba del costo de instalación del servicio de internet fijo:



176. De la revisión de tales anuncios, se aprecia que -en efecto- estos no consignan el precio de instalación del servicio en ninguno de los planes ofertados, sino que solo precisan el precio a pagar por el servicio de manera mensual (tarifa). Ello, pese a que el costo de instalación es un cargo adicional indispensable que cualquier consumidor debe pagar para la adquisición del servicio de internet.
177. Si bien la Comisión indicó que el precio de instalación es variable, en tanto estaría sujeto a factibilidad técnica y, por ende, no se podría exigir que se consigne esa información en la publicidad, esta Sala discrepa de dicho criterio, toda vez que el concepto de factibilidad técnica atiende a los estudios previos que se deben realizar para instalar el servicio de internet⁸³, lo cual resulta independiente del costo de instalación, que es un precio fijo que el cliente debe pagar por el servicio.
178. Según la información brindada por la propia denunciada en sus descargos, el costo de instalación de sus servicios sería un importe fijo que actualmente consta en la ficha SIRT del Osiptel, como se aprecia a continuación:

⁸³ Olivares Rojas, Juan Carlos. *Unidad III Estudio de Factibilidad*. Secretaría de Educación Pública. México.

"Factibilidad técnica"

Se refiere a los recursos necesarios como herramientas, conocimientos, habilidades, experiencia, etc., que son necesarios para efectuar las actividades o procesos que requiere el proyecto."

http://dsc.itmorelia.edu.mx/~jcolivares/courses/dp07b/dp_u3.pdf (consulta: 7 de marzo de 2023)

FICHA INFORMATIVA DE LA TARIFA Nº TEINT202000350

Empresa: FIBERLUX S.A.C
Servicio: INTERNET / INTERNET FIJO / ACCESO Y PLANES
Tipo: ESTABLECIDA
Código: TEINT202000350
Nombre: Nubyx Hogar 300 Mbps
Vigencia: 01/10/2020
Periodo Comercialización: 01/10/2020
Alcance: Residencial
Variación:
Atención: (640-9870 / hola@nubyx.pe)
Web: https://www.nubyx.pe/planes/hogar/internet-hogar-300-mbps/
Fecha de Cese: 01/11/2022

CARACTERÍSTICAS ESPECÍFICAS

Valor del Plan: S/ 199

[Internet](#)

Valor del Servicio: S/ 199
Velocidad máxima contratada (Mbps): 300 Mbps
Velocidad de descarga mínima garantizada (Mbps): 150 Mbps
Cantidad de datos de transmisión (sin reducción de velocidad) incluidos: Ilimitado
Tecnología de la velocidad máxima: GPON

CARACTERÍSTICAS

Descripción: Servicio Internet con fibra Óptica de extremo a extremo, garantizado al 50%.
Costo instalación: S/ 120 Soles (inc. IGV) en zona de cobertura.
Incluye router wifi, no incluye IP Pública.

179. Inclusive, de la revisión de la página web de Nubyx, se advierte que actualmente publicita el costo de instalación de sus servicios, el cual corresponde a un importe fijo, conforme consta en la siguiente imagen:

Plan destacado

Internet Hogar 200 Mbps
S/119 / mes

100% Fibra óptica
Internet limitado en todos tus dispositivos

CableGO
6 meses GRATIS

¡Solo por Octubre!
RECIBE EL TRIPLE DE VELOCIDAD 600Mbps
Los 3 primeros meses

Me interesa

Internet Hogar 300 Mbps
S/149 / mes

100% Fibra óptica
Internet limitado en todos tus dispositivos

CableGO
6 meses GRATIS

¡Por tiempo limitado!
RECIBE EL DOBLE DE VELOCIDAD 600Mbps
Los 3 primeros meses

Me interesa

Internet Hogar 500 Mbps
S/199 / mes

100% Fibra óptica
Internet limitado en todos tus dispositivos

CableGO
6 meses GRATIS

¡Por tiempo limitado!
RECIBE EL DOBLE DE VELOCIDAD 1000Mbps
Los 3 primeros meses

Me interesa

¡Costo promocional de servicio de instalación en nuestros planes: S/120 (Precio regular: S/120). Consultar cobertura.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



180. En tal sentido, dado que se ha verificado que Nubyx no cumplió con consignar el costo de instalación de su servicio de internet en los anuncios materia de imputación, esta Sala concluye que resulta responsable por infracción del principio de legalidad.
181. Se debe tener en cuenta que, tal como ha sido desarrollado en el párrafo 170 de la presente resolución, la sola omisión en la publicidad de cualquier cargo adicional indispensable para la adquisición de un bien o servicio (como el costo de instalación en el servicio de internet fijo) configura una infracción al principio de legalidad, conforme a lo previsto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
182. Por lo expuesto, corresponde revocar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción del principio de legalidad; y, reformándola, se declara fundada la denuncia en este extremo.

III.8. Sobre el allanamiento y reconocimiento formulado por Nubyx

183. De la revisión de los antecedentes del presente caso, se aprecia que, en su escrito de descargos y escritos complementarios, Nubyx señaló que algunas presuntas conductas infractoras⁸⁴ fueron subsanadas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, ya que retiró las piezas publicitarias materia de imputación de su página web y redes sociales. Por ende, Nubyx solicitó ante la primera instancia que se le aplique el eximente de

⁸⁴ Nubyx señaló ante la primera instancia que subsanó las siguientes infracciones antes de la notificación de la imputación de cargos:

- (i) Presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en la que daría a entender a los consumidores que:
 - a) Ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias.
 - b) Ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando en realidad ello no sería cierto (Nubyx alegó la subsanación solo respecto de la frase "*No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad*").
 - c) Ofrecería un internet con la mayor velocidad del mercado, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - d) Sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.
 - e) El servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.
- (ii) Presunta infracción del principio de legalidad, en la medida que habría omitido presentar en su publicidad en la que ofrece un plan de internet de 100bps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, a través de su página web e Instagram, el precio total del servicio, en tanto que no habría incluido los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).

responsabilidad contemplado en el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la LPAG⁸⁵.

184. Además, en su mismo escrito de descargos, Nubyx formuló su allanamiento y reconocimiento respecto de algunas conductas infractoras imputadas⁸⁶ en su contra por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño e infracción del principio de legalidad. Debido a ello, solicitó se considere dicho allanamiento y reconocimiento como un atenuante de la sanción aplicable.
185. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión indicó que era pertinente analizar si Nubyx había incurrido en los presuntos actos de competencia desleal imputados, aun cuando esta haya formulado su allanamiento y reconocimiento en sus descargos respecto de algunas de estas imputaciones. En ese sentido, la Comisión analizó cada una de tales imputaciones y -en algunos extremos⁸⁷- declaró infundada la denuncia.
186. En apelación, América Móvil alegó que, en atención al principio de predictibilidad, correspondía que la Comisión declare fundada la denuncia respecto de las conductas imputadas que fueron reconocidas por Nubyx. Posteriormente, en su escrito del 10 de febrero de 2023, América Móvil solicitó que se deje sin efecto el allanamiento y el reconocimiento formulado por Nubyx, en la medida que dicha empresa había ejercido su defensa sobre el fondo de la controversia.

⁸⁵ Ver nota al pie 7.

⁸⁶ Nubyx formuló su allanamiento respecto de las mismas infracciones detalladas en la nota al pie 84.

⁸⁷ La Comisión declaró infundada la denuncia respecto de los siguientes extremos en los que Nubyx formuló su allanamiento:

- (i) Presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en la que daría a entender a los consumidores que:
 - a) Ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - b) Ofrecería un internet con la mayor velocidad del mercado, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - c) El servicio de internet con híbrido de fibra coaxial no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.
- (ii) Presunta infracción del principio de legalidad, en la medida que habría omitido presentar en su publicidad en la que ofrece un plan de internet de 100bps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, a través de su página web e Instagram, el precio total del servicio, en tanto que no habría incluido los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).



187. Al respecto, es oportuno mencionar que -en virtud del principio de licitud que rige el procedimiento sancionador⁸⁸- aun cuando los administrados formulen su allanamiento o reconocimiento de los hechos, la autoridad tiene la carga de constatar si la realización de las conductas imputadas y si estas últimas constituyen actos de competencia desleal que afecten la concurrencia en el mercado, toda vez que lo contrario podría conllevar a que se imponga una sanción a un administrado por hechos que no califican como infracciones en el marco de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (por ejemplo, en casos en los que no se ha configurado un acto de engaño por la difusión de mensajes publicitarios de naturaleza subjetiva).
188. Ahora bien, de la revisión de los actuados que obran en el expediente, esta Sala advierte que, a pesar de que Nubyx formuló su allanamiento y reconocimiento respecto de algunos de los cargos imputados en su contra, también expresó argumentos de defensa que inciden en la determinación de su responsabilidad administrativa en el procedimiento, como la alegación de que la subsanación de la conducta infractora habría extinguido su responsabilidad.
189. En efecto, es pertinente tener en cuenta que la subsanación voluntaria antes del inicio del procedimiento es un eximente de responsabilidad que responde a una causa de exclusión de punibilidad⁸⁹. En ese sentido, la alegación efectuada por Nubyx en primera instancia respecto a la subsanación de la conducta infractora implicó el uso de un argumento de defensa con el que buscaba que se declare la exclusión o exención de su responsabilidad administrativa por las conductas infractoras imputadas.
190. Asimismo, la eventual aplicación del referido eximente de responsabilidad eliminaría la posibilidad de imponer una sanción a la imputada por las presuntas conductas infractoras, lo que resulta discordante con la solicitud de reducción o atenuación de la sanción aplicable debido al allanamiento a los cargos imputados.

