

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



“Publicidad digital y competencia desleal en el Perú: Análisis del caso Optical Technologies S.A.C. vs. América Móvil Perú S.A.C. (Resolución N° 93-2023/SDC/INDECOPI)”

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

YHADIRA BETSABE QUISPE CARRASCO

ASESOR:

RAUL 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 "Publicidad digital y competencia desleal en el Perú: Análisis del caso Optical Technologies S.A.C. vs. América Móvil Perú S.A.C. (Resolución N° 93-2023/SDC/INDECOPI)", del autor(a) QUISPE CARRASCO, YHADIRA BETSABE, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 25%. 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	

RESUMEN

El trabajo analiza críticamente la Resolución N° 093-2023/SDC (América Móvil vs. Optical Technologies), que sanciona la campaña digital de Ultra. El objetivo principal es determinar si los mensajes publicitarios —“100 % estable, sin caídas ni interrupciones”, “el internet de fibra óptica más rápido del país”, “el mejor internet del país”, “único internet por fibra para hogares”, testimonios en YouTube/Instagram y el video del *influencer* IOA— difundidos en redes sociales y la página web de la empresa, constituyeron actos de engaño y/o denigración.

Para fundamentar la crítica, el estudio emplea como principal instrumento normativo el Decreto Legislativo N°1044. Además, para una comprensión de la normativa sectorial de telecomunicaciones, también se emplea el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. De otra parte, se cuenta con una revisión de doctrina especializada en competencia desleal tanto a nivel nacional como internacional. Finalmente, se incluye la revisión de lineamientos y guías institucionales en lo que fuera pertinente.

Los resultados de la investigación concluyen que, en general, la Sala realizó un adecuado análisis al sancionar por la comisión de actos de engaño. Sin embargo, hubo deficiencias en su análisis relacionados al tratamiento de la afirmación “el mejor internet del país” en el contexto del mercado de telecomunicaciones, la omisión del análisis del contenido de las afirmaciones de supuestos testigos pese a ser publicidad comercial, así como no abordar la condición de IOA como *influencer* y de testigo.

Palabras clave

Competencia desleal, publicidad comercial, actos de engaño, actos de denigración, publicidad testimonial

ABSTRACT

This paper critically analyzes Resolution No. 093-2023/SDC (América Móvil vs. Optical Technologies), which sanctions Ultra's digital campaign. The main objective is to determine whether the advertising messages—"100% stable, without drops or interruptions," "the fastest fiber optic internet in the country," "the best internet in the country," "the only fiber optic internet for homes," testimonials on YouTube/Instagram, and the video by influencer IOA—disseminated on social media and the company's website constituted acts of deception and/or denigration.

To support this critique, the study uses Legislative Decree No. 1044 as its main regulatory instrument. Furthermore, to understand telecommunications sector regulations, the General Regulation on the Quality of Public Telecommunications Services is also used. Furthermore, a review of specialized doctrine on unfair competition at both the national and international levels is included. Finally, a review of institutional guidelines and guidelines is included, where relevant.

The results of the investigation conclude that, overall, the Court conducted an adequate analysis when imposing sanctions for acts of deception. However, there were deficiencies in its analysis related to the treatment of the claim "the best internet in the country" in the context of the telecommunications market, the failure to analyze the content of the statements made by alleged witnesses despite the fact that they were commercial advertising, and the failure to address IOA's status as an influencer and witness.

Keywords

Unfair competition, commercial advertising, deceptive advertising, denigrating advertising, testimonial advertising.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	5
I. INTRODUCCIÓN	6
1.1. Justificación de la elección de la resolución	6
1.2. Presentación del caso y del análisis	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	12
3.1. Problema principal	12
3.2. Problemas secundarios	12
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	13
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	13
4.1.1. Problema principal	13
4.1.2. Problemas secundarios	14
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	18
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	19
5.1. ¿La publicidad difundida por Optical Technologies S.A.C. configuró actos de engaño y de denigración?	19
5.1.1. Los actos de engaño	20
5.1.2. Los actos de denigración	24
5.2. ¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para hogar en tecnología con fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red constituyó un acto de engaño?	28
5.3. ¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país constituyó un acto de engaño?	33

5.4. ¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el mejor del país constituyó un acto de engaño?	35
5.4.1. La exageración publicitaria y la publicidad de tono excluyente	36
5.4.2. ¿Son realmente subjetivas afirmaciones como “el mejor del país”?	37
5.4.3. Análisis del caso en el mercado de Telecomunicaciones	39
5.5. ¿La afirmación de que su servicio de internet sería el único internet por fibra óptica para hogares constituyó un acto de engaño?	41
5.6. ¿La publicidad mediante la difusión de testimonios que harían referencia a supuestas experiencias de uso del servicio de internet, constituyeron actos de engaño?	44
5.6.1. La publicidad testimonial	44
5.6.2. La publicidad testimonial según la LRCD	46
5.6.3. Análisis del caso en concreto	47
5.7. ¿La pieza publicitaria consistente en un video de Instagram mediante el cual el usuario IOA hace una serie de afirmaciones constituyen actos de denigración?	49
5.7.1. Los influencers y su rol en la publicidad testimonial	49
5.7.2. Publicidad en redes sociales: el criterio de finalidad concurrencial	51
5.7.3. El Influencer como anunciante o medio de comunicación social	52
5.7.4. La publicidad testimonial y su relación con la denigración	53
5.7.5. Análisis del caso en concreto	54
VI. CONCLUSIONES	56
REFERENCIAS	59
ANEXOS	64

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	0137-2020/CCD
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	<ul style="list-style-type: none"> ● Derecho de la competencia ● Publicidad
Identificación de las resoluciones más importantes	<ul style="list-style-type: none"> ● Primera instancia administrativa: Resolución N°40-2022/CCD-INDECOPI de fecha 27 de septiembre del 2022, emitida por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal. ● Segunda instancia administrativa: Resolución N° 93-2023/SDC-INDECOPI de fecha 03 de agosto del 2023, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia
Denunciante	América Móvil Perú S.A.C
Denunciado	Optical Technologies S.A.C.
Instancias administrativas	<ul style="list-style-type: none"> ● Primera instancia: Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal ● Segunda instancia: Sala Especializada en Defensa de la Competencia
Terceros	Ninguno

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

La publicidad es una herramienta fundamental para que las empresas posicionen sus productos o servicios en el mercado, ya que tienen diversas funciones, siendo su función persuasiva la principal, pues lo que busca un anuncio publicitario es convencer al consumidor a que elija o adquiera un producto o servicio (Súmar & Avellaneda, 2010, p.45).

En este sentido, es posible que las empresas, con el propósito de destacar sus atributos y ganar ventaja competitiva frente a otros agentes, desarrollen campañas publicitarias en las que exageren o distorsionen ciertas características de sus productos o servicios. Del mismo modo, pueden incorporar testimonios de personas comunes o mediáticas que relaten experiencias favorables, contrastándolas con los productos o servicios de la competencia, e incluso recurriendo a expresiones que puedan menoscabar la imagen o reputación de otros agentes económicos.

No obstante, tales prácticas pueden derivar en actos competencia desleal en las modalidades de engaño y actos de denigración, los cuales son sancionados severamente por el ordenamiento jurídico peruano en materia de defensa del principio de la leal competencia.

A ello se suma la complejidad por la aparición de nuevas formas de publicidad, especialmente a través de redes sociales y el uso de *influencers*, los cuales plantean nuevos retos para la aplicación efectiva de las disposiciones legales vigentes en materia publicitaria.

En esta línea, la elección del presente caso se sustenta en el interés por analizar la campaña publicitaria difundida por Optical Technologies S.A.C. a través de medios digitales como Instagram, Facebook, YouTube y su sitio web institucional, las afirmaciones hechas en sus anuncios, el uso de la publicidad testimonial y de *influencers*. En específico, se evaluarán las afirmaciones vertidas en sus anuncios, el uso de publicidad testimonial y

la participación de *influencers*, con el propósito de determinar su compatibilidad con las exigencias del marco normativo vigente en materia de competencia desleal.

1.2. Presentación del caso y del análisis

El caso objeto de análisis surge a partir de la denuncia presentada por la empresa América Móvil Perú S.A.C (en adelante, América Móvil) ante Indecopi contra Optical Technologies S.A.C. (en adelante, Optical), por presuntos actos de engaño vinculados a afirmaciones desplegadas en una campaña publicitaria para promocionar su servicio de internet de fibra óptica para hogares (bajo la marca «Ultra») difundida a través de internet. El contenido de estos anuncios generaron cuestionamientos acerca de la veracidad de los anuncios, el uso de la publicidad testimonial, presuntos actos de denigración, entre otros.

El presente informe desarrolla un análisis jurídico centrado en determinar, como problema principal, si las afirmaciones difundidas por Optical, mediante publicaciones y difusión de testimonios en redes sociales, configuraron actos de competencia desleal en las modalidades de engaño y denigración en el marco de la normativa sobre represión de la competencia desleal. Asimismo, como problemas secundarios, se examinarán cada una de las afirmaciones específicas difundidas en los distintos medios, valorando si la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (En adelante, la Sala) realizó un análisis adecuado y una correcta aplicación de la normativa.

Para responder a los problemas planteados, se utilizará como base normativa el Decreto Legislativo N° 1044- Ley de Represión de Competencia Desleal (En adelante, LRCD)-, doctrina especializada tanto nacional como internacional, jurisprudencia vinculada a los temas de estudio; además de la revisión de lineamientos y guías en lo que fuera pertinente.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

En los últimos años, el mercado de telecomunicaciones experimentó una transformación acelerada, teniendo como protagonista al servicio de internet. Según estudios recientes, su participación en los ingresos totales del sector pasó del 25,88 % en 2016 al 64 % en 2023, desplazando progresivamente a otros servicios tradicionales como la telefonía fija (Jaúregui, Padilla y Quiso, 2024, p. 15). Esto se condice con el cambio en las preferencias y necesidades de los consumidores, quienes necesitan del servicio de internet para acceder al teletrabajo, educación virtual, redes sociales, entre otros. Por lo que, a fin de ver satisfechas sus necesidades, buscarán un servicio eficiente.

En este escenario de alta competitividad, las empresas del sector despliegan diversas estrategias comerciales y publicitarias para atraer a un mayor número de usuarios y posicionarse en el mercado. Sin embargo, algunas de estas prácticas pueden plantear cuestionamientos desde el punto de vista legal.

En este contexto, en el año 2019, Ultra inició formalmente sus operaciones en el mercado de telecomunicaciones como proveedor de internet de fibra óptica, ofreciendo como una característica de su servicio que el cableado de fibra óptica es directo al hogar, lo que permitiría tener una conexión exclusiva (Perú 21, 2022). Es en el despliegue de su entrada en el mercado que elabora una campaña publicitaria en diversas plataformas de internet, difundiendo *posts* en las redes sociales de Facebook e Instagram resaltando las bondades de su servicio de internet, difundiendo videos en Youtube de supuestos testigos contando sobre su experiencia y de su director Emilio Lozano en un video titulado “Ultra, ¿por qué es el mejor #internet domiciliario del país?”, así como la información contenida en su página web. Asimismo, también se difundió un video en Instagram desde la cuenta de Optical, etiquetando a un

usuario llamado @IOA, *influencer* peruano medianamente conocido¹, quien indicaba haber cambiado de un internet *shitting* a un internet *amazing*.

Esta campaña publicitaria llama la atención de uno de los principales competidores en dicho sector, que ofrecía también el servicio de internet, quien identifica una serie de presuntas infracciones que estaría cometiendo Optical.

2.2. Hechos relevantes del caso

El presente caso inicia con la denuncia realizada el 01 de septiembre del 2020 por la empresa América Móvil Perú S.A.C contra Optical Technologies S.A.C., ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (En adelante, la Comisión), por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y denigración, infracciones tipificadas en los artículos 8 y 11 del Decreto Legislativo N°1044, respectivamente. Los argumentos de la denunciante se basaron en que Optical habría 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 hogar con la tecnología de fibra óptica, así como haber difundido un video donde se mencionan frases que menoscaban la imagen, crédito, prestigio y reputación empresarial de América Móvil, entre otros.

A través de la Resolución s/n del 13 de octubre de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión (en adelante, la Secretaría Técnica) admitió a trámite la denuncia presentada por América Móvil e imputó cargos a Optical por presuntos actos de competencia desleal. Asimismo, mediante la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica realizó una nueva imputación de cargos contra Optical. Posterior a ello, con fecha 15 de diciembre de 2021, Optical presentó sus descargos.

¹ De la revisión del Instagram de este *influencer*, se tiene que dicha persona para el año 2019 contaba con la cantidad de 50 mil suscriptores en Youtube, teniendo un crecimiento exponencial para el año 2020 al contar con 430 mil suscriptores en dicha plataforma.

El 27 de septiembre de 2022 mediante **Resolución N° 040-2022/CCD-INDECOPI**, la **Comisión** resolvió declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por América Móvil contra Optical por la comisión de dos actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y declaró infundado los demás puntos de la denuncia.

El 31 de octubre de 2022, Optical apeló la Resolución N° 40-2022/CCD-INDECOPI, alegando vicios de nulidad de la resolución y cuestionando los criterios de la graduación de la sanción. De igual forma, el 2 de noviembre de 2022, América Móvil apeló la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI, impugnando los extremos en los que la Comisión declaró infundada su denuncia.

Finalmente, mediante la Resolución 93-2023/SDC-INDECOPI, la Sala **CONFIRMÓ** todos los puntos analizados por la Comisión y esgrime sus propios argumentos para sustentarlo, declarando **FUNDADO** los siguientes puntos:

i) Infracción al Art.8 de la LRCD al afirmar que **su servicio de internet fijo para el hogar en con tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red**, cuando esto no era cierto. Respecto a este punto, la Sala indicó que se observa que transmiten a los consumidores y potenciales usuarios la expectativa de que Optical ofrecería un servicio incapaz de tener interrupciones y problemas, pero este no es infalible y puede presentar problemas. Asimismo, al ser afirmaciones con carácter objetivo, Optical se encontraba en obligación de presentar medios probatorios idóneos que acrediten la veracidad de los mismos.

; y ii) Infracción al Art.8 de la LRCD al afirmar que **su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país**, cuando ello no sería cierto. En cuanto a este punto, de igual manera que el anterior, la Sala indicó que al ser afirmaciones objetivas por referirse a una característica del servicio, la empresa tenía el deber de presentar sus medios probatorios para acreditar la veracidad de sus afirmaciones, lo cual no hizo.

Asimismo, declaró **INFUNDADO** la denuncia en los siguientes puntos:

i) Por dar a entender que el **internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica de Optical sería el mejor del país**. La Sala no añadió nuevos argumentos, indicando que Optical se refirió de manera genérica que su servicio de internet sería el mejor, siendo subjetiva, por lo que no había algún parámetro que permita comprobar la veracidad de esta afirmación.

ii) Por afirmar que su **servicio de internet sería el único internet por fibra óptica para hogares**. Se declaró infundado debido a que, conforme los argumentos de la Sala, no aprecia que se haya difundido el mensaje imputado, sino que el servicio de internet de Optical sería el único en ofrecer una “velocidad alucinante”, lo cual también es una afirmación subjetiva.

iii) **Por difundir publicidad mediante la difusión de testimonios a través de la red social Youtube que harían referencia a las experiencias que tendrían los consumidores respecto del uso de su servicio de Internet**, pese a que no se encontrarían sustentados en experiencias auténticas y recientes de los testigos. La Sala confirmó los argumentos de la Comisión que indicaron que estos videos no podrían ser calificados como testimonio, puesto que en ninguna parte de la publicidad se identifica el nombre completo de las personas que emitieron las declaraciones, ni se observaba que estas sean identificables por su fama o notoriedad. Asimismo, desarrolló un examen de dos niveles, establecido en la jurisprudencia, indicando que el presente caso no pasó el primer nivel.

iv) Por supuesta **infracción en la modalidad de denigración, por difundir un video en Instagram mediante el cual el usuario IOA hace una serie de afirmaciones que supuestamente estarían menoscabando la imagen, crédito, prestigio y reputación empresarial de la denunciante**. Respecto a este extremo, la Sala confirmó lo desarrollado por la Comisión, indicando que el mensaje transmitido en el anuncio no contiene

una alusión inequívoca a la oferta de América Móvil u otros competidores de Optical.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

En el presente caso, ¿la publicidad difundida por Optical Technologies S.A.C. en diferentes plataformas digitales (Facebook, Instagram, página web, Youtube) configuró actos de engaño y de denigración, conforme a la normativa sobre represión de la competencia desleal?

3.2. Problemas secundarios

- ¿La afirmación de que su servicio de **internet fijo para hogar en tecnología con fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red** constituyó un acto de engaño conforme a lo dispuesto en la LRCD?
- ¿La afirmación de que su **servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país** constituyó un acto de engaño?
- ¿La afirmación de que su **servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el mejor del país** constituyó un acto de engaño?
- ¿La afirmación de que su **servicio de internet sería el único internet por fibra óptica para hogares** constituyó un acto de engaño?
- ¿La publicidad mediante la difusión de testimonios que harían referencia a supuestas experiencias de uso del servicio de internet constituyeron actos de engaño?
- ¿La pieza publicitaria consistente en un video de Instagram mediante el cual el *influencer* IOA hace una serie de afirmaciones constituyen actos de denigración?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

4.1.1. Problema principal

- **¿La publicidad difundida por Optical Technologies S.A.C. configuró actos de engaño y de denigración?**

Para la evaluación de la publicidad difundida por Optical se requiere analizar si las afirmaciones realizadas en sus campañas promocionales, difundidas a través de plataformas como Facebook, Instagram, Youtube y su página web, cumplen con los estándares legales exigidos por la normativa de represión de la competencia desleal. En este sentido, resulta necesario evaluar si dichas afirmaciones fueron aptas para inducir a error al consumidor promedio respecto de las cualidades del servicio ofrecido, así como si se incurrió en prácticas denigratorias en perjuicio de sus competidores.

En cuanto a los actos de engaño, el principio de veracidad, recogido en el artículo 8 de la LRCD, establece que las afirmaciones objetivas realizadas deben ser correctas y deben de contar con el respaldo suficiente. A ello se suma el deber de sustanciación previa, previsto en el artículo 8.4 de la misma ley, el cual implica que, previamente a la difusión de la publicidad, el anunciante debe contar con el sustento previo.

En el caso de Optical, las declaraciones publicitarias difundidas mediante distintos canales digitales no fueron sustentadas con evidencia que acredite su veracidad, configurándose así actos de engaño. Ya que se generó una percepción errónea en los consumidores sobre las características reales del servicio ofrecido, lo cual es susceptible de generar distorsiones en el mercado al atraer a los mismos con información falsa.