⁸⁸ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

⁸⁹ **HUAPAYA TAPIA, Ramón y ALEJOS GUZMÁN, Oscar.** *“El eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria en la Ley del Procedimiento Administrativo General”*. El Derecho Administrativo como instrumento al servicio del ciudadano. Memorias del VIII Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

191. Por lo dicho, resulta contradictorio que Nubyx haya alegado la subsanación voluntaria de la conducta infractora a fin de eximirse de responsabilidad y, a su vez, alegue haber reconocido dichas infracciones para que las sanciones aplicables sean atenuadas.
192. En consecuencia, esta Sala considera que corresponde desestimar el presunto allanamiento y reconocimiento formulado por Nubyx respecto de las conductas imputadas materia de apelación⁹⁰, pues durante el trámite del presente procedimiento ha ejercido su defensa con el fin de que no se le atribuya responsabilidad ni se le imponga una sanción por estas conductas.
193. Finalmente, cabe recordar que la Comisión desestimó la aplicación de la subsanación voluntaria como un eximente de responsabilidad en el presente procedimiento, al considerar que las conductas infractoras realizadas por Nubyx tuvieron un efecto en los consumidores por el tiempo de difusión de cada anuncio, sin que este agente haya acreditado la adopción de alguna medida adicional concreta para revertir ello. Es pertinente señalar que esta decisión de la Comisión no ha sido cuestionada por Nubyx en su recurso de apelación.
- III.9. Sobre la validez de la resolución apelada en el extremo de la graduación de la sanción
194. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión sancionó a Nubyx conforme al siguiente detalle:
- 16.80 UIT por haber difundido publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto.
 - 22.61 UIT por haber difundido publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto.
195. En apelación, Nubyx manifestó que la Comisión incurrió en un vicio de motivación en la resolución impugnada, ya que no explicó los fundamentos por los cuales desestimó sus observaciones al Informe 118-2022-OEE/INDECOPI emitido por la OEE, los cuales fueron expuestos en sus escritos del 17 y el 26 de setiembre de 2022. Por el contrario, la Comisión se limitó a señalar que “los

⁹⁰ Ver nota al pie 86.
M-SDC-02/02



mismos no enervan de ningún modo el análisis efectuado por la OEE para determinar el beneficio ilícito de la conducta cuestionada”; sin embargo, no explicó cuál fue el análisis efectuado para llegar a tal conclusión.

196. Al respecto, de la revisión de resolución impugnada, se advierte que la Comisión desestimó los cuestionados expresados por Nubyx en sus escritos del 17 y el 26 de setiembre de 2022 en los siguientes términos:

“Cabe precisar, que la imputada ha cuestionado el informe emitido por la OEE, solicitando que en base a sus argumentos se vuelva a calcular la multa a imponer. Sobre el particular, luego de evaluar los argumentos expuestos por Nubyx, la Comisión advierte que los mismos no enervan de ningún modo el análisis efectuado por la OEE para determinar el beneficio ilícito de la conducta cuestionada; por lo que, a criterio de esta Comisión, corresponde desestimar su solicitud; y, por tal motivo, determinar la multa sobre la base de lo señalado en el referido informe.” (subrayado agregado)

197. Como se aprecia del texto citado, la Comisión señaló que los argumentos de Nubyx no enervaban de ningún modo el análisis efectuado por la OEE en su informe; sin embargo, no explicó las razones por las cuales arribó a dicha conclusión. Es decir, la Comisión no expuso los motivos por los que los argumentos planteados por Nubyx no desvirtuarían el análisis de la OEE para la determinación del beneficio ilícito de las conductas infractoras.

198. Es importante tener en cuenta que los argumentos expuestos por Nubyx en sus escritos del 17 y el 26 de setiembre de 2022 estaban dirigidos a cuestionar los criterios empleados por la OEE para determinar el beneficio ilícito de las conductas infractoras (por ejemplo, los estudios económicos utilizados para medir el impacto de la publicidad en los consumidores), el cual fue uno de los criterios tomados en cuenta para la graduación de la sanción. Sumado a ello, en tales escritos, Nubyx propuso criterios adicionales para calcular el beneficio ilícito (por ejemplo, el uso de un factor de ajuste).

199. En consecuencia, esta Sala considera que era necesario que la Comisión desarrollara los fundamentos por cuales -a su criterio- estos cuestionamientos planteados por Nubyx no enervaban el análisis realizado por la OEE ni debían aplicarse los criterios adicionales propuestos por el recurrente.

200. En virtud de lo expuesto, la Sala corrobora que el extremo de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI referido a la graduación de la sanción se encuentra incurso en una causal de nulidad establecida en el artículo 10.2 del TUO de la



LPAG⁹¹, pues contiene un vicio en su motivación, la cual constituye un requisito de validez del acto administrativo⁹².

201. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 227 del TUO de la LPAG, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad administrativa, además de la declaración de nulidad, deberá resolver el fondo del asunto si cuenta con los elementos de juicio suficientes⁹³.
202. En mérito a lo antes indicado, así como los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad que inspiran el procedimiento administrativo⁹⁴, esta Sala

⁹¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 10.- Causales de nulidad

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

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
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.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁹² **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

⁹³ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

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.

⁹⁴ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

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:

(...)

- 1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias.

(...)

- 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.

procederá a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la graduación de la sanción respecto de las conductas infractoras detalladas en el párrafo 195 de la presente resolución.

203. Adicionalmente, en la medida que en el presente pronunciamiento se ha hallado responsable a Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de denigración e infracción del principio de legalidad, corresponde que esta Sala también proceda a graduar la sanción aplicable respecto de tales infracciones.

III.10. Graduación de la sanción

III.10.1. Marco normativo

204. A efectos de graduar la sanción aplicable, el artículo 53 de la Ley de Represión de Competencia Desleal⁹⁵ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de la multa correspondiente, dependiendo la adopción de uno u otro de estos criterios de la conducta infractora cometida, y de las particularidades y características de cada caso en concreto.

205. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad, recogido en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública⁹⁶. Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la

(...)

1.13. Principio de simplicidad.- Los trámites establecidos por la autoridad administrativa deberán ser sencillos, debiendo eliminarse toda complejidad innecesaria; es decir, los requisitos exigidos deberán ser racionales y proporcionales a los fines que se persigue cumplir.

(...)

⁹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

⁹⁶ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre procurando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.

206. En ese sentido, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en concordancia con el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros objetivos en la imposición de las sanciones, evitando que se vulneren los derechos de los administrados.
207. Al respecto, un primer criterio de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁹⁷ está referido al beneficio ilícito, el cual representa aquella desviación efectiva de la demanda que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, producto de la infracción publicitaria cometida. Así pues, se buscará recoger la información de aquellos ingresos obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción, teniendo como premisa el incremento de las ventas por el producto o servicio publicitado en el periodo infractor, debido a la mayor captación de las preferencias de los consumidores en base a la conducta infractora.
208. En tal sentido, para desincentivar una conducta ilegal, la sanción esperada debe ser igual o mayor que el beneficio ilícito que el infractor pretendía obtener producto de la comisión de la conducta sancionable.
209. Asimismo, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, la multa a imponerse debe considerar no solo el beneficio resultante de la conducta ilícita, sino también la probabilidad de detección⁹⁸. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad y

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. (...).

⁹⁷ Al respecto ver Resolución 397-2013/SDC-INDECOPI del 28 de febrero de 2013, correspondiente al procedimiento seguido por América Móvil Perú S.A.C. contra Directv Perú S.R.L.; Resolución 0018-2021/SDC-INDECOPI del 2 de febrero de 2021, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación de Consumidores Indignados Perú contra Cencosud Retail Perú S.A.; y, Resolución 184-2021/SDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2021, correspondiente al procedimiento seguido de oficio contra Universidad Alas Peruanas S.A.

⁹⁸ A manera de ejemplo, si la infracción cometida mediante la difusión de un anuncio publicitario es muy difícil de detectar, tendría como probabilidad de detección el 10%, lo que significa que, de cada 10 infracciones, una sería detectada por la autoridad.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

89/115

por tanto una multa mayor, mientras que si es de mediana o fácil detección tendrá un porcentaje mayor de probabilidad y una multa menor.

210. Conforme a lo expuesto, el cálculo de la multa óptima en función del beneficio ilícito y la probabilidad de detección se realizará aplicando esta fórmula:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

211. De no poder utilizarse estos factores, ya sea porque no se cuenta con información sobre el beneficio ilícito (por ejemplo, debido a que se trata de un producto nuevo y no existe un periodo previo con el cual comparar), porque el diferencial es negativo o porque no se cuenta con cualquier otro elemento que permita calcular el beneficio ilícito, lo que corresponde es determinar la sanción a imponer siguiendo otros criterios, también previstos en la ley.
212. Así pues, la Ley de Represión de la Competencia Desleal también establece como criterio para graduar la sanción el alcance e impacto del anuncio publicitario y para determinarlo, se puede atender a distintos factores ya precisados por esta Sala en anteriores oportunidades. Al respecto tenemos: el nivel de repetición de la pieza publicitaria; el grado de cobertura del anuncio respecto del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores potenciales susceptibles de ser alcanzados por los anuncios; la probabilidad de percepción del mensaje, la cual es muy elevada en el cine o la televisión y más baja en medios gráficos fijos; las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; entre otros⁹⁹.

⁹⁹ En el campo del *marketing*, Jean-Jacques Lambin señala, entre otros, los siguientes criterios de elección de medios publicitarios: (i) el grado de cobertura del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores potenciales susceptibles de ser alcanzados por los anuncios; (ii) posibilidades de repetición física del anuncio; (iii) la selectividad del medio publicitario, es decir, la capacidad de segmentar el círculo de destinatarios; (iv) la probabilidad de percepción del mensaje, siendo, por ejemplo, muy elevada en el cine o la televisión y muy baja en las vallas publicitarias; (v) el ambiente de percepción del mensaje, lo cual se refiere a las características del entorno en el que es transmitido; (vi) el contexto del medio o soporte publicitario, lo cual viene dado por el prestigio del medio; (vii) las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; y, (viii) el grado de saturación publicitaria, es decir, el volumen del soporte y la presencia o no de competencia. Véase: LAMBIN, Jean-Jacques. "Marketing estratégico". Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España. Tercera Edición, 1994, p. 550.

Estos criterios, al ser las principales consideraciones para tomar en cuenta para elegir un determinado plan de medios, son útiles para estimar el impacto que causará en los destinatarios la pieza publicitaria.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



213. Asimismo, tal como ha sido tomado en cuenta en anteriores pronunciamientos, la sustancialidad o grado de impacto¹⁰⁰ que en la decisión de consumo del usuario pudo tener la infracción es un criterio que también puede incidir en la graduación de la sanción.
214. Por ejemplo, la sustancialidad en los casos por la comisión de actos de engaño se establece atendiendo a qué tan determinante es la información engañosa recibida por el consumidor como para modificar su decisión de consumo. En tal sentido, nos encontraremos frente a información de corte sustancial si un potencial grupo de consumidores podrían elegir un producto en atención a la información infractora recibida del anunciante, con lo cual, de haber conocido que la información contenida en el anuncio controvertido era engañosa, habrían dejado de adquirir el producto publicitado. En cambio, la información engañosa será de menor sustancialidad si es que la elección de un determinado producto o servicio se basa principalmente en otros factores distintos a la publicidad, tales como el precio, la moda, el prestigio de la marca, entre otros.

III.10.2. Aplicación al presente caso

- a) Sobre la publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que Nubyx ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no sería cierto
215. De acuerdo con lo desarrollado en el marco normativo, los primeros factores a evaluar para determinar la multa serán el beneficio ilícito y la probabilidad de detección.
216. Sobre este punto, esta Sala considera que debe tomarse en cuenta que los agentes económicos difunden anuncios publicitarios precisamente con el propósito de que los consumidores se vean influenciados para adquirir los productos o servicios ofertados.
217. El papel persuasivo de una pieza publicitaria se manifiesta precisamente en el periodo en que se efectúa su difusión y suele reflejarse en el incremento de las transacciones que la infractora logra obtener en ese lapso. Es decir, el beneficio ilícito responde a aquellos ingresos que el sancionado recibe y que no hubiesen sido percibidos de actuar conforme a ley o, lo que es lo mismo, son aquellas

¹⁰⁰ Al respecto ver Resolución 583-2014/SDC-INDECOPI del 26 de junio de 2014 y Resolución 139-2015/SDC-INDECOPI del 6 de marzo de 2015.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

ventas que se habrían producido como consecuencia de la infracción a las normas de represión de la competencia desleal.

218. Al respecto, de los actuados que obran en el expediente, se ha verificado que la publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que Nubyx ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias se habría difundido a través de dos (2) anuncios en Instagram y Facebook durante el periodo julio de 2019 – julio de 2020¹⁰¹.
219. En atención a ello, Nubyx ha presentado sus ingresos brutos obtenidos por la comercialización de sus servicios de internet fijo durante el periodo de julio de 2019 – julio de 2020, los cuales ascienden a **CONFIDENCIAL**¹⁰². Por consiguiente, el beneficio ilícito obtenido por la empresa denunciada durante el periodo infractor será calculado con base en dicho monto.
220. Asimismo, a fin de calcular el beneficio ilícito correspondiente a la difusión de los anuncios infractores en Instagram y Facebook, resulta conveniente -en primer lugar- considerar el grado de impacto que pudo generar tal publicidad en redes sociales en los consumidores.
221. En ese sentido, en aras de considerar un porcentaje referencial que sirva de sustento para calcular el beneficio ilícito derivado del acto de engaño respectivo, se han revisado los siguientes estudios sobre el impacto de la publicidad en redes sociales en el comportamiento de los consumidores¹⁰³:

¹⁰¹ Tal como lo indicó Nubyx en su escrito del 24 de marzo de 2021.

¹⁰² Con fecha 14 de julio de 2022, Nubyx adjuntó un archivo Excel con información correspondiente a los ingresos generados por los clientes que contrataron su servicio de internet en el periodo julio de 2019 – julio de 2020, con el siguiente detalle:

- a. Fecha de contratación (fecha de activación del servicio).
- b. Tipo de segmento.
- c. Plan contratado.
- d. Tiempo de permanencia (meses).
- e. Costo de instalación Inc. IGV (soles).
- f. Precio mensual Inc. IGV (soles).

Dicha información ha sido declarada confidencial por la Comisión mediante Resolución 8 del 13 de setiembre de 2022.

¹⁰³ Con relación al estudio de Lavanda Reyes, traído a colación por Nubyx en su apelación, se observa que dicho estudio solo analiza las estrategias de marketing digital en las medianas y pequeñas empresas (mypes); sin embargo, por su volumen de ingresos, Nubyx no califica como una mediana o pequeña empresa, sino como una gran empresa. Por ese motivo, el referido estudio no resulta aplicable al presente caso.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

92/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

- (i) *“Impact of Social Media on Consumer Behaviour”*, elaborado por Chahat Chopra y Sachin Gupta¹⁰⁴. Este estudio detalla que el 53.3% de los consumidores ven influenciado su comportamiento de compra por la publicidad en redes sociales¹⁰⁵.
- (ii) *“Impact of Social Media on Consumer Buying Behaviour”*, elaborado por Rabab Murtaza¹⁰⁶. De acuerdo con este estudio, el 47.5% de los consumidores se ven influenciados por la publicidad en redes sociales para comprar un producto.
- (iii) *“Impact of Social Media on Consumer’s Decision”*, elaborado por Mainye Assumpter¹⁰⁷. Este estudio indica que el 25.3% de los consumidores se ven influenciados para comprar un producto por la publicidad en redes sociales.
- (iv) *“Digital and social media in purchase decision process: A special report from the advertising research foundation”*, elaborado por Powers, T., Advicula, D., Austin, M. S., Graiko, S., & Snyder, J.¹⁰⁸. Según el referido

¹⁰⁴ **CHOPRA, Chahat Y GUPTA, Sachin.** *“Impact of Social Media on Consumer Behaviour”*. International Journal of Creative Research Thoughts, 2020. Volume 8. Issue 6.

El estudio recabó información a través de dos (2) fuentes: (i) encuestas a consumidores, las cuales se realizaron mediante la plataforma de *Google*; y, (ii) conversaciones directas con los consumidores. Asimismo, acorde con el documento, el tamaño de la muestra fue de 136 consumidores de la región de Nueva Delhi.

¹⁰⁵ Cabe señalar que, dentro del 53.3% de los consumidores que ven influenciado su comportamiento de compra por la publicidad en redes sociales, el 7.3% de ellos se encuentra totalmente de acuerdo con ese hecho y el 46% de ellos solo se encuentra de acuerdo con que existe dicha influencia. En consecuencia, en la medida que ambos porcentajes se tratan de consumidores que al menos aceptan la existencia de una influencia por parte de la publicidad en redes sociales, esta Sala considera adecuado tomar el total de ambos porcentajes (53.3%).

¹⁰⁶ **MURTAZA, Rabab.** *“Impact of Social Media on Consumer Buying Behaviour”*. International Journal of Creative Research Thoughts, 2021. Volume 9. Issue 5.

Los datos son de naturaleza primaria y se recopilaron a través de cuestionarios electrónicos realizados a consumidores mediante la plataforma de *Google*. Acorde con el documento, el universo incluye a diferentes grupos de personas de India y Kuwait.

¹⁰⁷ **ASSUMPTER NYAGUCHA, Mainye.** *“Impact of social media on consumer’s decision making progress among the youth in Nairobi”*. United States International University – Africa, Summer, 2017.

Los datos son de naturaleza primaria y se recopilaron a través de encuestas realizadas a cuatrocientos (400) consumidores de Nairobi (Kenia) con un margen de error de 5%.

¹⁰⁸ **POWERS, T., ADVINCULA, D., AUSTIN, M. S., GRAIKO, S., & SNYDER, J.** *Digital and social media in purchase decision process: A special report from the advertising research foundation*. Journal of Advertising Research., 2012, pp. 479-489.

estudio, la publicidad en redes sociales fue importante en la decisión de compra del 22% de los consumidores¹⁰⁹.