Respecto a los actos de denigración, el artículo 11 de la LRCD los define como aquellas conductas que menoscaban la imagen, crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de los agentes económicos. Asimismo, se advierte que, aparentemente, la legislación admite el uso de dichos actos y establece una serie de requisitos a fin de que sean lícitos (artículo 11.2 de la LRCD). No obstante, en la práctica, resulta difícil determinar cuándo un acto de denigración sería lícito.

En el caso de discusión, la difusión del video protagonizado por el *influencer* IOA en Instagram, en el que utilizó expresiones altisonantes en idioma extranjero para referirse a otro proveedor de internet, incluyó comentarios que podrían haber afectado negativamente la imagen y el prestigio empresarial de los competidores de Optical; lo cual sería un acto de denigración, de acuerdo con el artículo 11 de la LRCD.

4.1.2. Problemas secundarios

- **¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para hogar en tecnología con fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red constituyó un acto de engaño?**

Las afirmaciones desplegadas por Optical respecto a que su servicio de internet doméstico de fibra óptica sería estable, sin caídas, fallas, interrupciones y la saturación de red, configuraría una infracción al artículo 8 de la LRCD. Esta disposición exige que las afirmaciones objetivas sobre las características de los servicios o productos deben ser veraces, exactas y comprobables, lo que implica el deber de contar con sustento probatorio suficiente que respalden dichas afirmaciones antes de difundir la publicidad.

En este sentido, es de indicar que, si bien el servicio de internet de fibra óptica permite una mayor conectividad, no le exime de tener incidencias (latencias, caídas, interrupciones, entre otras) que podrían

afectar la calidad del servicio. Además, Optical no cumplió con ofrecer los medios probatorios pertinentes ni útiles que sustenten sus afirmaciones. Por tanto, al no haberse controvertido dicho extremo, la Sala confirmó que dichas afirmaciones configuraban actos de engaño. Al respecto, coincido con esta decisión, ya que se encuentra debidamente sustentada tanto en los hechos como en la aplicación normativa.

- **¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país constituyó un acto de engaño?**

En cuanto a la afirmación de que su internet sería “el más rápido del país”, se tiene que al ser la velocidad una característica del servicio ofrecido, es un parámetro objetivo susceptible de ser comprobado mediante parámetros técnicos.

En consecuencia, al no haber presentado Optical medios probatorios suficientes y previos que sustenten dicha superioridad frente a sus competidores, incurrió en una infracción al artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Por lo tanto, comparto la conclusión de la Sala, en tanto se trató de una afirmación objetiva no sustentada, lo cual constituye un acto de engaño.

- **¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería “el mejor del país” constituyó un acto de engaño?**

En este caso, la afirmación de que Optical ofrecía “el mejor servicio de internet del país”, según la Sala no configura un acto de engaño conforme al artículo 8 de la LRCD, debido a que se trata de una expresión general, subjetiva y no verificable objetivamente. A diferencia de otras características técnicas como la velocidad o estabilidad —que sí pueden comprobarse—, el término “mejor servicio” puede interpretarse de diversas formas (precio, atención, cobertura, etc.), sin que se precise un parámetro concreto.

No obstante, considero que, por un lado, al tratarse de una campaña publicitaria, la afirmación debió ser analizada en conjunto con los demás anuncios, conforme lo establece el artículo 21.2 de la LRCO. Por otro lado, al tratarse de un servicio sujeto al régimen del mercado de telecomunicaciones, este cuenta con estándares de calidad previamente definidos por la normativa sectorial. En consecuencia, sí era posible establecer parámetros objetivos que permitieran verificar la veracidad de la afirmación publicitaria. Por estas razones, en relación con este punto específico, discrepo con lo resuelto por la Sala.

- **¿La afirmación de que su servicio de internet sería el único internet por fibra óptica para hogares constituyó un acto de engaño?**

Respecto a este punto, el anuncio indica textualmente lo siguiente “Ultra es el único internet por fibra óptica para hogares que ofrece una velocidad alucinante para realizar todo tipo de actividades en casa con una experiencia de clase mundial”.

Al analizar el contenido, no se advierte que Optical haya afirmado ser el único proveedor de internet por fibra óptica para hogares, sino que se presenta como el único en ofrecer una “velocidad alucinante”. Esta última expresión constituye un enunciado subjetivo, carente de un parámetro técnico verificable que permita contrastar objetivamente su veracidad. En consecuencia, no se configura un acto de engaño conforme al artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Por lo que me encuentro de acuerdo con la decisión de la Sala.

- **¿La publicidad mediante la difusión de testimonios que harían referencia a supuestas experiencias de uso del servicio de internet, constituyeron actos de engaño?**

En cuanto a la publicidad testimonial difundida por Optical, se tiene que en los videos solo aparecen los supuestos testigos consignados

con su primer prenombre y el distrito en el que residen, no siendo posible de ser identificables y, por tanto, se entiende que forman parte de la campaña publicitaria de la empresa.

Para validar si estamos ante publicidad testimonial, la Sala hace referencia a la Resolución N°1566-2006 del 11 de octubre del 2006, la cual señala que deben cumplirse con los siguientes elementos característicos: a) Participa una tercera persona distinta al anunciante; b) no actúa como portavoz del anunciante; y c) expresa una opinión personal sobre el servicio o producto anunciado.

Asimismo, la Sala también se remite a la mencionada resolución, para indicar que la publicidad testimonial se relaciona directamente con la veracidad de la misma en dos niveles. La primera de ellas relacionada a calificar si dicha declaración es auténtica y reciente; y ,el segundo nivel de análisis, la evaluación acerca de si el testimonio se ajusta al principio de veracidad, en caso de afirmaciones objetivas.

En el presente caso, la Sala concluye que, al no poder identificarse a los participantes ni tratarse de personas notorias, no se trataría de testimonios auténticos y, por tanto, no constituiría publicidad testimonial, negándose a analizar el contenido de las afirmaciones realizadas por los supuestos testigos. No obstante, discrepo con dicha conclusión.

- **¿La pieza publicitaria consistente en un video de Instagram mediante el cual el usuario IOA hace una serie de afirmaciones constituyen actos de denigración?**

En cuanto al video difundido en Instagram mediante el cual el usuario IOA señala que se cambió de un “internet *shitting* a un internet *amazing* que es Ultra”.

Tal como se advierte, la controversia radica en que dicho *influencer* usó expresiones altisonantes en inglés para descalificar el servicio de su anterior proveedor de internet y resaltó las supuestas virtudes del servicio ofrecido por Optical. Al respecto, considero que si bien hay un

punto válido afirmado por la Sala, el cual consiste en identificar al operador aludido en dichas expresiones. Empero, considero que se perdió una valiosa oportunidad de analizar cómo interactúan la publicidad testimonial, el uso de *influencers*, los actos de denigración y el uso de las palabras en inglés con connotación ofensiva en contextos comerciales.

En mi hipótesis, sostengo que dado el público objetivo de Optical-personas de Lima Metropolitana que hacen uso de Instagram- le permitía conocer el significado de estas palabras, por lo que sí podrían haber resultado ofensivas y denigrantes, por lo que debió evaluarse más rigurosamente este extremo conforme al artículo 11 de la LRCD.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

Mi postura respecto al fallo emitido en la Resolución N° 93-2023/SDC-INDECOPI emitida por la Sala, es parcialmente favorable. Si bien reconozco que realizó un análisis adecuado al concluir que algunas afirmaciones efectuadas por Optical configuraron actos de engaño contrarios a lo dispuesto en la LRCD. Empero discrepo con otros aspectos del fallo que, a mi juicio, merecían un tratamiento más riguroso y detallado, los cuales serán desarrollados a lo largo del presente trabajo de investigación.

Uno de estos puntos es el tratamiento otorgado a la figura de la publicidad testimonial. La Sala recurre a lo establecido en la Resolución N° 1566-2006/TDC-INDECOPI de fecha 11 de octubre de 2006, señalando que, a pesar de haber sido emitida con anterioridad a la entrada en vigor de la LRCD, sus criterios siguen siendo aplicables. Considero que era necesario un análisis más exhaustivo sobre el contenido y naturaleza de las declaraciones emitidas por los supuestos testigos. Independientemente de si dichas manifestaciones calificaban como publicidad testimonial o no, lo cierto es que se trata de publicidad

comercial y, por ende, debieron ser evaluadas conforme a los principios de veracidad y sustanciación previa.

Asimismo, respecto al video del usuario identificado como IOA en el video difundido a través de Instagram, se advierte que la Sala no realizó un análisis suficientemente riguroso respecto de la identidad y el perfil de esta persona. Esto resulta relevante, dado que IOA es un *influencer* con cierto nivel de reconocimiento en redes sociales, teniendo así un nivel de fama y notoriedad. En este sentido, era pertinente que la Sala evaluara sus manifestaciones como publicidad testimonial y, por tanto, se exijan los medios probatorios exigibles de este medio publicitario. Asimismo, debió examinarse con mayor detalle si el lenguaje extranjero utilizado (por ejemplo, "*shitting*") podía ser interpretado como denigrante, considerando el nivel de comprensión del público objetivo y el contexto de uso de dicho término.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. ¿La publicidad difundida por Optical Technologies S.A.C. configuró actos de engaño y de denigración?

A fin de analizar si Optical incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y de denigración, será importante, en primer lugar, examinar los bienes jurídicos protegidos por el derecho de la competencia desleal, el rol que cumple la publicidad comercial en el mercado y la relevancia de su regulación. En segundo lugar, será necesario conceptualizar qué son los actos de engaño y denigración en el ámbito de la competencia desleal, a fin de contar con un marco teórico claro que permita sustentar el análisis del caso concreto.

Será necesario partir precisando que la competencia desleal tiene por objeto la protección de la competencia en sí misma; es decir, su interés es proteger a todos los que participan en el mercado. En este sentido, a nivel doctrinal se tiene que los bienes jurídicos protegidos de la competencia desleal son la competencia por eficiencia y la licitud del daño

concurrencial. El primero de ellos implica que será lícita aquella actividad llevada a cabo en el mercado que se centrará en la promoción de un producto o servicio en virtud de la calidad de la oferta- mejor precio, mayor calidad, fiabilidad, mejor servicio (Sainz de Aja, 2007, p.42). En cuanto al daño concurrencial lícito, este se produce cuando un agente económico sufre una afectación como resultado de la competencia legítima de otro actor del mercado, tal como la pérdida de clientela, reducción de ingresos, afectación de reputación, entre otros (Stucchi, 2007b, p.286). Como se observa, el daño concurrencial lícito es un perjuicio derivado del funcionamiento propio de un mercado competitivo, por lo que es permitido.

Por el lado de la publicidad, según Kemelmajer, se erige como un medio imprescindible en una economía de mercado para hacer posible la libre competencia, ya que los destinatarios de la publicidad son los consumidores de los bienes y servicios, quienes realizarán una libre elección entre las distintas ofertas de la competencia (1998, p.70-A). En una línea parecida postulan Palomino y García, quienes indican que la publicidad comercial es un elemento primordial en el desarrollo de la competencia, ya que, a través de la misma, dan a conocer su oferta en el mercado, incidiendo en la determinación de los precios y en el incremento o reducción de la calidad de sus bienes o servicios (2007, p.108).

No obstante, para que esta dinámica competitiva funcione, resulta esencial que la publicidad se someta a reglas que aseguren su veracidad, transparencia y legalidad. La regulación publicitaria vinculada a la competencia desleal, en este marco, actúa como un mecanismo de equilibrio que busca garantizar la competencia en sí misma.

5.1.1. Los actos de engaño

Así, en este apartado, será fundamental definir qué constituye un acto de engaño, una de las conductas más comunes dentro de los supuestos de la competencia desleal.

Como indican los autores Patrón Salinas y Mendoza García, en términos generales, el engaño es aquel acto por el cual un competidor produce en el consumidor una impresión errónea respecto de sus productos o servicios, implicando un perjuicio para el competidor honesto quien perderá clientela a causa de dichos anuncios engañosos y, sobre todo, afectando la operatividad de mercado y su correcto funcionamiento (2007, p.122). En esta misma línea, De La Cuesta señala que la publicidad engañosa no solo afecta a los destinatarios, sino que también perturban el buen funcionamiento del mercado el cual debe de fundamentarse en información verídica (2002, p.147).

Así, surge en este ámbito el principio de veracidad, el cual buscará reprimir que un anuncio difundido por el anunciante pueda inducir a error al consumidor, haciendo que se desvíe la demanda hacia su oferta. Asimismo, en una línea similar a lo que señalaban los autores antes citados, Alex Sosa indica que dicho principio más que proteger al consumidor, lo que busca es evitar que los agentes económicos atraigan la demanda hacia sus ofertas en base a engaños, ya que esto constituiría un acto contrario al principio de competencia por eficiencia, pues no se estaría compitiendo por el propio esfuerzo, lo cual hace que se constituya como un acto de competencia desleal (2017a, p.162).

Por otra parte, en el ordenamiento jurídico peruano, los actos de engaño se encuentran regulados por el artículo 8.1 de la LRCD, el cual los define como toda conducta que induzca error- sea real o potencial- a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, calidad y otras características relevantes de un producto o servicio. Asimismo, el principio de veracidad, contenido en el artículo 8.3 de la LRCD, exige que toda afirmación publicitaria sea veraz, exacta cuando haya información objetiva y no induzca a error al consumidor.

Adicionalmente, conforme el artículo 8.3. del mismo cuerpo legal, cuando se difunda cualquier mensaje publicitario respecto de las características comprobables de un bien o servicio (afirmación objetiva), el anunciante está obligado a contar previamente con las pruebas suficientes que

respalden la veracidad de lo anunciado. Este deber, conocido como el deber de sustanciación previa, es considerado como una restricción adicional del principio de veracidad.

Entonces, de la revisión normativa se advierte que para que exista un acto de engaño, según el artículo 8 de la LRCD deben de configurarse tres elementos esenciales: 1) La existencia de una afirmación o conducta susceptible de inducir a error al consumidor, ya sea por su falsedad, ambigüedad o por omitir información; 2) que la afirmación recaiga sobre algún aspecto objetivo del bien o servicio; y 3) que dicha afirmación objetiva no cuente con sustento previo y suficiente.

Ahora bien, para comprender mejor los elementos esenciales señalados considero necesario señalar algunos aspectos clave. En primer lugar, hay tres formas de inducir a error a los consumidores: (i) por falsedad, cuando se difunden afirmaciones que no corresponden con la realidad- engaño burdo; (ii) por ambigüedad, cuando debido a la forma en cómo fue expresado el mensaje, el destinatario de la publicidad entiende un mensaje distinto al real; y (iii) por omisión de información relevante, en aquellos casos en que la falta de ciertos datos esenciales impide al consumidor comprender adecuadamente el mensaje, llevándolo a tomar una decisión que probablemente hubiera sido distinta si hubiera contado con dicha información (Pazos et al, 2020, p.17).

Un dato adicional, respecto a la omisión de información relevante, no implica que los anunciantes estén obligados a incluir toda información relevante en su anuncio, ya que no es un contrato de consumo, pero sí deberán de evitar que la información que omiten genere una percepción errónea en el consumidor (Aramayo et al, 2013, p.92). Ello es así, pues lo que se busca es evitar la afectación indebida en la decisión de los agentes económicos a partir de la exposición a determinados anuncios publicitarios (Pazos, 2023, p.32).

En segundo lugar, será necesario hacer una distinción entre las afirmaciones de carácter objetivo y subjetivo. Según Alex Sosa (2025), las afirmaciones objetivas son aquellas susceptibles de verificación a través

de evidencia concreta, como estudios científicos, datos técnicos o certificaciones oficiales. Mientras que las afirmaciones subjetivas se basan en percepciones, juicios de valor o recursos expresivos y, en ese sentido, se consideran por general admisibles.

En tercer lugar, se ha incidido que es cierto que las afirmaciones subjetivas, en principio, son admisibles. No obstante, cabe precisar que no tienen el mismo tratamiento en la publicidad comparativa. Stucchi indica que el cumplimiento del principio de veracidad requiere de la máxima atención por parte del anunciante, puesto que en la publicidad comparativa una afirmación de carácter subjetivo puede requerir que su veracidad deba ser acreditada (2007a, p.189).

En esta misma línea, Sosa señala que el principio de veracidad en la publicidad comparativa se aplica con un estándar reforzado, pues, a diferencia del principio de veracidad general contenido en el artículo 8° de la LRCD- el cual se aplica únicamente para alegaciones objetivas-, este tipo de publicidad también se extiende a las afirmaciones subjetivas, prohibiéndolas expresamente (2017b, p.36).

En suma, los actos de engaño en el marco de la competencia desleal se configuran cuando se induce a error al consumidor- ya sea por falsedad, ambigüedad u omisión de información relevante- sobre las afirmaciones objetivas de un bien o servicio. Por su parte, el anunciante tiene el deber de demostrar la veracidad de sus afirmaciones objetivas, pruebas que tiene que ser suficientes y previas a la difusión del mensaje publicitario.

Ahora bien, aunque las afirmaciones subjetivas son, en principio, admisibles, este criterio cambia en el ámbito de la publicidad comparativa, donde la veracidad se aplica con un estándar reforzado. En consecuencia, las afirmaciones subjetivas resultan proscritas.

Finalmente, tal como se ha incidido, estas disposiciones buscan proteger no solo a los consumidores y a los competidores, sino al proceso competitivo en conjunto, a fin de promover mayor transparencia en el mercado, lo que sustenta la sanción de dichos actos.

5.1.2. Los actos de denigración

Como segundo punto, será necesario definir qué son los actos de denigración. Para ello, conviene partir del reconocimiento de que estos actos constituyen una modalidad específica de publicidad alusiva, la cual, a su vez, se clasifica en tres tipos: la publicidad comparativa, adhesiva y la denigratoria. Todas ellas comparten como característica común que aluden directa o indirectamente a otro agente económico², pero se diferencian en los efectos (Sosa, 2017a, p.167).

En esa línea, la publicidad denigratoria puede entenderse como un comportamiento concurrencial desleal que busca afectar negativamente a un competidor mediante la desacreditación deliberada de su persona, de su empresa o de los bienes y servicios que ofrece en el mercado, con el objetivo de deteriorar su reputación o menoscabar su crédito que los consumidores puedan tener (Felices y Dañino, 2007, p.187).

Es importante recalcar que, tal como señala Ivo Gagliuffi, el principal bien jurídico protegido de la represión de este tipo de actos desleales, no es la reputación o el crédito del agente económico o a sus productos y servicios denigrados, ni tampoco la influencia sobre los consumidores- aunque sea un aspecto importante-, sino que recae en que el agente denigrador se sirve de estos métodos para posicionarse en el mercado, desincentivando el esfuerzo propio de los demás agentes económicos (2003, p.306).

Por su parte, desde el punto de vista normativo, los actos de denigración se encuentran regulados en el artículo 11.1 de la LRCD, el cual los define como todo acto o conducta que, ya sea de manera directa o indirecta, generan o podrían generar un daño a la imagen, la confianza comercial, la buena fama, el prestigio o la reputación profesional o empresarial de uno o más agentes económicos.