222. Conforme a lo expuesto, considerando los distintos porcentajes calculados en los estudios antes mencionados, esta Sala estima razonable tomar como referencia un promedio de dichos porcentajes, a fin de lograr una aproximación más exacta al impacto que genera la publicidad en redes sociales en el mercado. Así pues, se estima que -en promedio- la publicidad por redes sociales tiene un impacto del 37.0% en los consumidores al momento de realizar una decisión de consumo, lo cual -luego de un factor de conversión para su aplicación al presente caso- resulta en 27.02%¹¹⁰.
223. Sumado a ello, también es importante considerar el alcance y la sustancialidad de la publicidad difundida por redes sociales, ya que evidentemente estos factores pueden aumentar la desviación de la demanda. En el presente caso, la publicidad denunciada ha tenido un alcance medio, ya que a pesar de que los anuncios infractores fueron retransmitidos a las cuentas de usuarios de Instagram y Facebook que hayan decidido seguir las publicaciones de Nubyx en tales páginas, por las particularidades de las redes sociales (las publicaciones antiguas van quedando rezagadas en la medida de que otras aparecen), con el paso del tiempo se puede dificultar el acceso a estas.
224. Asimismo, con relación a la sustancialidad del mensaje difundido (que es el mismo en las dos piezas publicitarias), se aprecia que Nubyx buscó atraer consumidores resaltando un aspecto de su servicio relacionado a la calidad (un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias), el cual es uno de los factores más relevantes en la decisión de consumo del público.

La herramienta utilizada para la recolección de información fue una encuesta diseñada para investigar el rol de los medios digitales en los procesos de compra. Asimismo, la encuesta se realizó a doscientos noventa (290) miembros de la comunidad que usa internet.

¹⁰⁹ Esta Sala considera pertinente tomar en cuenta los resultados de esta investigación debido a que analiza la relación entre la publicidad en medios digitales y los beneficios económicos atribuibles al anunciante, lo cual se ajusta a las características del presente caso.

¹¹⁰ Si bien los estudios antes mencionados permiten determinar que el 37.0% de las ventas realizadas por Nubyx se generaron como resultado de la publicidad en redes sociales, lo cierto es que ese porcentaje engloba las ventas que se realizaron por la información engañosa difundida y las ventas que no están relacionadas con la difusión de dicha información. De esta manera, a fin de calcular con mayor certeza el impacto efectivo que tuvo la publicidad infractora sobre las ventas finales, se ha aplicado un factor de conversión a través de la siguiente ecuación matemática, en el que se obtuvo 27.02%:

$$z = k/(1 + k) \Rightarrow 37\% / (1+37\%) = 27.02\%.$$

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

225. No obstante, también resulta importante tener en cuenta que no todos los anuncios difundidos por Nubyx en Instagram y Facebook contenían el mensaje engañoso materia de sanción, sino que solo fueron dos (2) anuncios. Por lo tanto, resultaría desproporcionado afirmar que la totalidad de los ingresos obtenidos por Nubyx por la difusión de la publicidad en redes sociales durante el periodo infractor se debieron a la conducta ilícita. Por ese motivo, atendiendo a la cantidad de anuncios difundidos, la sustancialidad del mensaje y el alcance del medio de difusión, esta Sala estima necesario aplicar un factor de ajuste de **CONFIDENCIAL** al beneficio ilícito calculado¹¹¹.
226. En consecuencia, considerando el impacto efectivo que tuvo la publicidad en redes sociales sobre las ventas finales realizadas por Nubyx (27.02%) y el factor de ajuste que debe aplicarse en atención a las características del caso en concreto (**CONFIDENCIAL**), el beneficio ilícito que habría obtenido Nubyx por la conducta infractora ascendió a S/ 48, 046.13.
227. Como se señaló en los considerandos precedentes, para lograr un adecuado desincentivo de la conducta infractora, la multa a imponerse debe considerar no solo el beneficio esperado de la conducta ilícita, sino también la **probabilidad de detección**. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad, como sería 10%, lo que significa que, de cada 10 infracciones, una sería detectada por la autoridad; mientras que si es de mediana o fácil detección le corresponderá un porcentaje mayor.
228. En este caso, la existencia de la infracción verificada fue advertida a raíz de la presentación de la denuncia de América Móvil, lo que evidencia que la conducta era detectable por agentes que participan en el mercado. Además, se debe tener en consideración que el mercado de internet fijo cuenta con operadores que tienen cierto posicionamiento, como sucede con América Móvil, por lo que la posibilidad de detectar la comisión de la infracción resulta alta, dado que esta empresa tendrá mayores incentivos para recurrir al sistema de represión de la competencia desleal si advierte que se producen conductas como la denunciada en el presente caso.
229. Al mismo tiempo, esta Sala tiene presente que la publicidad infractora solo fue difundida a través de dos (2) anuncios en redes sociales (medio de difusión de

¹¹¹ En este caso, se ha considerado que, en la Resolución 303-2013/SDC-INDECOPI del 21 de febrero de 2013, correspondiente al procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Direct Tv Perú S.R.L., esta Sala aplicó un factor de ajuste similar para una publicidad con alcance significativo y mediana sustancialidad (anuncios televisivos con afirmaciones comparativas difundidas por un periodo de un mes aproximadamente).

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

95/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

alcance medio) y no formó parte de una campaña publicitaria ni fue difundida a través de medios de alto alcance como los anuncios televisivos, por lo que se calcula una probabilidad de detección de **85%**¹¹².

230. Por tanto, aplicando la fórmula establecida en el párrafo 210 se obtiene el siguiente resultado:

$$\text{S/ } 56, 524.86 \text{ (equivalente a 12.29 UIT)} = \frac{\text{S/ } 48, 046.13}{85\%}$$

231. En atención a lo expuesto, considerando el beneficio ilícito obtenido y la probabilidad de detección, a criterio de la Sala corresponde imponer a Nubyx una sanción ascendente a 12.29 UIT por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño en este extremo.

b) Sobre la publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no sería cierto

232. Conforme a lo expuesto en el acápite previo, los primeros factores a evaluar para determinar la multa serán el beneficio ilícito y la probabilidad de detección.

233. En este caso, es pertinente recordar que la publicidad engañosa que daba a entender a los consumidores que la denunciada sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto fue difundida a través de una propuesta comercial personalizada, la cual -según la información brindada por la propia Nubyx- fue distribuida únicamente en el condominio ubicado en la "Urb. El Rosario II" en el distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa, durante el mes de setiembre de 2020.

234. No obstante, de la revisión de los actuados, se observa que Nubyx no ha presentado sus ingresos brutos obtenidos por la comercialización de sus servicios de internet fijo en la "Urb. El Rosario II" durante el mes de setiembre de 2020, sino que solo ha presentado sus ingresos brutos obtenidos a nivel nacional. Por ende, no se dispone de información desagregada que permita

¹¹² Un criterio similar fue empleado por esta Sala en la Resolución 303-2013/SDC-INDECOPI del 21 de febrero de 2013, correspondiente al procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Direct Tv Perú S.R.L., en el que la Sala analizó -entre otros- una conducta infractora realizada en página web.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

determinar cuáles fueron los ingresos brutos obtenidos por Nubyx por la conducta infractora.

235. Aunado a ello, si bien en segunda instancia Nubyx alegó que solo existió un (1) cliente que contrató el servicio de internet en la "Urb. El Rosario II" entre julio de 2019 a julio de 2020, dicho periodo no se condice con el periodo infractor de esta conducta (setiembre de 2020), por lo que esa información tampoco puede ser tomada en cuenta para la determinación del beneficio ilícito.
236. En consecuencia, en la medida que no se cuenta con información para determinar el beneficio ilícito, corresponde emplear otros criterios contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal para graduar la sanción aplicable. De acuerdo con lo señalado por esta Sala en otros casos¹¹³, se procederá a recurrir a otros criterios, tales como la modalidad, alcance y sustancialidad del anuncio infractor, a efectos de establecer un parámetro objetivo que permita dilucidar la sanción aplicable al presente caso.
237. Con relación a la modalidad empleada por Nubyx para difundir el anuncio infractor, se aprecia que tal publicidad fue transmitida a través de una propuesta comercial personalizada para un condominio en específico de la ciudad de Arequipa y solo durante el periodo de un mes. En atención a tales circunstancias, esta Sala estima que el alcance la publicidad fue restringido.
238. De otro lado, conforme a lo previamente señalado, mediante la publicidad infractora, Nubyx transmitió un mensaje engañoso que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, es decir, el mensaje transmitido a los consumidores estaba vinculado al presunto mérito o preminencia que tendría Nubyx en el mercado de internet fijo de fibra óptica.
239. En tal sentido, si bien el acto de engaño cometido por Nubyx mediante la publicidad infractora puede constituir un elemento valorado positivamente por los usuarios de servicios de internet, este no se encuentra vinculado a un elemento sustancial de su propuesta comercial en el mercado ni a un atributo propio del servicio, el cual resulte pasible de desviar significativamente la demanda de dichos servicios a favor de la empresa infractora y en detrimento de los demás competidores (como es el caso del precio, las condiciones del servicio, la calidad, entre otros).