² Será alusión directa cuando haya una mención explícita de la marca, el producto o servicio, el establecimiento, nombre del agente económico. Mientras que será alusión indirecta cuando por los elementos contextuales presentados en la publicidad, los consumidores puedan deducir que se están refiriendo de manera inequívoca a cierto agente económico específico. Estos elementos son, por ejemplo, el uso de difuminados de la marca o producto, uso de colores o personajes característicos, el *trade dress*, incluso por la estructura y comportamiento del mercado- duopolios u oligopolios (Sosa, 2017b, p.24-26).

complemento a esta definición legal, Stucchi indica que el acto de denigración puede recaer tanto sobre la empresa como sobre varios elementos (producto, prestaciones, establecimiento, marca, anuncios publicitarios), por lo que para determinar la existencia de un acto de competencia desleal por denigración basta que la empresa o la oferta afectadas sean identificables de manera directa o indirecta (2007c, p.168).

A su vez, el artículo 11.2 establece que este tipo de actos sólo serán lícitos si cumplen con cuatro condiciones: (i) la información debe ser verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; (ii) la información debe ser exacta por ser clara y actual; (iii) debe ser pertinente en la forma, evitando el uso de la ironía, sátira, burla o sarcasmo injustificado; y (iv) debe ser pertinente en el fondo, debiendo evitarse alusiones sobre la nacionalidad, intimidad, creencias u otras características individuales de los representantes de la empresa aludida.

Esta regulación marca una diferencia respecto del anterior Decreto Legislativo N.º 691 -norma derogada por el actual Decreto Legislativo N.º 1044- al incorporar expresamente los requisitos para la licitud de este tipo de publicidad.

Respecto del primer requisito previsto en el inciso a del numeral 11.2 de la LRCD, su licitud radica en que, si bien en principio los actos de denigración pueden deteriorar la competencia leal, se permite la difusión de información verdadera, lícita y exacta sobre otros agentes económicos (*exceptio veritatis*). Ello se justifica en tanto dicha información objetiva y veraz contribuye al funcionamiento eficiente del mercado, optimizando el proceso competitivo, por lo que es un supuesto de exención de responsabilidad (Pazos, 2023, p.45).

En cuanto al segundo punto, requisito de exactitud por ser clara y actual. Se precisa que sea actual, pues dicha información debe reflejar la realidad del producto o servicio al momento en el que es comunicada o puesta en el mercado. Con respecto a la claridad se relaciona a que dicha información se presente de modo que el destinatario pueda comprender

sin ambigüedad su contenido o sin necesidad de interpretaciones complejas. Respecto a este último aspecto, considero pertinente la crítica que realiza el autor Alex Sosa, quien indica que hay un desacierto técnico, pues la inducción a error por ambigüedad forma parte del principio de veracidad, el primer requisito, por lo que únicamente debería de ser exacto por ser actual y no por claro (2017b, p.40).

En cuanto al tercer requisito, es importante precisar algunas cuestiones. En muchas campañas publicitarias es usual que se empleen recursos humorísticos como la ironía³, sarcasmo⁴ y sátira⁵, además acompañado de fantasía. Ello es así pues los anunciantes buscan provocar un impacto en los posibles consumidores a fin de resaltar entre la multitud de competidores (Maguiña y Sosa, 2010, p.96). Dicho esto, es perfectamente admisible para nuestro ordenamiento, por ejemplo, una campaña publicitaria de un supermercado llamado “Mercadini” muestra a una joven que entra a un establecimiento genérico, toma unos productos y comenta irónicamente: “¡Qué excelente pagar 3x2 por estos productos!”, antes de recibir una llamada de su amiga quien le recuerda que hay un nuevo supermercado. En la siguiente escena, ambas ingresan al local de “Mercadini” y se sorprenden por los precios y productos.

Como se observa, puede resultar hasta gracioso que el personaje se queje indirectamente, por el hecho de que va a pagar tres productos y se va a llevar dos. No obstante, lo que no se permite es cuando estos

³ Según la RAE, la ironía es una “expresión que da a entender algo contrario o diferente de lo que se dice, generalmente como burla disimulada”; por ejemplo, decir “Vaya, el día se encuentra muy luminoso” (cuando en realidad está nublado). Información extraída de <https://dle.rae.es/iron%C3%ADa>.

⁴ Por otra parte, el sarcasmo es definido por la RAE como una “ Burla sangrienta, ironía mordaz y cruel con que se ofende o maltrata a alguien o algo”; como cuando una persona le dice al otro “¡Siempre tan atento que olvidaste nuestro aniversario! (Cuando la persona no es nada atenta y se tiene la intención de criticar ese aspecto). Información extraída de <https://dle.rae.es/sarcasmo?m=form>

⁵ En cuanto a la sátira, es definida por la RAE como la “Composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo”. Aunque es de precisar que no se limita a los textos escritos, pues actualmente puede manifestarse también en formas audiovisuales u orales. Este recurso suele tener un propósito crítico o moralizante, utilizando la exageración y el humor para evidenciar comportamientos o situaciones reprochables. Un ejemplo común se encuentra en el ámbito político, donde se representa, en tono caricaturesco, a funcionarios públicos rodeados de interminables filas de ciudadanos con el fin de ridiculizar la ineficiencia o la excesiva burocracia del Estado. Información extraída de <https://dle.rae.es/s%C3%A1tira> y <https://concepto.de/satira/>

recursos sean usados de manera injustificada o dicho de otra manera, que sea usado para burlarse o denigrar a su competidor, ya sea que haga alusión directa o indirecta al mismo. El caso del ejemplo propuesto sería distinto si la joven entra a un supermercado que tiene los colores característicos de Metro, aunque no haya una mención expresa, y luego cuando recibe la llamada de su amiga esta le dice “¡Aquí sí hay precios más bajos siempre”. Es evidente, en este punto, que hay una burla a la oferta comercial de Metro y su eslogan publicitario, al haber una alusión indirecta.

Por otro lado, es importante señalar que la aplicación de los requisitos para que una publicidad sea considerada lícita no ha resultado sencilla en la práctica. En este sentido traigo a colación la postura crítica del autor Alex Sosa, quien si bien ha cuestionado estos requisitos en el ámbito de la publicidad comparativa; en mi opinión, son críticas válidas y que aplicarían de igual forma al ámbito de publicidad denigratoria, al remitir el artículo 12.2. de la LRCD (referido a los actos de comparación y equiparación indebida) al artículo 11.2 (actos de denigración). En este sentido, dicho autor señala que fuera del *exceptio veritatis*, por el cual una publicidad será lícita siempre que sea veraz, exacta y pertinente; los demás requisitos implementados resultan complejos e incluso ambiguos (2017b, p.36). En consecuencia, su aplicación práctica se vuelve particularmente difícil al momento de determinar si una publicidad denigratoria puede o no considerarse lícita.

No obstante, fuera de las discusiones de si los requisitos son de difícil aplicación, lo cierto es que resultaría un tanto contraproducente admitir este tipo de publicidad, ya que incluso si hiciera uso de información objetiva y veraz, su finalidad puede diluirse fácilmente, al desviar el foco del mérito propio hacia la descalificación del otro, distorsionando así el proceso competitivo.

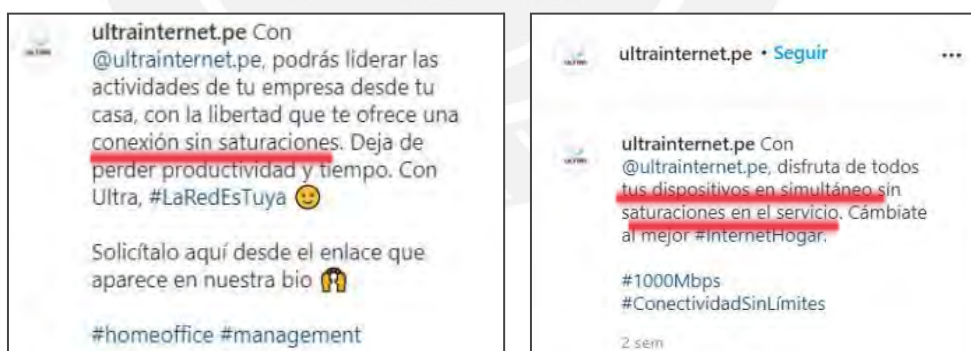
En conclusión, de la revisión normativa de esta figura, puede afirmarse que los actos de denigración comprenden aquellas conductas dirigidas a socavar la reputación o el crédito comercial de un competidor, ya sea

mediante afirmaciones falsas o incluso siendo verdaderas, si no se presentan bajo condiciones de exactitud y pertinencia. Aunque tal como se ha desarrollado, los criterios para determinar su licitud no siempre resultan claros ni de fácil aplicación, por lo que se entiende que, en principio, este tipo de prácticas están vetadas del ordenamiento.

5.2. ¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para hogar en tecnología con fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red constituyó un acto de engaño?

Del análisis de los anuncios difundidos por Optical en varias plataformas de internet como Instagram, Facebook y su página web; medios probatorios ofrecidos por la empresa denunciante, se tiene que en dichas publicaciones afirman que su servicio “te ofrece una conexión sin saturaciones”, tiene “conexión 100% estable”, “señal completamente estable”, “conectividad sin límites”, “conectividad asegurada” “latencia baja”, que conecta “todos tus dispositivos en simultáneo sin afectar la velocidad de internet”, entre otros.

Instagram



Facebook

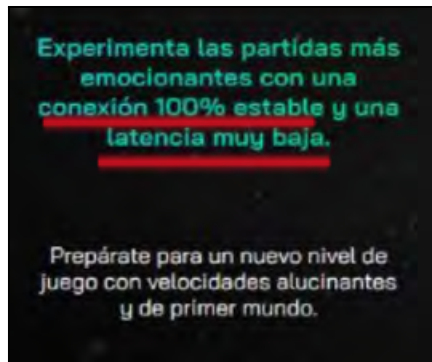


Youtube



Página web de Optical

The website content is divided into two main sections. The left section lists benefits of Ultra internet: 'Un Internet 100% **fibra óptica** a tu nivel' (with a fiber icon), 'Deja de ser un jugador y **vuélvete un gamer pro**' (with a gamer icon), 'Juega y transmite **en línea**' (with a game controller icon), 'Conexión estable' (with a signal icon), and 'Mejor velocidad de **subida y latencia baja**' (with a speed icon). The right section is titled '¿Qué obtienes al contratar **Ultra**?' and features three icons: a fiber optic cable, a Wi-Fi signal, and an infinity symbol. Below these icons are the following descriptions: 'Tecnología 100% **fibra óptica**. Ofrecemos auténtica fibra óptica con conexión directa al router.', 'Conectividad **asegurada**. Señal completamente estable para una experiencia única en conectividad.', and 'Datos **ilimitados**. Navega, descarga, juega y más con un ancho de banda ilimitado.' A small footnote at the bottom reads: '* Aseguramos el 80% de esa velocidad en conexión directa por cable router.'



Por lo que de un análisis integral y superficial, así como el análisis en conjunto de estos anuncios al ser una campaña publicitaria, conforme los alcances del artículo 21 de la LRCD, se observa que Optical estaba informando a su público objetivo que su internet fijo para hogar con fibra óptica es estable, no experimenta caídas, fallas, interrupciones y saturación en la red.

Como se observa, dichos aspectos están relacionados directamente con las características del servicio de internet y son comprobables. Así, estas afirmaciones implican una promesa de funcionamiento absoluto y sin fallos, lo cual es susceptible de ser examinado a la luz del artículo 8 de la LRCD.

Tal como se ha desarrollado en el apartado anterior, según esta norma, se incurre en un acto de engaño cuando la información difundida por el agente económico induce o es susceptible de inducir a error al consumidor respecto a aspectos relevantes del producto o servicio ofrecido, como su naturaleza, calidad, características principales, entre otros.

En este caso, la publicidad de Optical sugiere que su servicio de internet para hogares es infalible, lo cual resulta técnicamente imposible, aun cuando se utilice tecnología de fibra óptica. Al respecto, será necesario precisar algunos de los problemas que pueden experimentar estos servicios, los cuales son la latencia, pérdida de paquetes y variación de latencia o *jitter*⁶. Estos factores pueden, a su vez, provocar la interrupción

⁶ La latencia es definida como “el tiempo promedio que tarda un paquete en recorrer el tramo usuario-servidor de prueba-usuario, medido en milisegundos”. La tasa de Pérdida de Paquetes

del servicio, entendida como la suspensión total o parcial del acceso a internet por un periodo de tiempo, ya sea de forma esporádica o prolongada, lo que impide al usuario utilizar el servicio contratado⁷.

Por otra parte, será necesario conceptualizar qué es el servicio de internet de fibra óptica, a fin de entender cómo puede resultar afectado. Este servicio se encuentra dentro de las redes fijas alámbricas, haciendo uso del cable de fibra óptica, el cual permite el despliegue de tecnologías denominadas como FTTH (*Fiber To The Home*: Fibra hasta el hogar), como una tecnología alámbrica necesariamente requerirá del tendido de cables ya sea vía aérea o subterránea, usando postes o ductos para que llegue hasta el cliente (OSIPTEL, 2025, p.11-12).

Tal como se observa, este servicio requiere de cableado, el cual puede verse afectado por factores ajenos al proveedor. En esta línea, basta con hacer una búsqueda en la web acerca de los problemas que presenta este tipo de servicio, tales como interrupciones del servicio a causa de desastres naturales (Corte del servicio en Loreto debido al deslizamiento de tierras en noviembre del 2024⁸), por intervención humana (Interrupción del servicio en Ayacucho, Junín, Huancavelica y Pasco por el robo de tubos galvanizados en febrero del 2015⁹); entre otros.

Aunque claro, se debe hacer la precisión que, en el ámbito de la regulación de servicios de telecomunicaciones, la empresa operadora no tendría la responsabilidad al tratarse de un caso que está fuera de su

es “ la proporción de paquetes enviados a un servidor de prueba, sin que se reciba su respectiva respuesta, durante un determinado tiempo”. Finalmente, la variación de latencia o jitter, “la variación del tiempo promedio que tarda un paquete en recorrer el tramo usuario-servidor de prueba-usuario, medido en milisegundos”. Información extraída de [https://www.osiptel.gob.pe/sistemas/indicadorccpp.html#:~:text=Latencia%20\(L\)%3A%20Es%20el.%2Dusuario%2C%20medido%20en%20milisegundos.&text=Variaci%C3%B3n%20de%20la%20Latencia%20\(VL,%2Dusuario%2C%20medido%20en%20milisegundos](https://www.osiptel.gob.pe/sistemas/indicadorccpp.html#:~:text=Latencia%20(L)%3A%20Es%20el.%2Dusuario%2C%20medido%20en%20milisegundos.&text=Variaci%C3%B3n%20de%20la%20Latencia%20(VL,%2Dusuario%2C%20medido%20en%20milisegundos).

⁷ Información extraída de la página institucional de OSIPTEL: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/preguntas-frecuentes/compensaciones/#:~:text=1.,o%20m%C3%A1s%20elementos%20de%20red>.

⁸ Información extraída de: <https://telefonica.com.pe/afectacion-servicios-moviles-internet-fijo-localidades-loreto-corte-red-fibra-optica/>

⁹ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/noticias/211566-corte-de-tendido-de-fibra-optica-habria-afectado-los-servicios-de-telefonía-celular-e-internet-en-ayacucho>

control- al ser casos fortuitos o de fuerza mayor-, conforme el punto 5 del Anexo N°13 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTTEL¹⁰). No obstante, ello no enerva de que Ultra traslada el mensaje de que su servicio está libre de falencias.

Continuando con la revisión de otros problemas en la red. Incluso aún cuando la infraestructura se encuentre íntegra- sin daños por desastres naturales u otros eventos-, el servicio de internet de fibra óptica puede presentar problemas de latencia y *jitter* bajo determinadas condiciones operativas. Un caso representativo es el modelo de conmutación de paquetes (*packet switching*), tecnología que permite dividir la información en unidades llamadas “paquetes”, que incluyen datos de control y contenido (voz, video, texto, etc.), que viajan de forma independiente por rutas dinámicas antes de reensamblarse en el destino (Spasojevic, 2024).

Esta tecnología aporta ventajas importantes, como la posibilidad de manejar múltiples tipos de información y ejecutar diversas actividades en línea de manera simultánea; sin embargo, también conlleva ciertas limitaciones. Como cada paquete ocupa temporalmente la totalidad del canal o ancho de banda asignado, un número elevado de usuarios transmitiendo datos al mismo tiempo puede generar congestión en la red, lo que afecta directamente la estabilidad y calidad del servicio (Zúñiga, 2015, p. 76).

Es decir, aunque no hayan fallas estructurales, la lógica misma del *packet switching* puede ocasionar que haya inestabilidad en el servicio, haciendo que priorice algunos datos y retrasando otros, en especial si muchas personas están enviando o recibiendo información al mismo tiempo. Por ejemplo, si una persona está en una reunión virtual mediante zoom y, al mismo tiempo, otra persona está jugando videojuegos en línea, los paquetes de datos compiten dentro del mismo ancho de banda, siendo

¹⁰ Se precisa que en la actualidad rige la Resolución de Consejo Directivo N° 172-2022-CD/OSIPTTEL, pero se sitúa la normativa que estuvo vigente de la comisión de la infracción.

posible que el video de reunión se congele y se escuche el audio o esté retrasado, aunque la red no se encuentre dañada.

De esta forma, estos problemas reflejan que la estabilidad del servicio no depende únicamente del tipo de cableado, sino también de la calidad de la red del proveedor, del número de usuarios conectados simultáneamente y del tráfico que maneja la red en tiempo real.

En este sentido, la regulación es clara al exigir que las afirmaciones objetivas contenidas en la publicidad cuenten con sustento previo suficiente. En el presente caso, se advierte que Optical no acreditó haber realizado estudios previos que validen tales afirmaciones absolutas, lo que configura una infracción al deber de sustanciación previa contemplado en el artículo 8.4 LRCD.

En consecuencia, la afirmación en cuestión constituye un acto de engaño, pues no solo transmite una expectativa irreal al consumidor promedio, sino que lo hace sin la existencia de pruebas previas suficientes que respalden su veracidad. Por ello, coincido con la Sala, la cual concluyó correctamente que se configuró un acto de engaño.

5.3. ¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país constituyó un acto de engaño?

Continuando con el análisis de los anuncios difundidos por Optical, otra de las afirmaciones que se extraen de su campaña publicitaria es que en sus publicaciones, especialmente en la descripción de su página en Facebook, aseguraba tener internet más veloz del país.



De esto se aprecia que la afirmación de que Optical ofrecía el internet de fibra óptica más rápido del país es una expresión objetiva, ya que es susceptible de comprobación empírica mediante mediciones técnicas de velocidad de descarga y carga, latencia, entre otros indicadores¹¹. Por lo que corresponde evaluar el caso conforme al principio de veracidad y el deber de sustanciación previa previsto en el artículo 8 de la LRCD.