¹¹³ Ver las Resoluciones 924-2012/SDC-INDECOPI, 141-2018/SDC-INDECOPI y 0010-2019/SDC-INDECOPI.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

97/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

240. Asimismo, la propuesta comercial personalizada que contenía la publicidad infractora tampoco presentaba elementos llamativos que pudieran generar un mayor impacto en los consumidores que accedieron a dicha propuesta. Por ende, la sustancialidad del mensaje infractor es baja.
241. En atención a ello y de acuerdo con el principio de predictibilidad¹¹⁴, corresponde imponer a Nubyx una sanción ascendente a 2 UIT por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño en este extremo.
- c) Sobre el acto de denigración
242. Sobre este punto, resulta pertinente mencionar que el mensaje denigratorio difundido por Nubyx contra América Móvil se encontraba en la propuesta comercial personalizada, la cual fue distribuida únicamente en el condominio ubicado en la "Urb. El Rosario II" en el distrito de Cerro Colorado, provincia y departamento de Arequipa, durante el mes de setiembre de 2020.
243. En tal sentido, en atención a los mismos fundamentos que fueron desarrollados en el acápite anterior (ver párrafos 233 a 236 de la presente resolución), no es posible calcular el beneficio ilícito en el presente caso para graduar la sanción a imponerse a Nubyx, al no contar con información sobre los ingresos brutos obtenidos por la difusión de la propuesta comercial personalizada en el condominio en cuestión. En consecuencia, se deberán emplear otros criterios previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal para graduar la sanción aplicable, como la modalidad, alcance y sustancialidad del anuncio infractor.
244. En cuanto a la modalidad y el alcance del anuncio infractor, como se expuso anteriormente, la publicidad tuvo un alcance restringido, al haber sido difundida en un condominio específico de la ciudad de Arequipa y solo durante el periodo de un mes.
245. Por otro lado, en cuanto a la sustancialidad del mensaje, se debe tener en cuenta que, en el presente caso, Nubyx transmitió a los consumidores el mensaje de que el servicio de internet con la tecnología HFC brindado por América Móvil no sería capaz de satisfacer los requerimientos de sus usuarios, por lo que esta se había convertido en una opción obsoleta.

¹¹⁴ Ver la Resolución 200-2018/SDC-INDECOPI del 13 de setiembre de 2018, en el que la Sala sancionó a Prensmart S.A.C. con una multa de 2UIT por actos de engaño, al difundir en el diario "Correo" que dicho diario sería el más leído de Piura por un periodo de trece (13) días.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

246. Así pues, la comunicación controvertida tuvo como efecto generar una idea negativa en los consumidores sobre la calidad de los servicios brindados por América Móvil, lo cual tenía la capacidad de influir negativamente en la decisión de compra de los consumidores en el condominio ubicado en la “Urb. El Rosario II”, toda vez que estos pudieron optar por terminar sus contratos o no contratar a futuro el servicio de internet de la denunciante, desviando las preferencias de los consumidores hacia Nubyx para una próxima decisión de contratación de este servicio.
247. No obstante, también es importante notar que la decisión de compra de los consumidores puede atender a distintos factores, tales como el prestigio de la marca, la referencia de la calidad del servicio por parte de terceros, el posicionamiento de la empresa en el mercado, la imagen comercial de los competidores, la preferencia de los consumidores, el ofrecimiento de servicio complementarios o conexos, entre otros. Lo anterior lleva a concluir a esta Sala que la sustancialidad de la información trasladada al mercado fue media.
248. Adicionalmente, considerando que en un caso anterior en el que se detectó un mensaje denigratorio se impuso una multa de 6 UIT¹¹⁵, en este caso en el que la sustancialidad del mensaje ha sido media y con un alcance restringido, corresponde imponer una sanción menor.
249. En consecuencia, esta Sala considera que corresponde sancionar a Nubyx con una multa ascendente a 3 UIT por la comisión del acto de denigración.
- d) Sobre la infracción del principio de legalidad
250. Conforme se ha señalado anteriormente, a efectos de graduar la sanción a imponer a Nubyx por la comisión de actos de competencia desleal, un criterio aplicable es el beneficio ilícito. En este caso, la publicidad infractora fue difundida en un anuncio de Instagram y en la página web de Nubyx durante el periodo julio de 2019 – julio de 2020.
251. Al respecto, si bien Nubyx ha presentado sus ingresos brutos obtenidos por la comercialización de su servicio de internet fijo durante el periodo julio de 2019 – julio de 2020, en este caso en concreto, esta Sala considera que tal criterio

¹¹⁵ Ver la Resolución 416-2015/SDC-INDECOPI del 24 de julio de 2015, en la que la Sala sancionó a International Diagnostic Imaging S.A.C. con una multa de 6 UIT por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración. El mensaje denigratorio fue difundido en un comunicado dirigido por la denunciada el 21 de mayo de 2012 a la Presidenta del Comité Especial del Proceso de Licitación Pública N° 002-2012-GRC-CE-HSJ convocado por el Hospital San José del Callao. Dicha infracción fue calificada como grave (tomando en cuenta su efecto sobre los competidores y consumidores) y con alcance restringido.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

99/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

no resulta aplicable en este caso, dado que la conducta infractora (la omisión de información sobre el costo de instalación) no es un factor que necesariamente definió la decisión de consumo de los destinatarios de la publicidad y que hubiera aumentado las ventas de Nubyx, pues en el proceso de contratación, el consumidor hubiera tomado conocimiento del costo de instalación del servicio de internet de la denunciada y habría podido optar por adquirir o no dicho servicio.

252. En tal sentido, el beneficio ilícito no es un criterio adecuado para determinar la gravedad de la infracción y calcular la sanción aplicable a Nubyx por la infracción al principio de legalidad en el presente caso, en tanto la difusión del anuncio infractor no necesariamente se habría traducido en mayores ingresos a los que hubiera obtenido dicho agente en caso de no incurrir en dicha infracción. Por tanto, corresponde emplear otros criterios contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, como es el alcance del anuncio infractor.
253. Para determinar dicho alcance, se puede atender a distintos factores¹¹⁶, tales como el nivel de repetición de la pieza publicitaria; el grado de cobertura del anuncio respecto del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores potenciales susceptibles de ser alcanzados por los anuncios; la probabilidad de percepción del mensaje, la cual es muy elevada en el cine o la televisión y más baja en medios gráficos fijos; las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; entre otros criterios.
254. Sobre el particular, con relación al alcance de las piezas publicitarias, se advierte que estas fueron difundidas en Instagram y la página web de Nubyx. De conformidad con pronunciamientos anteriores emitidos por esta Sala¹¹⁷, las publicaciones en redes sociales tienen un alcance mediano, ya que a pesar de que son retransmitidas a las cuentas de usuarios que hayan decidido seguir las publicaciones del anunciante en tales medios, por las particularidades de una red social (las publicaciones antiguas van quedando rezagadas en la medida de que otras aparecen), con el paso del tiempo, se pueden convertir en publicaciones de difícil acceso.

¹¹⁶ Ver nota al pie 99.

¹¹⁷ Ver Resoluciones 205-2017/SDC-INDECOPI 10 de abril de 2017 y 0059-2019/SDC-INDECOPI del 26 de marzo de 2019.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

100/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

255. Por su parte, si bien los anuncios difundidos a través de páginas web pueden ser percibidos de manera permanente por una cantidad considerable de consumidores, estos solo pueden ser observados por los consumidores que acceden a la respectiva página web, lo que implica que la publicidad difundida a través de dicho medio tiene un alcance mediano¹¹⁸.
256. De otro lado, esta Sala observa que la conducta infractora de la denunciada generó costos de búsqueda de información en los consumidores sobre un elemento relevante para su decisión de consumo, cuando esta debía ser proporcionada por el anunciante.
257. En efecto, este costo de búsqueda de información que, en virtud de la ley, debería ser asumido por el anunciante al colocar el precio total de un bien o servicio, incluyendo todo cargo adicional indispensable para su adquisición (por ser la solución más eficiente desde la perspectiva del legislador¹¹⁹) es uno de los aspectos que precisamente pretende ser disminuido a través de la regulación publicitaria que impone deberes de información mínima sobre las condiciones para adquirir el bien ofrecido.
258. Además, corresponde tomar en cuenta que en un anterior pronunciamiento en el que se sancionó a una administrada por la difusión de un anuncio en un medio de mayor alcance (como los difundidos por medios televisivos) que transgredían el principio de legalidad, la Sala impuso una multa de 5 UIT¹²⁰, por lo que esta Sala considera que la multa a imponer a Nubyx debe ser menor a la impuesta en aquel caso.

¹¹⁸ Ver Resoluciones 113-2015/SDC-INDECOPI del 23 de febrero de 2015 y 217-2018/SDC-INDECOPI del 4 de octubre de 2018.

¹¹⁹ Como sostiene Frisicale: *“La producción de información implica un costo que podría ser cargado al proveedor o al consumidor. Una asignación eficiente del costo de información debe tener en cuenta a cuál de los dos sujetos le resulta menos costoso adoptar medidas de prevención. Debido a que el acceso a la información por parte de los consumidores es más costoso, en comparación con los proveedores, la norma que le asigna al proveedor el deber de informar es una solución eficiente”*. FRISICALE, María Laura. *“El principio de prevención en el derecho del consumidor y su relación con la carga de la prueba”*. En: XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011. Comisión de Daños.

Esta posición es una expresión de la doctrina de Análisis Económico del Derecho conocida como “Cheapest Cost Avoider”. Al respecto, ver CALABRESI, Guido. *“The costs of accidents. A legal and Economic Analysis”*. New Haven: Yale University Press, 1ra edición, 1970.

¹²⁰ Ver Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI del 13 de febrero de 2018, en el que la Sala sancionó Entel Perú S.A. con una multa ascendente a 5 UIT por infracción al principio de legalidad al haber difundido como parte de su campaña Publicitaria “Experiencia 4G - Entel”, una promoción consistente en la adquisición de los equipos “Samsung Galaxy S6” o “Samsung Galaxy S6 Edge” que permitían acceder de manera gratuita a la aplicación “Google Play Music” sin consignar la cantidad mínima de equipos móviles disponibles. Dicha publicidad fue difundida a través de medios escritos (revistas y diarios) y anuncios televisivos transmitidos en señal cerrada (cable).

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

101/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

259. Por tanto, en virtud de todo lo expuesto, corresponde imponer a Nubyx una multa ascendente a 2.5 UIT.

e) Sobre los agravantes solicitados por América Móvil

260. En apelación, América Móvil solicitó a la Sala que considere los siguientes agravantes al momento de graduar la sanción: (a) Nubyx ha esgrimido una defensa que no ha facilitado la resolución del caso acorde a la finalidad del allanamiento; (b) las infracciones fueron cometidas con conciencia y voluntad; (c) los atributos a los que se refiere la publicidad de Nubyx son justamente los que toma en cuenta un consumidor para escoger un servicio de internet (tecnología, calidad, velocidad y precio); (d) Nubyx no ha tomado ninguna medida para revertir los efectos residuales de su conducta; y, (e) Nubyx continúa difundiendo mensajes engañosos.

261. Al respecto, se debe indicar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal ni el TUO de la LPAG prevén como agravantes alguna de las situaciones antes indicadas por América Móvil. Sin perjuicio de ello, a continuación, se procederá a analizar la proporcionalidad y razonabilidad de cada una de tales situaciones como agravantes en el caso en concreto.

262. En cuanto al hecho de que Nubyx no ha esgrimido una defensa que facilite la resolución del caso acorde con su allanamiento, corresponde señalar que el allanamiento formulado por la denunciada en sus descargos ha sido desestimado en el presente procedimiento, al no haber sido congruente con los demás argumentos de defensa presentados durante el trámite del procedimiento. Por ende, esta Sala no ha tomado en cuenta los efectos de dicha figura legal como un atenuante al momento de graduar la sanción aplicable, siendo esta la única consecuencia proporcional y razonable que deriva de la conducta realizada por Nubyx.

263. Por otro lado, con relación a la supuesta conciencia y voluntad que guiaron la conducta de Nubyx, se debe indicar que, si bien la intencionalidad es uno de los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

102/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

de la LPAG¹²¹ -norma de aplicación supletoria al presente procedimiento¹²²⁻, el numeral 1 del artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹²³ establece que la responsabilidad administrativa por incurrir en actos de competencia desleal es de carácter objetivo, por lo que en el presente caso no se ha evaluado la intencionalidad del agente infractor ni se cuentan con elementos de prueba al respecto. En ese sentido, no corresponde tener en cuenta este criterio al graduar la sanción aplicable.

264. Respecto a la relevancia de los atributos a los que se refiere la publicidad infractora de Nubyx, resulta pertinente mencionar que dicho criterio ha sido tomado en cuenta al momento de graduar la sanción que correspondía imponer a Nubyx por incurrir en actos de engaño, actos de denigración y actos contra el principio de legalidad, en específico, cuando se ha analizado la sustancialidad de los mensajes trasladados a los consumidores (ver párrafos 224, 239, 246 y 256 de la presente resolución).

¹²¹ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultando por la comisión de la infracción;
 - b) La probabilidad de detección de la infracción;
 - c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
 - d) El perjuicio económico causado;
 - e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción;
 - f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y,
 - g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.
- (...)

¹²² **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 247.- Ámbito de aplicación de este capítulo

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

247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 246, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador

Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.

247.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia.

¹²³ Ver nota al pie 42.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

265. Finalmente, con relación a que Nubyx no habría tomado ninguna medida para revertir los efectos residuales de su conducta y que continuaría difundiendo los mensajes engañosos, se debe señalar que Nubyx manifestó haber cesado la difusión de la publicidad engañosa en julio de 2020 (en el caso de la publicidad en redes sociales y página web) y setiembre de 2020 (en el caso de la publicidad de la propuesta comercial personalizada)¹²⁴, lo cual no ha sido desvirtuado por América Móvil. En efecto, si bien esta última empresa alegó que Nubyx continuaba difundiendo los mismos mensajes engañosos, dicha afirmación estuvo basada en piezas publicitarias distintas a aquellas que fueron materia de imputación, los cuales no han sido analizados por la autoridad.
266. En consecuencia, corresponde desestimar los agravantes solicitados por América Móvil en su apelación.
- f) Sobre el concurso ideal y concurso real de infracciones
267. De acuerdo con el artículo 248.6 del TUO de la LPAG, cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad. A esto se le conoce como concurso ideal de infracciones¹²⁵.
268. Cuando la autoridad de competencia verifique un concurso ideal de infracciones, la sanción aplicable se determinará graduando las sanciones correspondientes de manera independiente, para luego imponer la sanción correspondiente a la infracción más grave, de acuerdo con lo establecido en el artículo 248.6 del TUO de la LPAG.
269. En el presente caso, esta Sala ha sancionado a Nubyx por haber difundido, a través de un mismo medio publicitario (la propuesta comercial personalizada), los siguientes dos (2) mensajes infractores independientes:

¹²⁴ Además, cabe indicar que, durante la tramitación del procedimiento de primera instancia, Nubyx presentó una constatación notarial de fecha 2 de marzo de 2021, en la que se dejó constancia de que los anuncios infractores denunciados por América Móvil habrían sido retirados de las redes sociales de su empresa.

¹²⁵ “Según el art. 48, el concurso ideal existe “cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho”. La base es la unidad de la acción; o según la terminología legal: “el mismo hecho”. Como es lógico advertir, éste tiene que reunir las exigencias de varios tipos que no se excluyan entre sí.

(...)

El concurso ideal de delitos se presenta, por ejemplo, cuando con la misma piedra que se lanza en un solo intento, se rompe el vidrio de la vivienda de otro (art. 205, delito de daños) y se producen lesiones a uno de sus habitantes (art. 121, delito de lesiones graves dolosas).” HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General 1. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005, pp. 928-930



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- (i) 2 UIT por la difusión de publicidad engañosa que daba a entender que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto; y,
- (ii) 3 UIT por la difusión de un mensaje denigratorio consistente en que el servicio de internet con la tecnología HFC brindado por América Móvil no sería capaz de satisfacer los requerimientos de sus usuarios, por lo que esta se había convertido en una opción obsoleta.

270. En ese sentido, teniendo en cuenta lo expuesto sobre el concurso ideal de infracciones, corresponde imponer a Nubyx únicamente la sanción de la infracción más grave, esto es, 3 UIT.

271. Por otro lado, conforme a lo señalado por esta Sala en anteriores pronunciamientos¹²⁶, la difusión de distintos anuncios infractores que suponen infracciones independientes a la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en este caso, a través de redes sociales, página web y la propuesta comercial personalizada) constituye un supuesto denominado en la doctrina penal como concurso real de infracciones, es decir, una pluralidad de acciones que presupone, a su vez, una pluralidad de infracciones a la ley¹²⁷.

272. Cabe resaltar que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal constituyen manifestaciones de la potestad punitiva estatal, por lo que los principios y reglas de carácter penal resultarán también aplicables, bajo ciertos matices, al ámbito del procedimiento administrativo sancionador¹²⁸.

273. En ese sentido, cuando la autoridad de competencia verifique un concurso real de infracciones, la sanción aplicable se determinará graduando las sanciones correspondientes de manera independiente, para luego sumarlas hasta un máximo del doble de la multa de la infracción más grave, de manera similar a lo previsto por el artículo 50 del Código Penal¹²⁹, norma aplicable

¹²⁶ Al respecto, ver Resoluciones 0010-2017/SDC-INDECOPI, 0029-2018/SDC-INDECOPI y 090-2020/SDC-INDECOPI.

¹²⁷ “La existencia de un concurso real presupone, en primer término, la existencia de una pluralidad de acciones. (...) En segundo lugar se requiere una pluralidad de lesiones de la ley penal, lo que –como en el concurso ideal– presupone que los delitos realizados son también independientes.” BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Lima: Ara Editores, 2004. p. 557.

¹²⁸ Dicho criterio ha sido señalado en anteriores pronunciamientos emitidos por la Sala. A manera de ejemplo ver las resoluciones 575-2014/SDC-INDECOPI, 596-2014/SDC-INDECOPI, 626-2014/SDC-INDECOPI, 817-2014/SDC-INDECOPI, 027-2015/SDC-INDECOPI y 542-2016/SDC-INDECOPI, entre otras.