Sin embargo, en el procedimiento seguido ante INDECOPI, la empresa Optical no presentó prueba técnica alguna que acredite dicha superioridad en velocidad frente a sus competidores. Ello constituye un incumplimiento directo de la obligación de sustanciación previa y, por tanto, configura un acto de engaño conforme al artículo 8 de la LRCD, en tanto se difundió una información objetiva no verificada ni verificable por el consumidor medio al momento de la contratación.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en el contexto del mercado de telecomunicaciones, las ofertas referidas a la velocidad de descarga del servicio son relevantes, ya que constituyen uno de los criterios importantes en la elección del consumidor. Esta afirmación se respalda parcialmente en el estudio realizado por Paulo Chahuara, por el cual concluyó que el perfil de encuestados que demostraron mayor interés en mejorar la velocidad de descarga se encuentra en zonas urbanas, tienen mayor educación, capacidad adquisitiva, contaba con la tenencia de

¹¹ Disponible en <https://desarrollodigital.cepal.org/es/indicadores?id=406>

televisores, laptops o smartphones, estando dispuestos a pagar por un servicio que implique mejor velocidad (2018, p.53).

En consecuencia, la afirmación publicitaria objeto de análisis incurre en una infracción al principio de veracidad y al deber de sustanciación previa, pues es posible que induzca a error al consumidor respecto a una característica clave del servicio ofrecido y altera las condiciones de competencia en el mercado a favor del anunciante que realiza una declaración sin contar con pruebas que la avalen. Por lo que, respecto a este punto, también coincido con lo resuelto por la Sala.

5.4. ¿La afirmación de que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el mejor del país constituyó un acto de engaño?

En cuanto a este punto de análisis, de los diversos anuncios publicitarios, se observa que Optical publicó un video en Youtube de fecha 16 de julio del 2020, titulado “¿Por qué es el mejor #internet domiciliario del país?, cuyo director ejecutivo Emilio Lozano a lo largo de 1:17 minutos respondió dicha pregunta y afirmó que su servicio “es el mejor internet doméstico del país”.



5.4.1. La exageración publicitaria y la publicidad de tono excluyente

Afirmaciones como “el mejor pollo a la brasa del país” o “el único teléfono móvil con mejor tecnología del país”, a primera impresión, pueden parecer afirmaciones meramente subjetivas o exageradas, formuladas con un claro propósito persuasivo.

En ese marco, la doctrina ha reconocido una categoría particular denominada exageración publicitaria. Lema la define como “aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público” (2007b, p. 387). Dicho de otra forma, se trata de afirmaciones que exaltan las bondades de un producto o servicio, basándose en un núcleo fáctico real, pero que, por su forma hiperbólica o emotiva, no son tomadas en serio por un consumidor promedio. Por tanto, son afirmaciones subjetivas y no están sujetas al principio de veracidad.

En esta categoría se encuentran, por ejemplo, frases como “la pizza más deliciosa del planeta” o el “lo más avanzado de la telefonía celular”, las cuales si bien pueden tener un núcleo fáctico verdadero, como el hecho de que la pizza sea muy rica, pero no necesariamente del planeta; o que el teléfono celular tenga múltiples funciones innovadoras, pero no tomamos en serio que necesariamente sea lo más avanzado.

Por otro lado, tenemos a la publicidad de tono excluyente, caracterizada por contener afirmaciones que sugieren que el producto o servicio anunciado ocupa una posición preeminente en el mercado o que posee alguna ventaja competitiva frente al resto de sus competidores (Maguiña y Sosa, 2010, p.99). En este tipo de publicidad se encuentran frases como “el único *minimarket* que te atiende las 24 horas”, “el mejor café líder en ventas nacionales”, “la incomparable velocidad del mercado peruano”, “solo lo podrás encontrar acá”, entre otros. Un aspecto clave, es que dichas afirmaciones contienen una información concreta y afirmaciones comprobables, las cuales serán tomadas en serio por los consumidores, por lo que están sujetas al principio de veracidad.

El elemento decisivo radica en si el consumidor toma en serio o no lo dicho por el anunciante. Sin embargo, esta frontera no siempre es clara. En ciertos contextos, una afirmación que podría parecer, en principio, exagerada y subjetiva, puede adquirir un tono informativo y convertirse en una afirmación exigible desde el punto de vista legal. Tal es el caso de la expresión “el mejor del país”, que será desarrollada en detalle en la siguiente sección.

5.4.2. ¿Son realmente subjetivas afirmaciones como “el mejor del país”?

Hecha esta revisión, podría sostenerse, en un primer momento, que una frase como “el mejor del país” es un juicio estimativo y que, al no estar acompañada por algún criterio objetivo de comparación, es una afirmación subjetiva dentro de la figura de la exageración publicitaria. Así lo ha entendido la Sala, quien ha indicado en su fundamento 76, que este anuncio se ha limitado de manera genérica a señalar que es “el mejor”, sin que contengan un parámetro objetivo que permita el comprobar la veracidad o exista un parámetro objetivo y unívoco. Tampoco ayuda a esta conclusión el hecho de que hayan extraído de la totalidad del vídeo con una duración de 1:17 minutos, únicamente una captura de pantalla de un segundo¹². Ya que es posible que en el mismo video el director haya explicado sus razones por las cuales afirmaba que el servicio de internet de fibra óptica era “el mejor del país”.

No obstante, sin perjuicio de ello, conviene en este punto realizar un análisis crítico de cuándo en la publicidad usar afirmaciones similares a “el mejor del mercado”, “el mejor del país” o incluso “el mejor del mundo” se vuelven afirmaciones objetivas.

En principio, es cierto que un consumidor puede interpretar, de acuerdo con sus propias necesidades, lo que significaría “ser el mejor”. Por ejemplo, cuando una aerolínea afirma que es la mejor del mercado, ello puede suscitar varias preguntas: ¿la mejor en qué? ¿En atención al

¹² No ha sido posible comprobar el íntegro del video, debido a que dicho contenido fue borrado de las redes de Optical.

cliente, en ofrecer los vuelos más baratos, en brindar mayor comodidad por sus asientos, o por ofrecer la mejor comida? Un consumidor que necesita de un vuelo de 10 horas probablemente le interese que los asientos sean cómodos para poder descansar bien o que la comida sea rica, para tener una experiencia más agradable durante el viaje. En cambio, otra persona que hace un vuelo más corto, probablemente no le interese ninguna de estas opciones, sino que sea el vuelo más barato. Por tanto, la percepción del consumidor frente a expresiones como “lo mejor” variará en función de sus propias expectativas y necesidades.

No obstante, hay servicios o productos de los que sí esperamos específicamente obtener algo y que está vinculado al giro principal de negocio. Como ejemplo, si una universidad se reputa como “la mejor facultad de Derecho del Perú”, traslada al consumidor una expectativa, entendida por lo general al servicio educativo en sí. Un joven universitario que desea destacar a nivel profesional, al momento de elegir una universidad entenderá que ello está vinculado a que le permitirá ser un buen profesional, ya sea por su plana docente y la preparación académica. No esperará que sea, por ejemplo, la mejor facultad con atención al cliente o aspectos que no resulten tan relevantes.

Además, en la actualidad no resulta extraño que se elaboren *rankings* a fin de determinar qué servicio es mejor, ya sea a nivel nacional o internacional. Así, en este extremo, tenemos los *rankings* internacionales como el *QS World University Rankings by Subject* la cual en el año 2024 calificó a las instituciones mejor posicionadas a nivel mundial, posicionando a la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Católica del Perú (PUCP) dentro de las cien mejores del mundo¹³. Sin perjuicio de otros rankings que puedan haber, se advierte que la afirmación “la mejor facultad de Derecho del Perú” se termina por volver objetiva.

¹³ Información extraída de: <https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/ventana-juridica/facultad-de-derecho-pucp-por-primera-vez-entre-las-cien-mejores-del-mundo/>

De igual forma ocurre con los restaurantes, donde existen rankings internacionales que califican a los mejores restaurantes del mundo. Un ejemplo destacado es *The World's 50 Best Restaurants 2025*, patrocinado por *S.Pellegrino & Acqua Panna*, cuyo más reciente listado ha reconocido al restaurante peruano Maido como el mejor restaurante del mundo¹⁴. Por lo que, de igual manera, la afirmación “el mejor restaurante del país” deja de ser subjetiva o exagerada, adquiriendo un contenido objetivo y verificable.

En este sentido, la tendencia a realizar *rankings* internacionales tienden a dotar objetividad a ciertas afirmaciones que, en un inicio parecían generales o subjetivas, al basarse en criterios comparativos verificables y reconocidos públicamente. En consecuencia, al día de hoy, el consumidor promedio podría interpretar dichas afirmaciones como creíbles, al considerar que están respaldadas por mediciones externas y objetivas.

5.4.3. Análisis del caso en el mercado de Telecomunicaciones

Cabe resaltar que el servicio brindado por Optical -el acceso a internet- no es un servicio común, sino uno que pertenece al mercado de telecomunicaciones, motivo por el cual se encuentra regulado por la normativa sectorial correspondiente.

Así, como primer punto, será importante indicar que este tipo de servicios, al ser públicos, las empresas operadoras están obligadas a que garanticen la continuidad en su prestación del servicio y a mantener un estándar mínimo de calidad (Kresalja y Ochoa, 2017, p.104).

La primera de estas obligaciones está contenida en el artículo 36° de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución del Consejo Directivo N°172-2022), la cual establece que “la empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida”.

¹⁴ Información extraída de: <https://www.theworlds50best.com/the-list/1-10/maido.html>

En cuanto a los estándares mínimos de calidad, estos están regulados en el artículo 6° del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución N°123-2014-CD/OSIPTEL), norma vigente al año 2020, el cual establece como indicadores de calidad al servicio de acceso a internet, el cumplimiento de de velocidad mínima tanto de bajada y de subida¹⁵, la velocidad promedio¹⁶ y la tasa de ocupación de enlaces¹⁷, los cuales permiten medir el desempeño real del servicio ofrecido por cada operador..

A ello se suma lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 28° del TUO del Reglamento para la Atención de Gestiones y Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución del Consejo Directivo N°099-2022-CD/OSIPTEL), indica que será materia reclamable cuando haya problemas derivados de una “inadecuada prestación del servicio, tales como intermitencia, lentitud, comunicaciones entrecortadas o con ruido, entre otros”. Esto demuestra que la calidad del servicio de Internet no solo puede ser medida técnicamente, sino que constituye incluso un aspecto protegido a nivel sectorial.

En ese marco, se evidencia que el servicio de Internet, al formar parte del mercado de telecomunicaciones, cuenta con parámetros técnicos objetivos que permiten evaluar su calidad. Si bien estos estándares fueron diseñados como parámetros mínimos exigibles, también pueden extrapolarse para identificar cuál sería el “mejor servicio de Internet” desde una perspectiva técnica. En efecto, el mejor servicio será el que logre superar los valores mínimos exigidos, ofreciendo mayores velocidades de bajada y subida, una velocidad promedio superior y una tasa de ocupación de enlaces más eficiente, lo cual se traduce en una mejor experiencia para el usuario y mayor eficiencia en el uso de la red.

¹⁵ **Art.6.1.1. Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM):** “(...) l a velocidad mínima se calculará 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”.

¹⁶ **6.1.2 Velocidad Promedio (VP):** “Es el promedio aritmético de las mediciones TTD realizadas”.

¹⁷ **6.1.3 Tasa de Ocupación de Enlaces (TOE):** “Corresponde al consumo del ancho de banda de los enlaces, diferenciando ambos sentidos de transmisión (bajada y subida), en un determinado periodo (...)”.

Como segundo punto, en el apartado anterior se destacó que los *rankings* terminan por objetivizar afirmaciones aparentemente subjetivas y altisonantes. Lastimosamente, de la búsqueda exhaustiva de algún estudio que nos permita saber qué internet fijo fue el más veloz en nuestro país para el año de los hechos, es decir, el año 2020, no se pudo encontrar algún resultado¹⁸. Recién en el año 2023 figuran este tipo de clasificaciones realizadas por el mismo OSIPTEL, el cual para dicho año destacó que el internet móvil más rápido fue el de Claro¹⁹.

No obstante, vuelvo a incidir, en el sector de Telecomunicaciones sí hay parámetros objetivos que nos permitan conocer cuál ofrece la mejor calidad de servicio. Por lo que la empresa operadora no podía afirmar ligeramente “somos el mejor internet doméstico del país”, sin tener las pruebas necesarias y previas a la emisión del anuncio.

En conclusión, si bien en ciertos contextos la expresión “el mejor del país” podría parecer subjetiva o parte del lenguaje promocional, en el sector de telecomunicaciones -altamente regulado y con estándares técnicos definidos- esta clase de afirmaciones exige una evaluación más estricta. Por ello, discrepo del criterio adoptado por la Sala al considerar que dicha expresión carecía de parámetros verificables. A mi juicio, correspondía un análisis más riguroso y la utilización de los parámetros técnicos del sector telecomunicaciones, lo que permitiría calificarla como un posible acto de engaño al no estar debidamente sustentada.

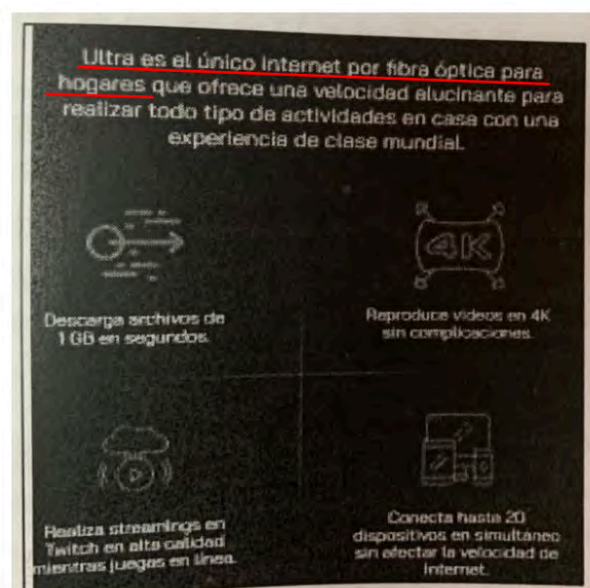
5.5. ¿La afirmación de que su servicio de internet sería el único internet por fibra óptica para hogares constituyó un acto de engaño?

Respecto a este punto, el íntegro del anuncio indica textualmente: “Ultra es el único internet por fibra óptica para hogares que ofrece una velocidad

¹⁸ Sin embargo, sí se contaba con data para analizar cuál era el internet móvil más rápido, tal como los resultados del estudio “Servicios Móviles: Comparación nacional e internacional del servicio de Internet móvil prepago”, elaborado por Osiptel en el año 2019.

¹⁹ Información extraída de: <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/#:~:text=La%20empresa%20operadora%20Claro%20obtuvo,tu%20internet%20m%C3%B3vil%20del%20OSIPTEL.>

alucinante para realizar todo tipo de actividades en casa con una experiencia de clase mundial”.



De un análisis integral y completo, se tiene que, contrariamente a lo señalado por la denuncia de América Móvil, el anuncio no indica que su servicio de internet de fibra óptica para hogares sea el único del país, sino que es el único que ofrece una “velocidad alucinante” y que los usuarios que lo usen para realizar sus actividades tengan una “experiencia de clase mundial”.

Desde luego, en este punto cabe preguntarnos, qué significa que un internet tenga “velocidad alucinante” y qué sería tener una “experiencia de clase mundial”. Respecto a la primera expresión, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE), el término *alucinante* se asocia con algo que causa asombro o impresión, y tiene como sinónimos palabras como *fantástico*, *sorprendente* o *impresionante*²⁰.

En ese sentido, la interpretación de tales afirmaciones dependerá del contexto y de las expectativas del consumidor. No todos los usuarios entienden “velocidad alucinante” de la misma forma, ya que para un consumidor que solo utiliza el internet para navegar por sitios web, revisar

²⁰ Información extraída de <https://dle.rae.es/alucinante>.

correos electrónicos o acceder a redes sociales de manera esporádica, una conexión básica puede resultar suficiente y percibida como “alucinante”.

Mientras que, para los usuarios con mayores exigencias, como creadores de contenido, *streamers*, *gamers* o quienes trabajan con cargas de datos pesadas, les parecerá alucinante una velocidad que les permita subir casi de inmediato un video de alta definición en poco tiempo, transmitir en vivo durante horas sin que haya cortes en el vídeo, descargar un juego muy pesado en minutos, entre otras actividades. Inclusive, ello cambiará de significado si es que es una familia con bastantes integrantes y tengan múltiples dispositivos conectados al mismo tiempo.

Como se observa, no se trata, por tanto, de una afirmación técnica, sino de una expresión subjetiva y genérica- afirmación subjetiva *per se*²¹-, pues cada consumidor le dará un significado conforme a sus propias necesidades.

Por otra parte, también se alude a que el usuario va a tener una “experiencia de clase mundial”, esta expresión podría apelar a una percepción de excelencia basada en estándares supuestamente internacionales, pero no precisa cuál es ese estándar, ni contra qué se compara o qué implicaría una experiencia de clase mundial. Como se observa, es una expresión también muy abierta.

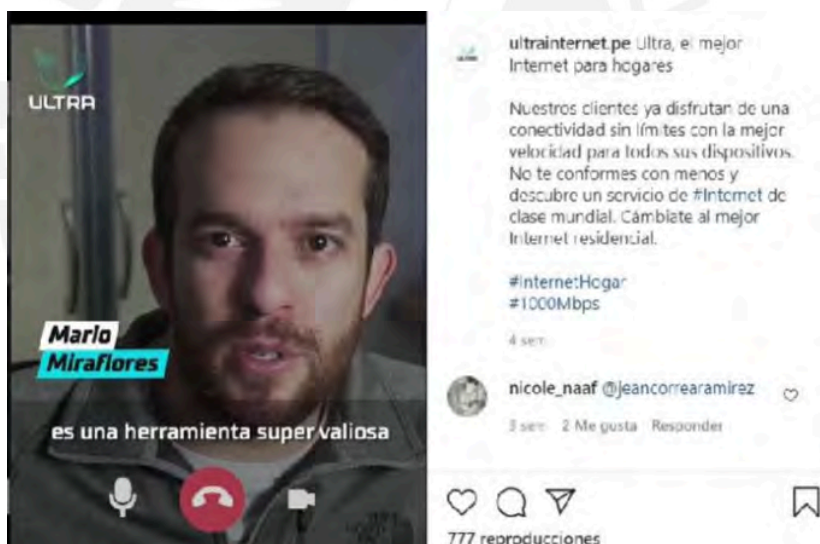
En esta línea, nos encontramos ante expresiones publicitarias de naturaleza subjetiva o no comprobables. Estas frases se consideran genéricas o triviales, y no tienen la capacidad de inducir a error por sí solas debido a que no contienen un contenido objetivamente verificable. En consecuencia, no se configura un acto de engaño conforme al artículo

²¹ Es definida como todo aquel mensaje comercial que contiene afirmaciones desprovistos de contenido comprobable, por tanto excluidos del principio de veracidad, por lo que no es susceptible de verificación, ni tiene la aptitud de inducir a error al consumidor promedio (Maguiña y Sosa, 2010, p.110). Así, en esta clase de afirmaciones podemos encontrar “Red bull te da alas” o “el aroma que enamora”. Tal como se advierte, un consumidor razonable no llegará a pensar que tomar la bebida energética Red Bull literalmente te de alas, o que un aroma en específico te enamore, es demasiado subjetivo.