¹²⁹ **CÓDIGO PENAL**

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

supletoriamente al presente procedimiento al no estar regulado este supuesto en las leyes especiales¹³⁰.

274. De este modo, teniendo en cuenta que la suma de las tres (3) multas impuestas a Nubyx por los mensajes infractores difundidos en piezas publicitarias distintas (12.29 UIT por publicidad engañosa, 3 UIT por actos de denigración y 2.5 UIT por infracción al principio de legalidad) asciende a 17.79 UIT, se ha verificado que dicha suma no supera el doble de la sanción más grave¹³¹, límite legal derivado del concurso real de infracciones antes señalado.

275. Finalmente, la sanción impuesta no excede el 10% de los ingresos brutos obtenidos por Nubyx en el año 2021, ejercicio inmediato anterior al año de emisión de la resolución de la primera instancia, tal como lo prevé el artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.11. Sobre las medidas correctivas

276. Al respecto, el artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que, además de la sanción que se imponga al responsable, la autoridad podrá dictar medidas correctivas, las que constituyen remedios conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado que se vio alterada o se encuentra amenazada por la comisión de un acto infractor¹³².

Artículo 50.- Concurso real de delitos. -

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta.

¹³⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Título Preliminar

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

(...)

¹³¹ El doble de la sanción más grave (12.29 UIT) asciende a 24.58 UIT.

¹³² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 55.- Medidas correctivas

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

277. De esta forma, una medida correctiva es un instrumento de corrección de aquellas conductas que afectan o pueden afectar el normal desenvolvimiento del proceso competitivo y es en ese contexto que una orden de cese supone una prohibición de la continuación de los actos infractores analizados, así como un mandato de no realización futura de dicha conducta o sus equivalentes.

III.11.1. Sobre las medidas correctivas

278. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión ordenó a Nubyx en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad infractora que daría a entender a los consumidores lo siguiente:

- Ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias.
- Sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto.

279. Al respecto, es importante mencionar que, de acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del numeral 1 del artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹³³, la intención de imponer una medida correctiva de cese definitivo e inmediato de una conducta infractora implica tanto que se detenga al momento de la imposición de la medida, como que dicha acción ilícita no vuelva a ser realizada en el futuro.

280. En atención a ello, considerando que esta Sala ha confirmado la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por difundir publicidad engañosa referida que (i) daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones,

c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, empaques, material infractor y demás elementos de falsa identificación;

d) El cierre temporal del establecimiento infractor;

e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;

f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,

g) La publicación de la resolución condenatoria.

¹³³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 55.- Medidas correctivas. -

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

107/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

interferencias y latencias y (ii) que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto; se observa que las medidas correctivas dictadas por la Comisión resultan idóneas para restablecer la leal competencia en el mercado y evitar que Nubyx vuelva a cometer las conductas infractoras sancionadas en el futuro.

281. En tal sentido, corresponde confirmar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, en el extremo que ordenó a Nubyx en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad infractora que daría a entender a los consumidores lo siguiente: (a) ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias; y, (b) sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto.
282. Adicionalmente, es importante considerar que la Sala ha declarado fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Nubyx por actos de denigración e infracción al principio de legalidad, por lo que también corresponde ordenar como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad infractora referida a que: (a) el servicio de internet con la tecnología Híbrido de Fibra Coaxial de América Móvil no sería capaz de satisfacer los requerimientos de los usuarios, por lo que se trataría de una tecnología obsoleta; y, (b) la difusión de los planes de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, en los que omite informar el precio total del servicio, incluyendo los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).
283. En su recurso de apelación, América Móvil manifestó que la Comisión debió ordenar adicionalmente la rectificación de la publicidad infractora, alegando que existía un efecto residual en los consumidores y que la autoridad dispone de numerosas herramientas para medir la difusión y el impacto de las campañas publicitarias en redes sociales o canales digitales.
284. Al respecto, esta Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos¹³⁴ que, si bien las medidas correctivas constituyen herramientas dirigidas a restablecer las cosas al estado anterior de la comisión de la infracción, su pertinencia debe

¹³⁴ Ver Resoluciones 408-2017/SDC-INDECOPI del 17 de julio de 2017, 0057-2021/SDC-INDECOPI del 27 de abril de 2021 y 0191-2022/SDC-INDECOPI del 23 de diciembre de 2022.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

108/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

analizarse bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹³⁵ a fin de que estas no sean arbitrarias ni graven en exceso a los administrados. La Ley de Represión de la Competencia Desleal no prevé un orden de prelación en la imposición de tales medidas ni contiene disposiciones que determinen de forma imperativa cuando corresponde implementar cada una de ellas.

285. En atención a lo expuesto, atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad antes señalados, esta Sala considera que las características propias de las conductas infractoras cometidas por Nubyx no denotan una necesidad de ordenar la publicación de avisos rectificatorios.
286. En efecto, en el presente caso, se advierte que la publicidad infractora fue difundida por Nubyx a través de sus redes sociales (Instagram y Facebook) y la propuesta comercial personalizada. En ese sentido, como se explicó en el acápite correspondiente a la graduación de la sanción (ver párrafos 223 de la presente resolución), las publicaciones en redes sociales tienen la particularidad de ir quedando rezagadas por las nuevas publicaciones que aparecen en dichos medios, con lo cual queda claro que estos anuncios tuvieron principalmente un efecto inmediato en los consumidores que accedieron a estos al momento de su publicación.
287. Por otro lado, la propuesta comercial personalizada fue difundida por un periodo corto de tiempo (un mes) y a un público restringido (los residentes de un condominio en específico), por lo cual resulta poco probable que la publicidad infractora subsista entre los consumidores y, aun si ese fuera el caso, que esta sea pasible de generar una afectación de gran magnitud a América Móvil.
288. Aunado a ello, el hecho de que hayan transcurrido más de dos (2) años y medio desde la difusión de la publicidad engañosa por parte de Nubyx hasta la fecha de emisión del presente pronunciamiento, refuerza la idea de que resultaría desproporcionado disponer que Nubyx publique avisos rectificatorios por publicaciones que probablemente no subsistan en la mente de los consumidores, debido a los motivos antes expuestos.

¹³⁵ Precisamente, sobre la vinculación entre la imposición de medidas correctivas y el respeto al principio de razonabilidad, el Tribunal Constitucional, en el marco de un proceso de un amparo seguido contra el INDECOPI en el Expediente 1963-2006-PA/TC, señaló lo siguiente:

"26. (...) El artículo 1 del Decreto Legislativo 701 establece que el objetivo de dicha Ley es 'eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia(...)'. Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan sólo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida Ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad."
(Subrayado agregado)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

109/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

289. Por otro lado, con relación a la Resolución 0200-2018/SDC-INDECOPI, traída a colación por América Móvil en su apelación, se debe indicar que en dicho pronunciamiento la Sala analizó un acto de publicidad engañosa difundido en un periódico de alcance regional en la ciudad de Piura durante el periodo de diez (10) días, lo cual difiere de las características descritas de las publicaciones en redes sociales y la propuesta comercial personalizada evaluados en el presente caso.

290. En cuanto a la conducta infractora al principio de legalidad, es preciso destacar que esta consistió en la omisión de información a los consumidores sobre el costo de instalación del servicio. Siendo ello así, por las propias características de esta conducta infractora, no se advierte alguna información respecto de la cual Nubyx deba rectificarse, sino -por el contrario- corresponde que esta información sea brindada en el futuro.

291. En consecuencia, no corresponde ordenar adicionalmente la rectificación de los mensajes difundidos por Nubyx en redes sociales y la propuesta comercial personalizada.

III.12. Sobre los demás extremos de la resolución apelada

292. Mediante Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión condenó a Nubyx al pago de las costas y costos incurridos por América Móvil en el procedimiento.

293. Al respecto, tomando en consideración que esta Sala ha confirmado la responsabilidad de la imputada por actos de engaño, así como ha hallado responsable a Nubyx por actos de denigración e infracción al principio de legalidad, procede confirmar la orden de pago de las costas y costos del procedimiento a favor de América Móvil, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi¹³⁶.

294. Por tanto, se confirma la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI en el extremo antes referido.

¹³⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 807. FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI**

Artículo 7.- Pago de costas y costos

En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable.

(...)." (Subrayado agregado)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar improcedente la solicitud de confidencialidad formulada por Fiberlux S.A.C. sobre los cuadros 1, 2 y 3 contenidos en su escrito de apelación interpuesto el 28 de octubre de 2022.

SEGUNDO: denegar el pedido de informe oral presentado por América Móvil Perú S.A.C.

TERCERO: confirmar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a que:

- (i) Difundió publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no era cierto.
- (ii) Difundió publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daba a entender a los consumidores que sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto, pese a que ello no era cierto.