8 de la LRCD. Por lo que me encuentro de acuerdo con la decisión de la Sala.

5.6. ¿La publicidad mediante la difusión de testimonios que harían referencia a supuestas experiencias de uso del servicio de internet, constituyeron actos de engaño?

En cuanto a este aspecto, se identificó que como parte de la campaña publicitaria de Optical se difundieron testimonios en formato de video en la plataforma de Instagram, por el cual varios supuestos clientes de Ultra daban su opinión personal sobre el servicio de internet de fibra óptica, afirmando que tendría diversas cualidades. No obstante, lo que se muestra en el video son los rostros de dichos supuestos clientes, su primer prenombre y el distrito donde residen.



Para poder realizar un adecuado análisis del tema, será necesario desarrollar, en primer lugar, qué es la publicidad testimonial; y, en segundo lugar, cómo está delimitada conforme los alcances de la LRCD.

5.6.1. La publicidad testimonial

A fin de aproximarnos a una definición de esta modalidad publicitaria, será útil iniciar con el significado etimológico de las palabras “testimonio” y “testigo”. Según la RAE, *testimonio* es la “atestación o aseveración de algo” o también como la “prueba, justificación o comprobación de la

certeza o verdad de algo”²². Por su parte, un *testigo* es la “persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo”. A partir de estas definiciones, puede entenderse que el testimonio es una declaración que da cuenta de la veracidad de un hecho con base en la experiencia directa de quien lo emite.

En el ámbito publicitario, a grandes rasgos, podemos definir a la publicidad testimonial como aquella modalidad publicitaria en la que una persona- ya sea un consumidor promedio, figura pública o experto- declara haber probado o experimentado un determinado producto o servicio, expresando una valoración personal , generalmente positiva, del mismo.

Como se advierte, la importancia de esta modalidad publicitaria radica en los efectos que causa en el consumidor, ya que es posible que este último le otorgue mayor credibilidad a las opiniones o comentarios que realicen aquellas personas percibidas como terceros, antes que al propio anunciante (Lema, 2007b, p.192). Por otra parte, también es posible que el consumidor crea en el testimoniante, ya que se identifica con el mismo, ya sea por la admiración, simpatía, popularidad o el prestigio de dicho personaje (Ortega, 2004, p.247).

Así, por ejemplo, cuando un proveedor promociona su producto y afirma que su silla de escritorio “Comodín” es la más cómoda y es ergonómica, lo cual permite permanecer sentado durante horas sin que te duela la espalda. Es muy probable que el consumidor tome con recelo la exaltación de dichas cualidades, sabe que el emisor de la publicidad tiene un interés económico para persuadirlo. Sin embargo, su percepción podría cambiar cuando proviene de una persona ajena al proveedor, como podría ser el caso de Juan Perez Castillo, un consumidor que ya compró la silla de escritorio “Comodín” y declara que, debido a la naturaleza de su trabajo —que le exige estar varias horas frente a una computadora—, ha experimentado un alivio significativo en el dolor de

²² Información extraída de: <https://dle.rae.es/testimonio?m=form>

espalda tras su uso. En este segundo caso, la comunicación adquiere un carácter testimonial que le otorga mayor credibilidad y persuasión, pues se basa en una experiencia personal aparentemente genuina.

5.6.2. La publicidad testimonial según la LRCD

De la revisión de la LRCD, en el artículo 59° del glosario de términos, la publicidad testimonial es definida como toda aquella publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones y experiencias de un testigo, el cual será identificable por el nombre de la persona que realiza el testimonio o sea identificable por su fama y notoriedad pública.

Tal como se observa, este artículo indica que para que una publicidad sea calificada como testimonial deben concurrir dos elementos esenciales. Primero, la manifestación hecha por el testimoniante debe estar vinculada con una experiencia directa con el uso del producto o servicio, tratándose a sí de una percepción individual. Segundo, el mensaje debe atribuirse a una persona que sea identificada con su nombre, o porque, incluso sin mención expresa, resulta reconocible ante el público por su notoriedad o fama.

Por su parte, conforme al artículo 8.2 de la LRCD, se configuran actos de engaño con el uso de esta modalidad publicitaria cuando no se encuentren sustentadas en experiencias auténticas y recientes del testigo.

Como se observa, al tener este tipo de publicidad un mayor poder de persuasión, la regulación sanciona cuando se presentan a supuestos testigos que no hayan experimentado genuinamente el producto o servicio, aparentando que sí. Por otra parte, aun siendo verdadera dicha experiencia también se sancionará si es que no ha sido reciente. Esto último se sustenta en que por el paso del tiempo, las experiencias de consumo de una persona pueden variar. Es importante, además, en observancia del principio de sustanciación previa, pues el anunciante, ante el requerimiento de la autoridad, debe tener esa facilidad de acreditar la fecha en la que el testimonio fue recogido (Rodríguez, 2007, p.54).

Finalmente, resulta pertinente hacer una precisión importante, al igual que las afirmaciones subjetivas están prohibidas en el marco de la publicidad comparativa, esta misma restricción se extiende a la publicidad testimonial cuando se emplea con fines comparativos. El fundamento de esta limitación se encuentra en la interpretación administrativa de INDECOPI. En particular, la Resolución N.º 547-2004/TDC-INDECOPI de fecha 10 de diciembre del 2004, la Sala consideró que presentar una afirmación subjetiva bajo la forma de testimonio, como comparar el sabor de dos productos, constituye un acto de competencia desleal.

De esta forma, un anuncio publicitario en el que un testigo afirme, por ejemplo, que “el sabor de la Inka Cola es mucho más rico que la Coca Cola”, será considerado un acto desleal bajo la modalidad de comparación indebida, por apoyarse en un juicio subjetivo no verificable

Como se observa, las manifestaciones de terceros no pueden usarse como vía para evadir el cumplimiento del principio de veracidad en contextos de comparación comercial.

Definidos estos criterios conceptuales que delimitan la publicidad testimonial y los actos de engaño conforme a la normativa sobre competencia desleal, corresponde proceder con el análisis del caso concreto

5.6.3. Análisis del caso en concreto

Como se mencionó al inicio de este subcapítulo, el caso examinado se refiere a una serie de videos difundidos por Optical a través de la plataforma Instagram, en los que diversos supuestos usuarios del servicio de internet de fibra óptica de Ultra comparten, mediante videollamadas, opiniones aparentemente personales sobre la calidad del servicio recibido. En dichos videos, se presentan los rostros de las personas que emiten las declaraciones, junto con su prenombre y el distrito de residencia.

Desde la perspectiva normativa, la publicidad testimonial exige que el testigo sea claramente identificable, ya sea por su nombre completo o por

su notoriedad pública. En ese sentido, si bien los anuncios en cuestión simulan declaraciones de clientes reales, lo cierto es que no cumplen con el estándar de identificabilidad exigido por la norma, ya que los datos proporcionados son genéricos e insuficientes para individualizar al supuesto testificante. En consecuencia, dichos anuncios no calificarían formalmente como publicidad testimonial, punto con el cual coincido con la Sala.

No obstante, pese a que es formalmente correcta la conclusión a la cual arribó la Sala, al indicar que no era publicidad testimonial. Considera que debió de ser más rigurosa y no excluir del análisis las afirmaciones realizadas por estos supuestos testigos.

Dicho de otra forma, considero que al tratarse de publicidad comercial en sentido amplio, el contenido de los videos debió ser evaluado conforme a los principios generales que rigen la publicidad en el marco de la LRCD. En particular, debió aplicarse el principio de veracidad (art. 8.1) y el principio de sustanciación previa (art. 8.3). Ello implica examinar si las afirmaciones contenidas en dichos mensajes constituían o no afirmaciones objetivas susceptibles de verificación, en cuyo caso el anunciante tendría la carga de acreditar su veracidad. Inclusive, también se debió de analizar si había afirmaciones subjetivas en un contexto comparativo.

En este punto surge un problema en el plano práctico. De mantenerse este criterio, cualquier anunciante podría presentar supuestos testimonios con datos incompletos o deliberadamente vagos, con el objeto de crear una apariencia de experiencia genuina de un supuesto consumidor, sin asumir las obligaciones legales que implicaría una verdadera publicidad testimonial. Este vacío interpretativo podría fomentar un uso perverso de esta modalidad, afectando así la eficacia de la LRCD.

5.7. ¿La pieza publicitaria consistente en un video de Instagram mediante el cual el usuario IOA hace una serie de afirmaciones constituyen actos de denigración?

El análisis de este punto requiere determinar si las afirmaciones realizadas por el influencer identificado como IOA, difundidas a través de un video publicado en la plataforma de Instagram de Optical, como parte de su campaña publicitaria, constituyen un acto de denigración conforme al artículo 14 de la LRCD. Dicha persona expresó lo siguiente:

«Hace unos meses me cambié de un internet *shitting* a un internet *amazing* que es Ultra. En realidad, no lo había mencionado tanto y se los estaba respondiendo, los había etiquetado y tal, porque quería probar la experiencia y solamente quiero decirles que es *sickening*. Si ustedes quieren saber más de esto o quieren que se los instalen o quieren simplemente mandar a todos a la *shit* y ser *amazing* y tener el mejor internet *of* Perú».

Para poder realizar un adecuado análisis del planteamiento del problema, será necesario desarrollar previamente algunos conceptos.

5.7.1. Los *influencers* y su rol en la publicidad testimonial

En primer lugar, será menester desarrollar qué es un *influencer*. De acuerdo con la “Guía de Publicidad para Influencers” (2024), se trata de una persona o personaje que posee cierto grado de credibilidad en un tema específico y que, por su capacidad de influir o generar confianza en su audiencia, independientemente del número de seguidores, puede incidir significativamente en las decisiones de consumo del público (p. 26). En esa misma línea, cualquier persona podría ser *influencer*, siempre que tenga una audiencia relevante y activa en redes sociales, independientemente de si es una celebridad o no.

Así, por ejemplo, tenemos el caso de IOA, cuyo nombre completo es Ioanis Patsias Morales, quien inició su actividad en redes sociales creando videos de contenido humorístico en la plataforma YouTube. Para el año 2020, cuando fue contratado para participar en una campaña

publicitaria de Optical, IOA ya había alcanzado aproximadamente 430 mil suscriptores, reflejando un crecimiento exponencial si se considera que en 2019 contaba con apenas 50 mil. Su contenido era diverso, pero principalmente se centraba en videos de reseñas de comida en restaurantes, parodias de personajes, retos, *reviews* de productos o servicios, entre otros; lo que le permitió construir una comunidad digital sólida y en expansión.

Desde una perspectiva de marketing digital, IOA cumple con los elementos esenciales para ser considerado influencer, ya que sin ser una celebridad tradicional, contaba para ese momento con una base sustancial de seguidores y creaba contenido que agradaba a su audiencia. Desde luego, este alto nivel de *engagement*²³, hicieron atractivo para las marcas el contratarlo para que presente sus productos o servicios.

En segundo lugar, cabe acá desarrollar cómo la publicidad testimonial se relaciona con los *influencers*. Según Alex Sosa, la publicidad que hace uso de dichos personajes es una forma moderna de hacer publicidad testimonial, ya que el anunciante usa al *influencer* como una herramienta publicitaria para reforzar el nivel de persuasión para la compra de su producto o servicio, con la particularidad de que hará un testimonio a través de su cuenta de red social, haciendo un *unboxing*, canje o sencillamente recomendará el uso del producto (2021, p.299).

Así, no es extraño, por ejemplo, en el sector de la moda, que ciertas *influencers* enfocadas a la moda o el maquillaje, reciban prendas de determinadas marcas. En este contexto, la *influencer* realiza un video mostrando el producto recibido, comenta sus impresiones respecto del diseño, la calidad o la funcionalidad, y muchas veces incorpora la prenda en su vestimenta habitual, compartiendo el resultado En esta dinámica se

²³ *Engagement* es la “acción de generar un vínculo “emocional” entre una marca o empresa y su comunidad en redes sociales. A través de ese vínculo, los seguidores se animan a interactuar con la marca, comentando una publicación, compartiendo un contenido o dando un me gusta en una publicación de la empresa”. Información extraída de:

<https://www.iebschool.com/hub/mejorar-el-engagement-redes-sociales/#:~:text=El%20Engagement%2C%20es%20la%20acci%C3%B3n,una%20publicaci%C3%B3n%20de%20la%20empresa>

beneficia la marca, la cual se hace visible a través del personaje, quien actúa como un testigo, pues cuenta su experiencia con el bien.

En el caso en análisis, el elemento testimonial se manifiesta de forma clara, ya que IOA señala que hace algunos meses cambió de proveedor de internet y que desde entonces viene utilizando el servicio de Ultra, el cual ha tenido la oportunidad de experimentar personalmente, calificándolo como *amazing*. Esta afirmación transmite una experiencia directa de uso, lo que refuerza el carácter testimonial del mensaje. Ello además, puede tener un efecto persuasivo relevante, en tanto proviene de un creador de contenido digital que necesita contar con un servicio de internet de calidad para producir y subir videos a YouTube o Instagram.

5.7.2. Publicidad en redes sociales: el criterio de finalidad concurrencial

En tercer lugar, es necesario determinar cuándo un contenido creado por *influencers* puede ser considerado como publicidad. Ello es necesario puesto que no todo lo que publican en sus redes sociales, aún cuando mostraran productos o recomendaciones, tienen una finalidad de publicitar algo. La clave de ello es identificar la finalidad concurrencial detrás del contenido. El mismo se encuentra amparado en el art. 59, literal d) de la LRCD, el cual define como publicidad, toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio que tiene por finalidad promover, ya sea directa o indirectamente la imagen, productos servicios o marcas de una empresa en el marco de una actividad concurrencial

En esa línea, si el *influencer*, por ejemplo, comparte de forma espontánea su experiencia con un producto o servicio, sin haber algún tipo de contraprestación detrás, ello forma parte del uso libre de sus redes sociales y un ejercicio de su derecho a la libertad de expresión, el cual se encuentra protegido por el artículo 2, inciso 4) de nuestra Carta Magna.

Sin embargo, cuando el contenido es generado como parte de una relación comercial con un anunciante -es decir, cuando existe una

contraprestación o beneficio a cambio de difundir un producto o servicio con el objetivo de posicionarlo en el mercado-, entonces sí estamos ante publicidad en sentido jurídico (Sosa, 2022, p. 115). En estos casos, se activa la aplicación de la LRCD, particularmente su artículo 2°, al tratarse de actos realizados con finalidad empresarial y capacidad para afectar el funcionamiento competitivo del mercado.

Ahora, en el caso de IOA, la existencia de una finalidad concurrencial resulta evidente, ya que el video fue difundido a través de la cuenta oficial de Instagram de Ultra, lo que sugiere que no se trató de una publicación espontánea, sino de un contenido generado en el marco de una relación publicitaria.

5.7.3. El *Influencer* como anunciante o medio de comunicación social

En cuarto lugar, corresponde desarrollar cuándo un influencer es considerado anunciante o medio de comunicación social, ya que dependiendo de ello se determinará la responsabilidad ante alguna infracción a la LRCD.

En este sentido, para determinar si es un anunciante, será menester hacer la revisión conceptual del mismo. De acuerdo al glosario de definiciones del artículo 59° inciso c) de la LRCD, el anunciante será toda persona natural o jurídica que desarrolla actos con la finalidad de concurrir en el mercado, mediante la difusión de publicidad. Así, por ejemplo, en el ámbito de los *influencers*, estos serán anunciantes si es que tienen una línea de negocio propia y usan sus redes sociales para promocionar sus productos o servicios. En esta línea, es evidente que serán responsables por el contenido de la publicidad comercial, conforme el Art.23° de la LRCD, al ser también anunciantes.

Por el contrario, un medio de comunicación social es diferente, según el artículo 59° inciso f) de la LRCD, es toda persona que preste servicios mediante cualquier canal capaz de difundir publicidad, ya sea de forma directa o masiva, dentro del territorio nacional. Según Sosa, el *influencer* puede ser considerado un medio de comunicación social cuando es

utilizado por el anunciante para difundir mensajes publicitarios a través de su cuenta en redes sociales, ya sea comentando, mostrando su experiencia, realizando un *unboxing*, esto incluye también cuando se utiliza al *influencer* como testigo, el mismo que aparece en la publicidad comercial del anunciante (2022, p.116).

En lo que respecta a la determinación de la responsabilidad administrativa, corresponde analizar el artículo 23° de la LRCD, el cual establece que el anunciante es siempre responsable por el contenido del mensaje publicitario. Por su parte, el medio de comunicación social será responsable sólo cuando infrinja “normas de difusión que regulan, condicionan o prohíben la comunicación de determinados contenidos”. De esta forma, si se considera al *influencer* como un medio de comunicación social, su responsabilidad se limitará a posibles infracciones a las normas de difusión, más no por el contenido del anuncio.

Este criterio es coherente con lo señalado por Lema Devesa, quien advierte que el empresario anunciante, al hacer suyos los testimonios de terceras personas difundidas por su publicidad, será responsable si estos resultan engañosos o desleales, por lo que antes de la difusión publicitaria de un testimonio, el anunciante debe comprobar el contenido del testimonio (2007a, p.205).

5.7.4. La publicidad testimonial y su relación con la denigración

Habiendo desarrollado el apartado anterior, entonces nos permite concluir que, las afirmaciones que hagan los *influencers*, al ser estos medios de comunicación social, serán responsabilidad de los anunciantes, más aún si son ellos quienes usando su plataforma colgaron el anuncio con el testimonio. Ello aunado al criterio de la prohibición de afirmaciones subjetivas en contextos comparativos aún cuando fueran hechas por testigos, con mucha mayor razón estarán proscritas si es que dichos testigos profieren afirmaciones con contenido denigratorio a otro agente económico. En este sentido, Optical será plenamente responsable si es que, del anuncio, se constata que hubieron actos de denigración.

5.7.5. Análisis del caso en concreto

En este apartado, se procederá con analizar cómo se evaluaron los actos de denigración. Según el criterio adoptado por la Sala en el fundamento 121 de la resolución objeto de análisis, para que se configure esta modalidad es necesario que exista una mención o alusión a un competidor o a su oferta, precisando que esta debe consistir en una alusión inequívoca, ya sea directa o indirecta. Hasta este punto, el desarrollo conceptual hecho por la Sala me parece adecuado.

Posteriormente, en el fundamento 133 recoge los argumentos de América Móvil, quien sostuvo que sí existía una alusión inequívoca a otros agentes económicos, en atención a la estructura del mercado. Como se ha desarrollado en los apartados previos, esta interpretación resulta válida, pues al tratarse de publicidad alusiva, la denigración también puede configurarse cuando existe una alusión indirecta razonablemente identificable por el público.

Sin embargo, la Sala se limitó a examinar la literalidad del mensaje y concluyó que no apreciaban del video ni la descripción, alguna característica que haga alusión a alguno o varios competidores determinados. Omitiendo examinar si el contexto del mercado de telecomunicaciones —particularmente el número limitado de operadores que ofrecían el servicio de internet de fibra óptica en Lima Metropolitana durante el año 2020— podría permitir una identificación indirecta y razonable de los agentes aludidos.

En esa línea, correspondía evaluar si el mensaje difundido por IOA contenía alguna alusión indirecta a algún competidor, considerando el contexto del mercado relevante. De haberse acreditado que el número de operadores era reducido y fácilmente reconocible por el público, podría haberse configurado un supuesto de denigración, incluso sin necesidad de una mención expresa.

Por otra parte, acerca del uso de palabras en inglés con connotación ofensiva en contextos comerciales, en su fundamento 129 la Sala

únicamente procedió a traducir la palabra *shitting* como “de porquería”. No obstante, cabe hacernos una pregunta, ¿un consumidor razonable podría saber el significado de estas palabras?

Para determinar si estas expresiones fueron entendidas como denigratorias por el consumidor promedio, corresponde analizar el perfil del público objetivo. De acuerdo con la resolución, Optical prestaba servicios únicamente en Lima Metropolitana. Aunque hubiera sido útil contar con mayores detalles sobre el tipo de usuario expuesto a la publicidad, de una búsqueda de qué tipo de usuario hace uso de redes sociales como Instagram, se tiene que el porcentaje más alto se centra especialmente entre jóvenes de 18 a 24 años, el grupo etario más activo²⁴.

Por otra parte, en cuanto al conocimiento y dominio del idioma de inglés. Según el *EF English Proficiency Index* (Gestión, 2020), Lima alcanza un puntaje de 51.86, lo que la sitúa dentro de un nivel de competencia básica, suficiente para comprender palabras y expresiones frecuentes de uso cotidiano. Es de precisar que aunque dicho puntaje no implica dominio avanzado del idioma, sí permite inferir que un consumidor razonable con ese nivel puede reconocer el significado de términos simples y de amplio uso digital, como *shitting* o *amazing*.

En este caso, la contraposición entre “internet *amazing*” y “internet *shitting*”, introduce una carga valorativa negativa que puede ser percibida por la audiencia como una desacreditación del proveedor anterior, configurando así un posible acto de denigración conforme al artículo 11° de la LRCD. Hubiera sido valioso que la Sala analizara este aspecto.

Finalmente, considerando que el contenido difundido por IOA tiene naturaleza testimonial, la Comisión debió valorar si las afirmaciones realizadas por el influencer reflejaban una experiencia auténtica y reciente, conforme a lo exigido por el artículo 8.3 de la LRCD. De no haberse verificado estos elementos, se configuraría también un posible

²⁴ Aunque esta información data del año 2025, según Lima Retail. Información extraída de https://limaretail.com/redes-sociales/estadisticas-redes-sociales/#Uso_y_demografia_de_Instagram

acto de engaño, en la medida que se presenta como verdadera una experiencia que no ha sido probada.

En conclusión, discrepo con lo desarrollado por la Sala, en tanto no valoró adecuadamente la existencia de un posible acto de denigración por alusión indirecta por las características del mercado, tratándose además del sector telecomunicaciones —altamente regulado y con un número reducido de operadores—, lo que facilitaba la identificación del competidor aludido. Asimismo, no se examinó con rigor el impacto del lenguaje ofensivo utilizado, ni se evaluó si el testimonio emitido por IOA cumplía con ser reciente ni auténtico para ser considerado como publicidad testimonial lícita.

VI. CONCLUSIONES

1. Los actos de engaño se configuran cuando se induce a error al consumidor- ya sea por falsedad, ambigüedad u omisión de información relevante- sobre las afirmaciones objetivas de un bien o servicio. El anunciante tiene el deber de demostrar la veracidad de sus afirmaciones objetivas, pruebas que tiene que ser suficientes y previas a la difusión del mensaje publicitario.
2. Si bien las afirmaciones subjetivas son admisibles por el principio de veracidad del artículo 8 de la LRCO, en un contexto de publicidad comparativa se exige un estándar reforzado y, por tanto, toda afirmación subjetiva será excluida.
3. Los actos de denigración comprenden aquellas conductas dirigidas a socavar la reputación o el crédito comercial de un competidor, ya sea mediante afirmaciones falsas o incluso siendo verdaderas, si no se presentan bajo condiciones de exactitud y pertinencia. Aunque los criterios para determinar su licitud no siempre resultan claros ni de fácil aplicación, por lo que se entiende que, en principio, este tipo de prácticas están vetadas del ordenamiento.

4. La afirmación de que el servicio de internet fijo de fibra óptica ofrecido por Ultra sería “100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red”, constituyó un acto de engaño, pues transmitió una expectativa irreal al consumidor promedio, además que fue difundida sin la existencia de pruebas previas que respalden su veracidad.
5. Acerca de la afirmación de tener el internet de fibra óptica más rápido del país. La velocidad constituye un parámetro objetivo susceptible de verificación, por lo que al no haber presentado prueba técnica alguna que acreditara dicha superioridad, constituyó un acto de engaño.
6. La afirmación de que el servicio de internet fijo de fibra óptica ofrecido por ULTRA era el mejor del país, hubo una omisión en el análisis de la integralidad del mensaje contenido en el video protagonizado por el director de ULTRA, pues únicamente se extrajo un segundo de todo el video. No se consideró que afirmaciones como “el mejor del país” al día de hoy son susceptibles de ser objetivas debido a la existencia de *rankings* internacionales. Además, el servicio de Internet, al formar parte del mercado de telecomunicaciones y ser un servicio público (mercado altamente regulado), contaba con parámetros técnicos objetivos que permitían evaluar su calidad y sustentar que eran “los mejores” en dicho sector.
7. Acerca de la afirmación imputada de ser el “único internet por fibra óptica para hogares”, el íntegro del mensaje era sindicarse como “el único en ofrecer una velocidad alucinante”, siendo esto último una expresión subjetiva y genérica- afirmación subjetiva *per se*-, pues cada consumidor interpreta que un internet es alucinante conforme a sus necesidades. Por lo que no configura un acto de engaño.
8. Acerca de los videos de supuestos testigos contando su experiencia tras el uso del servicio de ULTRA, si bien no se cumplió con identificarse plenamente a los testigos, al darse únicamente el primer prenombre y el distrito de residencia, no siendo formalmente publicidad testimonial. No obstante, al encontrarse dentro de un anuncio publicitario, el contenido de las afirmaciones de dichas

personas debió ser evaluado conforme al marco de la LRCD. Un vacío interpretativo podría fomentar un uso perverso de dicha figura.

9. En relación al video difundido por Optical en el cual se contaba con la participación de IOA, quien emitió comentarios muy fuertes en inglés al referir que se había cambiado de un internet *shitting* a uno *amazing*, refiriéndose a ULTRA. La Sala omitió considerar la condición de *influencer* y de testigo de IOA, pues afirmaba haber probado el servicio, por lo que omitió, por lo menos, pronunciarse acerca de las exigencias de que esta experiencia debía ser auténtica y reciente.
10. En cuanto a los comentarios aparentemente denigratorios, no hubo pronunciamiento acerca de si dichas palabras en inglés eran comprensibles para un consumidor promedio peruano en redes sociales y, si bien no hubieron referencias expresas al competidor aludido, no se examinó si hubo una alusión indirecta por composición de mercado. Coincidió con la conclusión de que no hubieron actos de denigración, pero le faltaron estos aspectos mencionados para realizar un análisis completo conforme la normativa de la LRCD.
11. En conjunto, la resolución acierta al sancionar la mayoría de actos engañosos, pero muestra vacíos metodológicos y procedimentales—especialmente en publicidad denigratoria, testimonial e *influencer*—que limitan su solidez y coherencia con la normativa de competencia desleal.

REFERENCIAS

- Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A., Stucchi López, P. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)
<https://repositorio.indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/1a7d5234-db06-41cd-913f-1887ea7cd7cc/content>
- Chahuara, P. (2018). *Preferencias y Valorización por Atributos del Servicio de Internet Fijo en el Perú: un primer acercamiento vía experimento de elección discreta*. OSIPTEL.
<https://www.osiptel.gob.pe/media/yymnksxy/dt39-preferencias-valorizacion-atributos-internet-fijo-peru.pdf>
- Chopra, A., Vrushali, A. y Sonali J. (2020). Influencer marketing: an exploratory study to identify antecedents of consumer behavior of millennial. *Business Perspectives and Research* (09). pp. 77-91.
- De la Cuesta, J. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Felices E. y Dañino, G. (2007). Actos dirigidos a menoscabar el crédito comercial de un competidor. En E. Pasquel, C. Patrón y G. Perez (Eds.), *El Derecho de la Competencia Desleal* (pp.181-203). Fondo Editorial UPC.
- Gagliuffi, I. (2003). La publicidad denigratoria en el Perú: memorias sobre la guerra de las Kolas amarillas (historia de Gómez, los chamanes, los cocineros y la impulsadora). *THEMIS Revista de Derecho* (46), pp. 299-313.
- Jaúregui, S., Padilla, M. y Quiso, L. (2024). *Mercado de internet fijo en el Perú: Evolución y desafíos*. OSIPTEL.

<https://repositorio.osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/903/Mercado%20de%20internet%20fijo%20en%20el%20PERU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Kemelmajer de Carlucci, A. (1998). La publicidad y los consumidores en el fin del siglo. *Gaceta Jurídica* (59), pp.69-83.

Kresalja, B. y Ochoa, C. (2017). *Derecho constitucional económico*. Fondo Editorial PUCP.

Lema Devesa, C. (2007a). La publicidad testimonial. En *Problemas jurídicos de la publicidad. Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (pp.191-208). Marcial Pons.

Lema Devesa, C (2007b). Publicidad engañosa y exageración publicitaria. En *Problemas jurídicos de la publicidad. Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra* (pp.379-390). Marcial Pons.

Maguiña, R. y Sosa, A. (2010) “El mejor del Perú”: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja usted. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual* (10), pp.93- 116.

Ortega, E. (2004). *La comunicación publicitaria* (2da ed.). Pirámide.

Palomino, M. y García, A. (2017). INDECOPI, ¿Censor de Moralidad? Reflexiones sobre la prohibición de incitar o favorecer conductas antisociales mediante la publicidad comercial. *Derecho & Sociedad* (28), p. 108-114.

Pazos, J. (2023). *Derecho de la publicidad*. Fondo Editorial PUCP.

Pazos, J., Capurro, A., Mac Kee, G. y Escalante, A. (2020). *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)

https://escuela.indecopi.gob.pe/images/publicaciones/pdf/2020/Lineamientos_sobre_Competencia_Desleal_y_Publicidad.pdf

Patrón C. y Mendoza, A. (2007). Actos de engaño en general. En E. Pasquel, C. Patrón y G. Perez (Eds.), *El Derecho de la Competencia Desleal* (pp.121-150). Fondo Editorial UPC.

Resolución N.º 547-2004/TDC-INDECOPI (2004, 10 de diciembre). Tribunal de Defensa de la Competencia, Sala de Defensa de la Competencia N° 2.

Rodriguez, G. (2007). *Estudios sobre la Publicidad Testimonial* [Tesis para optar el título profesional de abogado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio PUCP.

Sainz de Aja, B. (2007). El derecho de la competencia desleal. En E. Pasquel, C. Patrón y G. Perez (Eds.), *El Derecho de la Competencia Desleal* (pp.38-56). Fondo Editorial UPC.

Sosa, A. (2017a). Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). *Revista Derecho & Sociedad* (49), pp. 161-182.

Sosa, A. (2017b). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. *Foro Jurídico* (17), pp. 21-46.

Sosa, A. (2021). "¿Qué hacer con los influencers?". *Advocatus*, (039), 297-313. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5136>

Sosa, A. (2022). *Derecho y Marketing online. Un análisis desde el derecho de la competencia Desleal y la regulación publicitaria*. Foro Académico.

Sosa, A. (12 de mayo de 2025). *Publicidad engañosa - ¿cuándo estamos frente a una infracción al principio de veracidad?* [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=teDvYc6PHZg>

Spasojevic, A. (2024, septiembre 16). *¿Qué es la conmutación de paquetes?* Phoenix NAP. <https://phoenixnap.mx/glosario/cambio-de-paquetes>

Stucchi López, P. (2007a). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial: Introducción sobre la regulación

de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal *IUS ET VERITAS* (34), 179-200.

Stucchi López, P. (2007b). La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. *THEMIS* (54), 287-308.

Stucchi López, P. (2007c). 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.

Súmar, O. y Avellaneda, J. (2012). Efectos de las restricciones de la publicidad en *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú* (pp.44-59). Universidad del Pacífico.

Zuñiga, M. (2015). La insoportable burocratización del Internet: La propuesta de OSIPTEL para regular la “neutralidad de red” en el Perú. *IUS ET VERITAS* (51), 64-87.

Anexo informes

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL] (2025). *Informe N°000061-2025-DPRC/OSIPTEL*.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/7912415/6661108-informe-n-061-dprc-2025.pdf?v=1744388033>

Anexo normas

Decreto Legislativo 1044 del 2008. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. 25 de junio de 2008.

Resolución del Consejo Directivo N° 099-2022-CD/OSIPTEL [OSIPTEL]. Texto Único Ordenado del Reglamento para la Atención de Gestiones y Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. 26 de mayo del 2022.

<https://www.osiptel.gob.pe/media/t2adonsc/resol99-2022-cd-tuo-reglamento-reclamos.pdf>

Resolución de Consejo Directivo N°00123-2014-CD/ OSIPTEL [OSIPTEL].
Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de
Telecomunicaciones. 10 de octubre de 2014.

<https://www.osiptel.gob.pe/media/vjrhtcef/res123-2014-cd.pdf>

Resolución del Consejo Directivo N.° 172-2022-CD/OSIPTEL [OSIPTEL].
Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de
Telecomunicaciones. 14 de julio del 2022.

<https://www.osiptel.gob.pe/media/zuplge3t/resol172-2022-cd.pdf>

Resolución de Consejo Directivo N°00214-2024-CD/ OSIPTEL [OSIPTEL].
Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de
Telecomunicaciones. 30 de agosto de 2024.

Anexo noticias

Alvarez, R. (19 de junio del 2025). *Maido, el mejor restaurante del mundo, es peruano: así es la experiencia gastronómica que ofrece a sus comensales.* RPP Noticias. Recuperado el 11 de julio de 2025, de <https://rpp.pe/cultura/mas-cultura/the-worlds-50-best-restaurants-2025-d-escubre-la-experiencia-de-maido-el-numero-uno-del-mundo-noticia-1641993>

Redacción Gestión (27 de noviembre del 2020). Lima es la ciudad con mejor dominio del inglés en Perú, según estudio internacional. *Gestión*. <https://gestion.pe/peru/lima-es-la-ciudad-con-mejor-dominio-del-ingles-en-peru-segun-estudio-internacional-noticia/>

Redacción Perú21 (15 de septiembre del 2022). Ultra: Nueva empresa peruana apuesta por Internet dedicado y exclusivo para cada hogar. *Perú21*. <https://peru21.pe/cheka/tecnologia/acceso-internet-ultra-ultra-empresa-peruana-apuesta-por-internet-dedicado-y-exclusivo-para-cada-hogar->

Telefónica (25 de noviembre de 2024). *Afectación de los servicios móviles y de internet fijo en algunas localidades de Loreto por corte en red de fibra óptica.* Telefónica.

<https://telefonica.com.pe/afectacion-servicios-moviles-internet-fijo-localidades-loreto-corte-red-fibra-optica/>

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL] (20 de julio de 2023). *OSIPTEL: Conoce cuál fue la empresa operadora con la red de internet móvil más veloz del Perú en junio*. NOTICIAS OSIPTEL.

<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/#:~:text=La%20empresa%20operadora%20Claro%20obtuvo%20internet%20m%C3%B3vil%20del%20OSIPTEL.>

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones [OSIPTEL] (10 de febrero de 2015). *Corte de tendido de fibra óptica habría afectado los servicios de telefonía celular e internet en Ayacucho*. Gob.pe.

<https://www.gob.pe/institucion/osiptel/noticias/211566-corte-de-tendido-de-fibra-optica-habria-afectado-los-servicios-de-telefonía-celular-e-internet-en-ayacucho>

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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

DENUNCIANTE : AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

DENUNCIADO : OPTICAL TECHNOLOGIES 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 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Optical Technologies 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 difundió una campaña publicitaria que daba a entender a los consumidores:

- (i) **que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red; cuando ello no era cierto; y,**
- (ii) **que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país; cuando ello no era cierto.**

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

Se CONFIRMA la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Optical Technologies S.A.C.:

- (i) **Por la presunta 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 habría difundido una campaña publicitaria en la que daría a entender a los**

¹ Persona jurídica identificada con Registro Único de Contribuyentes 20552504641.

consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el mejor del país.

La razón es que la afirmación imputada carece de un parámetro objetivo de medición u otro elemento que permita corroborar su veracidad, pues se trata de una afirmación subjetiva que no resulta susceptible de configurar la conducta infractora imputada de actos de engaño.

- (ii) Por la presunta 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 la difusión de publicidad en la que afirmaba ser «el único Internet por fibra óptica para hogares (...))»; lo que daría a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el único servicio de fibra óptica en el país.**

El motivo es que la pieza publicitaria cuestionada no transmite el mensaje publicitario objeto de imputación, por lo que tampoco resulta susceptible de configurar una conducta que se encuentre sujeta al análisis de veracidad.

- (iii) Por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8.2 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a la difusión de testimonios que harían referencia a las experiencias que tendrían los consumidores respecto del uso de su servicio de internet.**

El sustento es que el anuncio evaluado no incluye elementos que permitan identificar a las personas que aparecen en el video de tal forma que los consumidores puedan percibir de forma indubitable que se trata de testigos contando experiencias reales sobre el uso del servicio ofertado por la imputada.