CUARTO: confirmar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a que:

- (i) Difundió una campaña publicitaria, a través de Instagram y Facebook, en la que indicaría las siguientes afirmaciones respecto a su servicio de internet fijo con fibra óptica: (i) “la mejor calidad de internet”; (ii) “con esta conexión en tu empresa, todos alientan a la sele a un #NubyxNivel”; (iii) “Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio”; (iv) “No tengas problemas con tu conexión a internet, que no afecte el desempeño y productividad”; (v) “Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales”; y, (vi) “La mejor conexión en fibra óptica”; en las que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet con la mejor calidad y conectividad del mercado, cuando ello no sería cierto.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

111/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

- (ii) Difundió una campaña publicitaria, a través de su página web, LinkedIn, Instagram y Facebook, en la que indicaría las siguientes afirmaciones respecto a su servicio de internet fijo con fibra óptica: (i) "Internet a la mayor velocidad"; (ii) "Navega a altas velocidades"; (iii) "Internet a velocidad luz"; (iv) "¿Cansado de usar una conexión que retrasa tus actividades? ¡Cámbiate a Nubyx!"; (v) "Conexión de internet veloz para tu empresa. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet"; (vi) "Internet de alta velocidad. Incrementa tu productividad con la máxima velocidad a internet"; (vii) "Si vivir la verdadera velocidad quieres, usar la fibra óptica de Nubyx debes"; dando a entender a los consumidores que ofrecería el internet de mayor velocidad, cuando en realidad ello no sería cierto, en la medida que América Móvil y Movistar ofrecerían planes de igual o mayor velocidad.
- (iii) Difundió publicidad, a través de Instagram, en la que daría a entender a los consumidores que ofrecería un internet al mejor precio, cuando en realidad ello no sería cierto.
- (iv) Difundió publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), en la que daría a entender a los consumidores que el servicio de internet con HFC no satisface los requerimientos de los clientes, llegando a ser una opción del pasado, pese a que ello no sería cierto.

QUINTO: revocar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración, supuesto previsto en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que difundió un mensaje a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada) que menoscaba la imagen, crédito, fama, prestigio o reputación de la denunciante; y, reformándola, declarar fundada dicha imputación.

SEXTO: revocar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Fiberlux S.A.C. por infracción al principio de legalidad, supuesto previsto en el literal b) del artículo 17.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, en la medida que omitió presentar en su publicidad en la que ofrece un plan de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, a través de su página web e Instagram, el precio total del servicio, en tanto que no incluyó los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación); y, reformándola, declarar fundada dicha imputación.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

112/115



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

SÉPTIMO: declarar la nulidad parcial de la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que sancionó a Fiberlux S.A.C. con multas de 16.80 UIT y 22.61 UIT y, en aplicación del artículo 227 del del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, sancionar a Fiberlux S.A.C. con una multa final ascendente a 17.79 Unidades Impositivas Tributarias, de acuerdo con el siguiente detalle:

- (i) 12.29 Unidades Impositivas Tributarias por haber difundido publicidad, a través de Instagram y Facebook, en la que daba a entender a los consumidores que ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias, cuando en realidad ello no era cierto.
- (ii) 3 Unidades Impositivas Tributarias por haber difundido publicidad, a través de un comunicado (propuesta comercial personalizada), por actos de denigración, al menoscabar la imagen, crédito, fama, prestigio o reputación de la denunciante.
- (iii) 2.5 Unidades Impositivas Tributarias por infracción al principio de legalidad por haber omitido presentar en su publicidad difundida en página web e Instagram el precio total del servicio (costo de instalación).

OCTAVO: confirmar la Resolución 41-2022/CCD-INDECOPI del 27 de setiembre de 2022 en el extremo que ordenó como medida correctiva a Fiberlux S.A.C. el cese definitivo e inmediato de la difusión de la publicidad infractora que daría a entender a los consumidores lo siguiente:

- Ofrecería un internet libre de interrupciones, interferencias y latencias.
- Sería la primera empresa a nivel nacional en ofrecer un servicio residencial 100% de fibra óptica de punto a punto.

NOVENO: ordenar a Fiberlux S.A.C., en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios que contenían los siguientes mensajes denigratorios y que infringían el principio de legalidad, respectivamente:

- Daría a entender a los consumidores que el servicio de internet con la tecnología Híbrido de Fibra Coaxial de la denunciante no sería capaz de satisfacer los requerimientos de los usuarios, por lo que se trataría de una tecnología obsoleta.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

113/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

- La difusión de los planes de internet de 100Mbps, 200Mbps, 300Mbps y 500Mbps, en los que omite informar el precio total del servicio, incluyendo los cargos adicionales indispensables para su adquisición (costo de instalación).

DÉCIMO: confirmar la Resolución 0028-2022/CCD-INDECOPI del 16 de agosto de 2022, en el extremo que condenó a Fiberlux S.A.C. al pago de las costas y costos incurridos por América Móvil Perú S.A.C. en el presente procedimiento.

DÉCIMO PRIMERO: requerir a Fiberlux S.A.C. el cumplimiento espontáneo de la multa impuesta en la presente resolución, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable, de acuerdo con lo establecido en el numeral 4 del artículo 205 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS¹³⁷, precisándose, además, que los actuados serán remitidos a la Unidad de Ejecución Coactiva para los fines de ley.

Con la intervención de los señores vocales César Augusto Llona Silva, Carlos Hugo Mendiburu Díaz, José Abraham Tavera Colugna y Walter Leonardo Valdez Muñoz.

CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA
Presidente

137

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS, TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 205.- Ejecución forzosa

Para proceder a la ejecución forzosa de actos administrativos a través de sus propios órganos competentes, o de la Policía Nacional del Perú, la autoridad cumple las siguientes exigencias:

(...)

4. Que se haya requerido al administrado el cumplimiento espontáneo de la prestación, bajo apercibimiento de iniciar el medio coercitivo específicamente aplicable.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

114/115

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

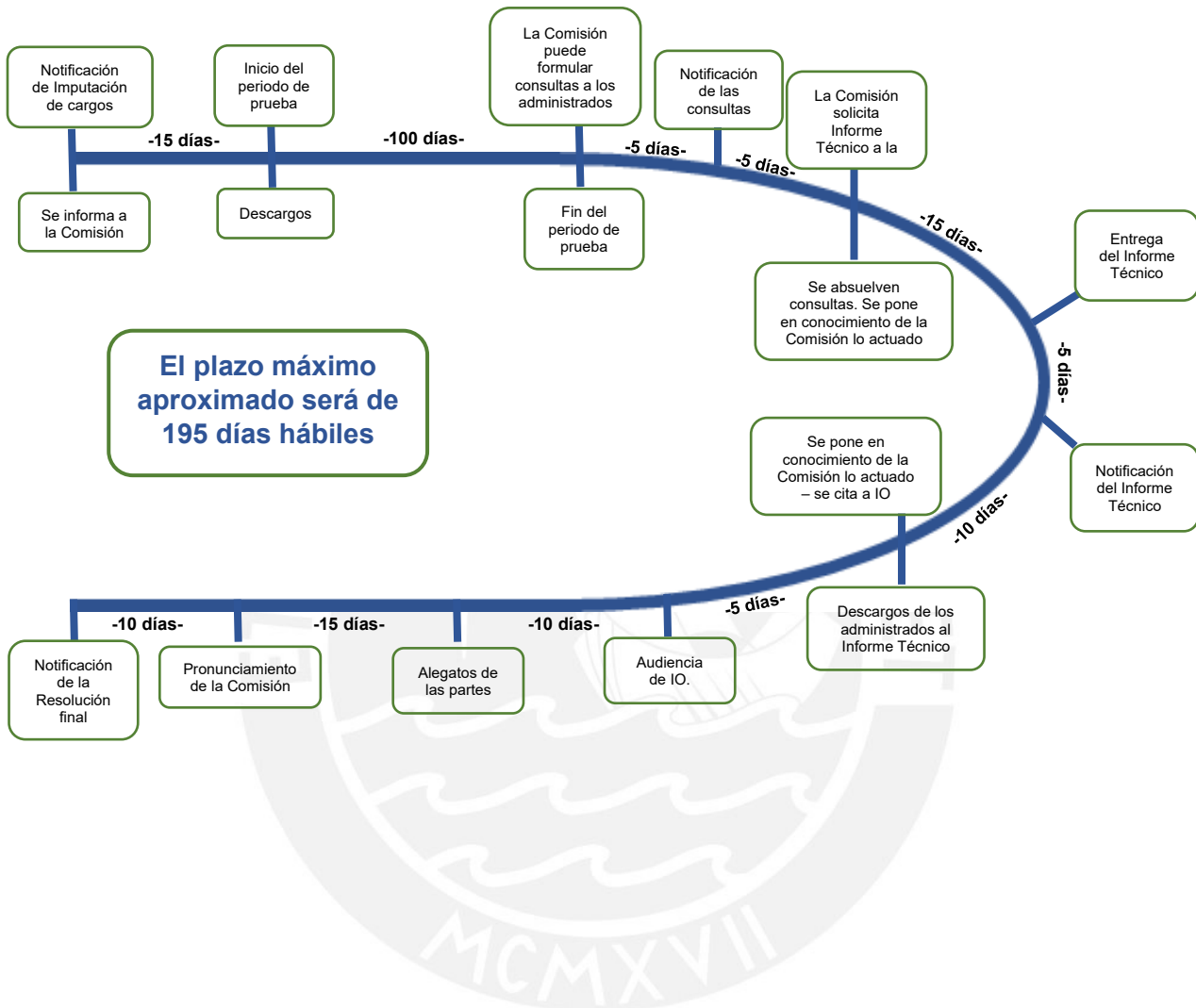
INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0068-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0140-2020/CCD

ANEXO 1



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11