- (iv) Por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto establecido en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.**

El fundamento es que, de una revisión de la pieza publicitaria denunciada, se advierte que no contiene una alusión inequívoca que permita identificar de forma clara e indubitable a uno o varios competidores de la imputada que presten algún tipo de servicio de internet fijo, el cual constituye el primer requisito para realizar el análisis de un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

Finalmente, se declara la NULIDAD PARCIAL de la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que sancionó a Optical Technologies S.A.C. con una multa de 28.5 Unidades Impositivas Tributarias. Ello debido a que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal no tomó en cuenta los argumentos presentados por la empresa imputada respecto al cálculo de la sanción efectuado por la Oficina de Estudios Económicos, incurriendo la primera instancia en un vicio de motivación.

Sin perjuicio de lo antes indicado, en aplicación del artículo 227 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, así como en atención del concurso ideal de infracciones y la prohibición de la reforma en peor, se IMPONE a Optical Technologies S.A.C. una multa de 28.5 Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIÓN: VEINTIOCHO PUNTO CINCO (28.5) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 3 de agosto de 2023

I. ANTECEDENTES

1. El 1 de septiembre de 2020², América Móvil Perú S.A.C. (en adelante América Móvil o la denunciante) denunció a Optical Technologies S.A.C. (en adelante Optical o la denunciada) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) 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 17 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal³ (en

² Complementada mediante escrito del 6 de octubre de 2020.

³ **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.
(...)

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,

adelante la Ley de Represión de la Competencia Desleal) con base en los siguientes hechos⁴:

- (i) Optical 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 hogar (bajo la marca «Ultra») con la tecnología de fibra óptica. Entre los principales mensajes engañosos se encuentran los siguientes:
- Su servicio de internet de fibra óptica sería 100% estable, libre de caídas, fallas e interrupciones. No obstante, tanto el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC) como el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante Osiptel) han reconocido que, si bien el servicio de internet de fibra óptica permite una mayor conectividad, lo cierto es que puede tener incidencias (latencias, caídas, interrupciones, entre otras) que podrían afectar la calidad del servicio. Por tanto, el uso de dicho servicio no implica una garantía de margen de falibilidad de 0%.
 - Su servicio de internet fijo para el hogar con tecnología de fibra óptica sería el único, mejor y más rápido del Perú, atribuyéndose la supremacía absoluta sobre otros operadores que brindan el mismo servicio con frases de tono excluyente, pese a que otras empresas ofrecen el mismo servicio con velocidades de hasta 1000 Mbps.
- (ii) Optical también ha difundido publicidad testimonial a través de YouTube e Instagram donde diversas personas señalan frases objetivas como: (a) cuentan con un internet estable en comparación con otros operadores; (b) pueden conectar ilimitados dispositivos sin verse afectados en la velocidad o calidad del servicio de internet; (c) acceden a una señal estable, que no

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.

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.

(...)

⁴ Asimismo, América Móvil solicitó lo siguiente:

- (i) Que se imponga a Optical la máxima sanción prevista en la norma para dichas conductas (700 Unidades Impositivas Tributarias);
- (ii) que se disponga como medida correctiva que se ordene a Optical la publicación de avisos rectificatorios que corrijan los efectos residuales del mensaje publicitario denigratorio y engañoso;
- (iii) que se ordene a Optical el reembolso de las costas y costos incurridos en el procedimiento; y,
- (iv) que se disponga una medida cautelar de cese preventivo e inmediato de las piezas publicitarias objeto de denuncia.

se cae ni tiene problemas; (d) cuentan con la mayor velocidad del mercado, entre otras, pese a que ello no se encontraría debidamente sustentado.

- (iii) Adicionalmente, también ha difundido un video en la red social Instagram donde se mencionan frases que menoscaban la imagen, el crédito, el prestigio y la reputación empresarial de América Móvil y de otros operadores del mercado de telecomunicaciones. Al respecto, en dicho video se incluyen expresiones ofensivas (insultos) en inglés respecto del servicio de internet ofrecido por los principales competidores de Optical (Telefónica y América Móvil), lo que constituye un acto de denigración.
- (iv) Optical también ha difundido publicidad consignando el cargo fijo mensual de sus planes únicamente en moneda extranjera (dólares) omitiendo señalar su equivalente en moneda nacional, lo que constituye un acto contrario al principio de legalidad.
- (v) Pese a que envió una carta notarial a Optical advirtiéndole sobre los posibles actos de competencia desleal en los que estaría incurriendo, dicha empresa ha mantenido la difusión de la campaña publicitaria en cuestión.

2. A través de la Resolución s/n del 13 de octubre de 2020⁵, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por América Móvil e imputó cargos a Optical⁶ por presuntos actos de competencia desleal.

⁵ Notificada a Optical el 24 de noviembre de 2020.

⁶ En aquella oportunidad, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó los siguientes cargos a Optical:

- (i) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría difundiendo una campaña publicitaria, a través de distintos medios de comunicación (tales como: sitio web, Facebook, Instagram, YouTube, Twitter y reportajes transmitidos en televisión nacional) en la que, respecto a su servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica, indicaría las siguientes afirmaciones:
 - «la mayor velocidad de Internet en TODOS tus dispositivos conectados en simultáneo sin interrupciones ni caídas»; «conexión estable y sin interrupciones»; «el Internet sin interrupciones es real»; «el único servicio de Internet que te garantiza una conectividad sin límites, libre de caídas y saturación de red»; «conexión que nunca se satura»; «conexión premium por fibra óptica libre de interrupciones y caídas»; «sin saturaciones en el servicio»; «único servicio de #Internet que te garantiza una conectividad sin límites, libre de caídas y saturación de red»; «todos tus dispositivos en simultáneo, sin saturación de servicio»; «cámbiate a la mejor velocidad de Internet y disfruta en casa de una conectividad sin límites»; «disfruta de todos tus dispositivos en simultáneo sin saturaciones en el servicio»; «dile adiós definitivamente a las redes saturadas»; «libre de caídas y saturación de red»; «100% estable y con una latencia muy baja»; y, «con Ultra: Liderando sin interrupciones con la mejor velocidad», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red; cuando en realidad, ello no sería cierto.
 - «el Internet premium más veloz»; «la mayor velocidad de Internet en TODOS tus dispositivos conectados en simultáneo sin interrupciones ni caídas»; «velocidad ultrarrápida: la más rápida de Lima»; «la mejor velocidad»; «todos tus dispositivos en simultáneo con la mejor velocidad»; «cámbiate a la mejor velocidad de Internet y disfruta en casa de una conectividad sin límites»; «la mejor velocidad para todos sus dispositivos»; «no te

3. El 21 de enero de 2021⁷, Optical presentó sus descargos cuestionando las imputaciones realizadas en su contra por la Secretaría Técnica de la Comisión.
4. Por Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó una nueva imputación de cargos contra Optical por las siguientes presuntas infracciones:
 - (i) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría difundiendo una campaña publicitaria, a través de distintos medios de comunicación

conformes con menos»; «el Internet más veloz del Perú»; y, «con Ultra: Liderando sin interrupciones con la mejor velocidad»; dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el más rápido del país, que permitiría utilizar todos los dispositivos en simultáneo, con la mejor velocidad; cuando en realidad ello no sería cierto, debido a que otros operadores, tales como América Móvil y Telefónica, vendrían ofreciendo planes de internet para el hogar en tecnología de fibra óptica con una velocidad que alcanzaría los 1000 Mbps.

- «el único Internet por fibra óptica para hogares»; dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el único servicio de fibra óptica en el país; no obstante, ello no sería cierto, debido a que otros operadores, tales como América Móvil y Telefónica, ofrecerían planes de internet utilizando fibra óptica.
 - «el mejor servicio de Internet para hogares»; «el mejor #Internet hogar»; «el mejor servicio de Internet para hogares»; «cámbiate al mejor Internet residencial»; «Cámbiate a Ultra y experimenta el mejor servicio de Internet para hogares»; y, «el mejor Internet residencial»; dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el mejor del país; cuando en realidad, ello no sería cierto, debido a que las características del servicio de la imputada serían las mismas que tendrían otros servicios de internet fijo de fibra óptica, tales como, la estructura, el hecho de conectar varios dispositivos a la vez y la velocidad.
- (ii) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría difundiendo publicidad de su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica, a través de la red social YouTube, con testimonios que harían referencia a las experiencias que tendrían los consumidores respecto del uso de su servicio de internet; cuando en realidad, los mismos no se encontrarían sustentados en experiencias auténticas y recientes de los testigos.
 - (iii) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría difundiendo, a través de su red social Instagram, un video cuyo contenido menoscabaría la imagen, el crédito, el prestigio y la reputación empresarial de la denunciante y de otros operadores en el mercado de telecomunicaciones, al contener expresiones ofensivas (insultos) en inglés, respecto del servicio de Internet brindado por sus competidores, que no cumplirían con los requisitos de licitud contenidos en el numeral 11.2 del mencionado artículo. En particular, la imputada utilizaría las siguientes frases: «Hace unos meses me cambié de un internet shitty a un internet amazing que es Ultra. (...) y solamente quiero decirles que [el internet de Ultra] es sickening (...). Entonces, si ustedes quieren saber mas de esto o quieren que se los instalen o quieren simplemente ya mandar a todos a la shit y ser amazing y tener el mejor internet of Perú. Entonces, cámbiate a Ultra», «Nuestro amigo @joa_____ se unió a la familia @Ultrainet.pe, y ahora su vida es otra gracias a que disfruta de la mejor velocidad. Tú también súmate a la #ConectividadSinLimites».
 - (iv) La presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría inobservado lo establecido en el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, referido a que «en caso de que los precios de los productos o servicios se difundan o publiciten en moneda extranjera, los mismos se consignan también en moneda nacional, en caracteres y condiciones iguales (...)», al difundir publicidad en la que consignaría el cargo fijo mensual de sus planes en moneda extranjera, sin consignarlos también en moneda nacional.

⁷ Complementado mediante escritos del 1 y 24 de marzo de 2021.



(como su sitio web, Facebook, Instagram y YouTube), en la que indicaría las siguientes afirmaciones respecto de su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica:

- *«la mayor velocidad de Internet en TODOS tus dispositivos conectados en simultáneo sin interrupciones ni caídas»; «conexión estable y sin interrupciones»; «el Internet sin interrupciones es real»; «el único servicio de Internet que te garantiza una conectividad sin límites, libre de caídas y saturación de red»; «conexión que nunca se satura»; «conexión premium por fibra óptica libre de interrupciones y caídas»; «sin saturaciones en el servicio»; «único servicio de #Internet que te garantiza una conectividad sin límites, libre de caídas y saturación de red»; «todos tus dispositivos en simultáneo, sin saturación de servicio»; «cámbiate a la mejor velocidad de Internet y disfruta en casa de una conectividad sin límites»; «disfruta de todos tus dispositivos en simultáneo sin saturaciones en el servicio»; «dile adiós definitivamente a las redes saturadas»; «libre de caídas y saturación de red»; «100% estable y con una latencia muy baja»; y, «con Ultra: Liderando sin interrupciones con la mejor velocidad», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red, cuando ello no sería cierto;*
- *«el Internet premium más veloz»; «la mayor velocidad de Internet en TODOS tus dispositivos conectados en simultáneo sin interrupciones ni caídas»; «velocidad ultrarrápida: la más rápida de Lima»; «la mejor velocidad»; «todos tus dispositivos en simultáneo con la mejor velocidad»; «cámbiate a la mejor velocidad de Internet y disfruta en casa de una conectividad sin límites»; «la mejor velocidad para todos sus dispositivos»; «no te conformes con menos»; «el Internet más veloz del Perú»; y, «con Ultra: Liderando sin interrupciones con la mejor velocidad», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el más rápido del país, que permitiría utilizar todos los dispositivos en simultáneo con la mejor velocidad, cuando ello no sería cierto, debido a que otros operadores (como América Móvil y Telefónica) ofrecerían planes de internet para el hogar en tecnología de fibra óptica con una velocidad que alcanzaría los 1000 Mbps.*
- *«el mejor servicio de Internet para hogares»; «el mejor #Internet hogar»; «el mejor servicio de Internet para hogares»; «cámbiate al mejor Internet residencial»; «Cámbiate a Ultra y experimenta el*

mejor servicio de Internet para hogares»; «el mejor Internet residencial»; y, «mejor internet doméstico del país», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el mejor del país, cuando en realidad ello no sería cierto, debido a que las características del servicio de Optical (como la estructura, el hecho de conectar varios dispositivos a la vez y la velocidad) serían las mismas que tendrían otros servicios de internet fijo de fibra óptica.

- (ii) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que vendría difundiendo publicidad en la que afirmaría ser *«el único Internet por fibra óptica para hogares (...)*», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el único del país, cuando ello no sería cierto, debido a que existirían otros operadores (como América Móvil y Telefónica) que ofrecerían planes de internet utilizando fibra óptica.
- (iii) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que estaría difundiendo publicidad de su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica, a través de la red social YouTube, con testimonios que harían referencia a las experiencias que tendrían los consumidores respecto del uso de su servicio de internet (como que cuentan con un internet estable, en comparación con otros operadores; pueden conectar ilimitados dispositivos sin verse afectados en la velocidad o calidad del servicio de internet; acceden a una señal estable, que no se cae ni tiene problemas; cuentan con la mayor velocidad del mercado; utilizan el servicio de internet sin latencias; pueden conseguir tasas de transferencias muy altas con latencias bastante bajas), cuando dichos testimonios no se encontrarían sustentados en experiencias auténticas y recientes de los testigos.
- (iv) La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que estaría difundiendo, a través de la red social Instagram, un video cuyo contenido menoscabaría la imagen, el crédito, el prestigio y la reputación empresarial de la denunciante y de otros operadores en el mercado de telecomunicaciones, al contener expresiones ofensivas (insultos) en inglés respecto del servicio de internet brindado por sus competidores. Dichas expresiones no cumplirían con los requisitos de licitud contenidos en el numeral 11.2 del mencionado artículo.



En particular, la imputada, a través de un vocero, afirmó lo siguiente: *«Hace unos meses me cambié de un internet shitty a un internet amazing que es Ultra. (...) y solamente quiero decirles que [el internet de Ultra] es sickening (...). Entonces, si ustedes quieren saber más de esto o quieren que se los instalen o quieren simplemente ya mandar a todos a la shit y ser amazing y tener el mejor internet of Perú. Entonces, cámbiate a Ultra», «Nuestro amigo @joa_____ se unió a la familia @Ultrainternet.pe, y ahora su vida es otra gracias a que disfruta de la mejor velocidad. Tú también súmate a la #ConectividadSinLímites».*

- (v) La presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido publicidad consignando el cargo fijo mensual de sus planes en moneda extranjera sin consignarlos también en moneda nacional. Ello constituiría una inobservancia de lo establecido en el numeral 6.1 del artículo 6 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, que señala que *«en caso de que los precios de los productos o servicios se difundan o publiciten en moneda extranjera, los mismos se consignan también en moneda nacional, en caracteres y condiciones iguales (...)».*

5. El 15 de diciembre de 2021, Optical presentó sus descargos señalando lo siguiente:

Sobre la aplicación de eximentes y/o atenuantes de responsabilidad

- (i) Algunas de las presuntas conductas imputadas, como las señaladas en el punto (i)⁸ y (ii) del numeral 4 de la presente resolución, fueron subsanadas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador (el 13 de agosto de 2021⁹), dado que retiró las piezas publicitarias materia de imputación de su página web y redes sociales, por lo que respecto de dichas conductas corresponde que se le aplique el eximente de responsabilidad contemplado en el literal f) del artículo 257.1 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante TUO de la Ley 27444)¹⁰.

⁸ Con excepción de las frases *«conexión que nunca se satura»* y *«el Internet más veloz del Perú»*.

⁹ Fecha en que se le notificó la Resolución s/n del 22 de junio de 2021 que contiene la nueva imputación de cargos.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 – 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 caso de que se determine su responsabilidad por la comisión de las conductas infractoras señaladas en el párrafo anterior, así como de la señalada en el punto (iii) del numeral 4 de la presente resolución, de manera subsidiaria, formula su allanamiento sobre esas infracciones, lo que debe ser considerado como un atenuante de la sanción a imponer conforme a lo establecido en el literal a) del inciso 2 del TUO de la Ley 27444.

Sobre la imputación de cargos

- (iii) Pese a que la Secretaría Técnica de la Comisión ha realizado una nueva imputación de cargos, esta no resulta precisa, en tanto no identifica y/o detalla los anuncios que contendrían los mensajes publicitarios objeto de cuestionamiento imputados a título de cargo.
- (iv) Lo que el órgano instructor pretende es que la propia Optical en su calidad de imputada intuya, deduzca y organice los presuntos mensajes cuestionados y los anuncios en los cuales se encontrarían, lo que constituye una evidente vulneración al derecho de defensa.
- (v) A modo de ejemplo, no ha logrado identificar los anuncios que corresponderían a las frases «conexión que nunca se satura» o «el internet más veloz», razón por la cual la denuncia debería ser declarada improcedente en dichos extremos y ordenarse el archivo.

Respecto de la cuarta imputación por actos de denigración¹¹

- (vi) El anuncio en cuestión no hace alusión directa o indirecta a América Móvil u otras empresas, toda vez que no se menciona marca, color específico o característica del servicio que prestan de tal forma que los consumidores puedan establecer alguna relación al respecto.
- (vii) La estructura actual del mercado de internet fijo se encuentra conformada por varios competidores, por lo que tampoco existe una identificación inequívoca a alguno de ellos. Incluso, la publicidad en cuestión ha sido retirada de las redes sociales.

Respecto de la quinta imputación por infracción del principio de legalidad¹²

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.

¹¹ Al respecto, ver punto (iv) del numeral 4 de la presente resolución.

¹² Al respecto, ver punto (v) del numeral 4 de la presente resolución.

- (viii) América Móvil remitió a su empresa una carta notarial donde alertaba la omisión de consignar la tarifa de su servicio en moneda nacional, por lo que realizó una revisión y actualización de los anuncios vinculados a dicha omisión. Dicha modificación se realizó antes del inicio del procedimiento, por lo que se debe aplicar el eximente de responsabilidad por la subsanación de la conducta infractora.

Otros argumentos de descargos

- (ix) La Comisión debe considerar la mínima participación de Optical en el mercado, es decir, el alcance de las conductas presuntamente infractoras ha sido limitado y sin un efecto real en el mercado. Además, ha retirado las publicidades cuestionadas y ha capacitado a su personal con especialistas en materia de publicidad.
- (x) América Móvil también comete infracciones a las normas de competencia desleal de forma recurrente.
- (xi) No existe evidencia del carácter residual de los anuncios, por lo que no se cumplen con los requisitos necesarios para la publicación de un aviso rectificatorio.
6. El 16 de marzo de 2022, América Móvil absolvió los argumentos de descargo de Optical.
7. El 22 de marzo de 2022 se realizó una audiencia de informe oral ante la Comisión con la participación de los representantes de ambas partes del procedimiento.
8. El 4 de abril de 2022, Optical presentó un escrito adicional de alegatos reiterando sus argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento.
9. El 5 de abril de 2022, América Móvil presentó un escrito adicional de alegatos reiterando sus argumentos esgrimidos a lo largo del procedimiento.
10. Mediante Resolución 5 del 5 de abril de 2022, la Comisión suspendió la tramitación del procedimiento hasta que la Oficina de Estudios Económicos (en adelante la OEE) emita un informe sobre el beneficio económico que habría obtenido Optical por la comisión de las conductas infractoras materia de denuncia¹³.
11. Por Informe 115-2022-OEE/INDECOPI del 6 de septiembre de 2022 la OEE remitió a la Secretaría Técnica de la Comisión la propuesta de beneficio

¹³ Dicho acto fue notificado el 22 de abril de 2022 a ambas partes.

económico que habría obtenido Optical por la comisión de las presuntas conductas infractoras materia de denuncia¹⁴.

12. El 23 de septiembre de 2022, Optical presentó sus observaciones al Informe 115-2022-OEE/INDECOPI, elaborado por la OEE.
13. Mediante Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022, la Comisión resolvió lo siguiente¹⁵:
 - (i) Declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical 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 una campaña publicitaria, a través de distintos medios de comunicación, dando a entender a los consumidores que:
 - su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red, cuando ello no sería cierto; y,
 - su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país, cuando ello no sería cierto.

El sustento de la decisión fue que Optical reconoció la imputación de cargos formulada en su contra y, además, no presentó medio probatorio que sustente la veracidad de lo anunciado.

- (ii) Declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de legalidad, supuesto previsto en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que difundió publicidad consignando el cargo fijo mensual de sus planes en moneda extranjera sin consignarlo también en moneda nacional.

El sustento de la decisión fue que Optical, en efecto, omitió incluir el monto en moneda nacional del cargo fijo mensual de sus planes de Internet,

¹⁴ A través de la Resolución 6 del 13 de septiembre de 2022, la Comisión levantó la suspensión del procedimiento dispuesta en la Resolución 5.

¹⁵ La Comisión además dispuso que lo resuelto en la resolución debía ser cumplido en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que quedase consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

conforme lo exige el artículo 6.1 del Código de Protección y Defensa del Consumidor¹⁶.

(iii) Declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical 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 una campaña publicitaria, a través de distintos medios de comunicación, dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el mejor del país, cuando ello no sería cierto.

El sustento fue que dicho mensaje se consignó de forma genérica sin indicar un parámetro objetivo de medición que genere que los destinatarios de la campaña asuman que Optical tendría preeminencia respecto de otros operadores en el mercado;

- habría difundido publicidad en la que afirmaba ser «*el único Internet por fibra óptica para hogares (...)*», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica sería el único del país, cuando ello no sería cierto.

El sustento fue que el mensaje buscaba resaltar la preeminencia del servicio de internet fijo de fibra óptica de Optical mediante una mejor velocidad y no el mensaje imputado en este extremo.

(iv) Declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido, a través de la red social YouTube, testimonios que harían referencia a las experiencias que tendrían los consumidores respecto del uso de su servicio de Internet, pese a que no se encontrarían sustentados en experiencias auténticas y recientes de los testigos.

El sustento fue que en el anuncio no se identifica (nombre completo) a las personas que emitieron las declaraciones de su experiencia con el servicio de Optical ni resultan identificables por su fama o notoriedad, por lo que no resulta susceptible de calificar como publicidad testimonial.

¹⁶ Cabe indicar que este extremo de la resolución no fue materia de cuestionamiento en apelación en lo referido al fondo ni a la sanción impuesta, por lo que no constituye un punto controvertido que deba ser abordado ante esta instancia, en tanto ha quedado consentido.

- (v) Declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical 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, debido a que estaría difundiendo, a través de la red social Instagram, un video cuyo contenido menoscabaría la imagen, el crédito, el prestigio y la reputación empresarial de la denunciante y de otros operadores en el mercado de telecomunicaciones al contener expresiones ofensivas (insultos) en inglés respecto del servicio de internet brindado por sus competidores.

El sustento fue que un análisis superficial e integral del anuncio, no se advierte una alusión inequívoca que permita identificar de manera indubitable que se refiere al servicio prestado por América Móvil o, inclusive, al servicio de otro operador u operadores del mercado.

- (vi) Impuso a Optical las siguientes sanciones:
- Una multa de veintiocho punto cinco (28.5) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT) por la comisión de actos de engaño (campaña publicitaria), en aplicación del concurso ideal de infracciones;
 - Una sanción de amonestación por la comisión de la infracción al principio de legalidad.
- (vii) Ordenó en calidad de medida correctiva:
- El cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria en cuestión, en tanto Optical dé a entender a los consumidores que: (a) su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red; y, dicho mensaje no sea cierto; y, (b) su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país, y dicho mensaje no sea cierto.
 - El cese definitivo e inmediato del anuncio infractor, en tanto no cumpla con consignar el equivalente en soles de los precios expresados en moneda extranjera, en caracteres y condiciones iguales.
- (viii) Ordenó la inscripción de Optical en el Registro de Infractores creado por la Comisión.

- (ix) Ordenó a Optical el pago de costas y costos del procedimiento incurridos en el procedimiento a favor de América Móvil.
 - (x) Denegó el pedido de América Móvil para que se ordene la publicación de un aviso de rectificación.
14. El 31 de octubre de 2022, Optical apeló la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI con base en los siguientes argumentos:

Sobre los presuntos vicios de nulidad de la resolución impugnada

- (i) El numeral 10 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444¹⁷ establece como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de culpabilidad. Ello implica que por regla general la determinación de la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo que exista una ley que disponga lo contrario.
- (ii) De la revisión de la Ley de Represión de la Competencia Desleal no se aprecia que señale expresamente que en caso de infracción a sus disposiciones la responsabilidad sea objetiva.
- (iii) Pese a que correspondía que la Secretaría Técnica de la Comisión, al momento de imputar cargos, y la Comisión, al momento de resolver, analizaran el tipo de responsabilidad atribuida a Optical (ya sea subjetiva u objetiva), no efectuaron tal análisis.
- (iv) De tal forma que para que el órgano instructor y resolutor cumplieran con el principio de culpabilidad debían: (a) imputar claramente las conductas prohibidas a título de dolo o culpa; (b) comunicar a Optical dicha imputación a fin de que ejerza su derecho de defensa; y, (c) probar que la infracción fue cometida con dolo o negligencia. Sin embargo, ninguno de estos elementos fue considerado por dichos órganos, vulnerando el referido principio de culpabilidad.

Sobre la graduación de la sanción

- (v) Pese a que formuló observaciones al Informe 115-2022-OEE/INDECOPI, la Comisión no ha justificado jurídica, técnica y económicamente de forma adecuada y objetiva la denegatoria de dichas observaciones, lo

¹⁷

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.

que constituye una vulneración al deber de motivación de los actos administrativos. Asimismo, la Comisión no ha justificado las razones para incrementar el resultado de la multa, cuantificada inicialmente en **[CONFIDENCIAL]** UIT a 57 UIT; por el contrario, a diferencia de lo señalado por la Comisión, el servicio ofrecido por Ultra únicamente se presta en Lima Metropolitana y no a nivel nacional, por lo que el alcance y el impacto de la publicidad es menor al estimado por la autoridad.

- (vi) Para calcular el efecto de la infracción sobre las ventas de su empresa, se tomó en cuenta los estudios realizados por Chopra y Gupta, Murtaza y Gajashree y Anand; sin embargo, no se ha expuesto los criterios para elegir a dichos autores ni se explica las razones por las que no se tomó en cuenta otros estudios (como el de Assumpter) que presenta un porcentaje que resulta más favorable para Optical, y que evidencia la arbitrariedad en la selección de los autores.
- (vii) En el caso de la investigación realizada por Gajashree y Anand, los resultados se limitan a la incidencia de compra de teléfonos móviles y no al mercado de servicio de internet fijo. De la revisión del estudio realizado por Chopra y Gupta se observa que es el 46% de los encuestados quienes se vieron influenciados por las redes sociales y no 53.3% como señala la OEE.
- (viii) Los estudios considerados por la OEE responden, además, a realidades ajenas a la peruana. Por ejemplo, existe una investigación nacional denominada «*Estrategias de Marketing Digital en las Mypes y el Comportamiento de compra Post Pandemia en Perú*» que debió ser considerada, donde se señala que el 24% de los encuestados utiliza las redes sociales para realizar sus compras. Siendo así, considerando el porcentaje del estudio de Chopra y Gupta (46%), el porcentaje de Murtanza (47.5%), el porcentaje de Assumpter (25.3%) y el porcentaje de Lavanda Reyes (24%), se obtendría un promedio de 35.7%.
- (ix) A este porcentaje de cálculo 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, las cuales serían únicamente de **[CONFIDENCIAL]** según lo que su propia empresa ha identificado.
- (x) Adicionalmente, contrariamente a lo señalado por la Comisión, la publicidad en cuestión no ha tenido un impacto significativo, pues no se ha viralizado en redes sociales, lo que se evidencia en la baja cantidad de *likes*. En resumen, el cálculo correcto de la multa debería ascender únicamente a **[CONFIDENCIAL]** UIT al cual, además, se le debe aplicar la reducción del 50% por el reconocimiento de la infracción.

Sobre la medida correctiva

- (xi) Ha retirado la publicidad cuestionada antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador seguido en su contra, por lo que la autoridad debe tener por cumplidas las medidas correctivas impuestas.
 - (xii) Finalmente, solicita que se declare la confidencialidad, de forma indefinida, de la información presentada en su recurso de apelación relativa a la cantidad de anuncios difundidos, así como sus ingresos brutos, su margen de utilidad, el factor de ajuste del efecto de las publicidades infractoras y el presunto beneficio ilícito que habría percibido.
15. El 2 de noviembre de 2022, América Móvil apeló la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI con base en lo siguiente:

Sobre el allanamiento de Optical

- (i) Pese a que Optical no ha demostrado la veracidad de sus afirmaciones publicitarias y, además, se ha allanado a los hechos denunciados, la Comisión, de forma inexplicable, ha declarado infundada en parte la denuncia.

Con relación al mensaje «el mejor internet para el hogar»

- (ii) No es lo mismo ofrecer el «mejor internet» de forma aislada que ofrecer el mejor internet de manera conjunta y simultánea a la difusión de anuncios en los que se promociona un servicio de internet libre de caídas e interrupciones, por lo que Optical ha objetivizado sus afirmaciones. Contrariamente a lo señalado por la Comisión, las frases difundidas por Optical sí engloban un mensaje objetivo y comprobable cuya veracidad debe ser demostrada.
- (iii) La Comisión omitió evaluar el contenido del video publicado el 16 de julio de 2020 a través de la plataforma YouTube donde el director de Optical, el señor Emilio Lozano, se presenta ante el público afirmando que su servicio es el mejor internet doméstico del país.

Con relación a la frase «el único internet de fibra óptica»

- (iv) Optical se allanó a la imputación, lo que demuestra que no cuenta con documentación probatoria alguna que sustente su afirmación. No obstante, la Comisión resolvió que no existiría engaño dado que el mensaje difundido buscaba resaltar la preeminencia del servicio de

internet fijo de fibra óptica con una mejor velocidad y no que Optical se haya presentado como el único internet de fibra óptica.

- (v) Si se tiene en cuenta el criterio adoptado por la Comisión, lo que correspondía era imponer una sanción adicional por esta frase que no fue considerada al graduar la multa por el mensaje engañoso referido a «la mejor velocidad».

Con relación a la publicidad testimonial difundida

- (vi) Parte de la campaña publicitaria materia de denuncia fue la difusión de testimonios en redes sociales con declaraciones objetivas que refuerzan los mensajes engañosos publicitados por Optical a fin de fomentar el interés de los consumidores respecto del servicio ofrecido por la denunciada.
- (vii) A diferencia de lo señalado por la Comisión, de la revisión de los anuncios se observa que los testigos sí están identificados, pues el hecho de no incluir los apellidos de ninguna forma altera la percepción de los consumidores, esto es, que el testimonio corresponde a una persona real que está narrando su propia experiencia y no al guion de un actor contratado.

Con relación a los actos de denigración

- (viii) A través de un video publicado en Instagram, Optical difundió publicidad donde transmite el mensaje de ser el *non plus ultra* de los servicios del internet para el hogar, pero, además y sin mayor reparo, emplea adjetivos ofensivos e inaceptables para referirse a sus competidores.
- (ix) Optical transmitió el mensaje de que cualquier otro operador que no sea su empresa ofrece un servicio de internet para el hogar «shitty» o «de porquería», por su traducción al español, presentando así su oferta en contraposición con la tecnología de internet fijo preexistente en el mercado: la tecnología HFC o cablemódem.
- (x) Actualmente Telefónica y América Móvil son los principales operadores de la tecnología HFC en el mercado, por lo que los consumidores identificarán de forma indiscutible que el anuncio se refiere a estas empresas. Por tanto, contrariamente a lo señalado por la Comisión, el anuncio sí alude inequívocamente a los principales operadores que ofrecen la tecnología HFC.

Con relación a la graduación de la sanción

- (xi) Las modificaciones y/o retiro de algunas de las piezas publicitarias cuestionadas por parte de Optical no fueron voluntarias ni como demostración de buena fe, sino que se efectuaron luego de que América Móvil remitiera la carta notarial de julio de 2020, es decir, luego de que fue descubierta.
- (xii) Por tanto, no corresponde la aplicación de la figura de eximente o atenuante de responsabilidad. Tampoco corresponde aplicar la figura del allanamiento, pues Optical formuló argumentos de defensa y solicitó la invalidez de la imputación de cargos, lo que implica una renuncia al reconocimiento o aceptación de responsabilidad.
- (xiii) Debería considerarse como agravantes de la sanción el hecho de que Optical: (a) ha esgrimido una defensa que no ha facilitado la resolución del caso; (b) las infracciones fueron cometidas con conciencia y voluntad; (c) los atributos a los que se refiere la publicidad son justamente los que toma en cuenta un consumidor para escoger un servicio de internet; (d) no ha tomado ninguna medida para revertir los efectos residuales de su conducta; y, (e) no ha cumplido con atender los requerimientos de información de la primera instancia al omitir señalar la cantidad, frecuencia y período de difusión de los anuncios.

Con relación a la medida correctiva

- (xiv) La Comisión desestimó la medida correctiva solicitada por América Móvil referida a la publicación de avisos rectificatorios bajo el sustento de que no advertía un efecto residual en los consumidores. Sin embargo, se advierte una contradicción pues cuando desestimó la subsanación de la conducta infractora reconoció la existencia de un efecto residual.
 - (xv) Existen numerosas herramientas para medir la difusión y el impacto de las campañas publicitarias en redes sociales o canales digitales. Siendo así, se debe considerar factores como el incremento visible de la marca, orientar el comportamiento del público, llegar a más usuarios, entre otros.
 - (xvi) Finalmente, solicitó el uso de la palabra.
16. El 2 de marzo de 2023, Optical absolvió los argumentos de apelación de América Móvil reiterando lo señalado durante el procedimiento.
17. Mediante Requerimiento 011-2023/SDC del 17 de marzo de 2023, la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) le requirió a América Móvil que presente la información contenida en el Anexo 1-K de su denuncia.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

18. En la misma fecha, América Móvil absolvió el requerimiento formulado por la Secretaría Técnica de la Sala.
19. El 10 de julio de 2023, la Sala -a través de su Secretaría Técnica- convocó a América Móvil y a Optical a una audiencia de informe oral, la cual se programó para el 20 de julio de 2023.
20. El 17 de julio de 2023, América Móvil presentó un escrito designando a sus representantes que participarían en el informe oral. Adicionalmente, proporcionó tres (3) correos electrónicos para el envío del enlace de invitación para la referida audiencia y solicitó que se declare la confidencialidad de dicha información.
21. El 20 de julio de 2023 se llevó a cabo la audiencia de informe oral convocada ante la Sala, con la participación de los representantes de América Móvil y Optical. En dicha audiencia, América Móvil y Optical reiteraron sus argumentos señalados a lo largo del procedimiento y, adicionalmente, esta última agregó lo siguiente:
 - (i) Sobre los presuntos actos de engaño declarados infundados por la Comisión¹⁸, los argumentos formulados por América Móvil carecen de sustento pues los hechos denunciados consisten en afirmaciones subjetivas. Además, en pronunciamientos anteriores la Sala ha señalado que la frase «*el mejor*» es genérica, es decir, no tiene un parámetro objetivo y unívoco de comprobación.
 - (ii) Sobre la publicidad testimonial, de acuerdo con el literal j) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el requisito previo para analizar una publicidad como testimonial es que el testigo sea identificado o resulte identificable. América Móvil pretende forzar el contenido del tipo infractor, pues dicho supuesto no se cumple en la publicidad cuestionada.
 - (iii) Sobre los presuntos actos de denigración, no hay elementos probatorios que sustenten la presunta alusión indirecta e inequívoca a América Móvil. El solo hecho de que exista una estructura oligopólica en el mercado de operadores de servicios de internet no es suficiente para determinar tal alusión indirecta, sino que deben existir elementos adicionales que permitan identificar ello.
 - (iv) Según la Comisión, la publicidad habría tenido alcance nacional; sin embargo, la publicidad en cuestión ha sido difundida a través de redes sociales únicamente en Lima.

¹⁸ Ver punto (iii) del numeral 13 de la presente resolución.

22. El 31 de julio de 2023, América Móvil y Optical presentaron escritos con sus alegatos finales, donde reiteraron sus argumentos expresados durante la audiencia de informe oral.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

23. De acuerdo con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar lo siguiente:
- (i) Si corresponde declarar la confidencialidad de la información presentada por Optical y América Móvil;
 - (ii) si la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI adolece de algún vicio que acarree su nulidad;
 - (iii) si Optical incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de engaño;
 - (iv) si Optical incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de denigración;
 - (v) si Optical incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de legalidad;
 - (vi) de ser el caso, si corresponde confirmar las sanciones, la medida correctiva y el mandato de pago de las costas y costos impuestas a Optical; y,
 - (vii) si corresponde ordenar a Optical la publicación de un aviso rectificatorio.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre las solicitudes de confidencialidad

24. De acuerdo con el artículo 40.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, las partes pueden solicitar a la autoridad administrativa que declare la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de: (i) un secreto empresarial, (ii) información que afecte la intimidad personal o familiar, (iii) información cuya divulgación podría perjudicar a su titular, así como, (iv) información prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹⁹.

¹⁹

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40.- Información confidencial.-

40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en

25. La facultad antes señalada se sustenta en el hecho de que, durante la tramitación de los procedimientos en materia de competencia desleal, es posible que los administrados tengan la necesidad de presentar información cuya divulgación podría afectar su posición competitiva o su intimidad personal y familiar²⁰. Por ende, el ordenamiento jurídico dota a las partes de un mecanismo para solicitar a la autoridad que se declare la confidencialidad de dicha información, de manera que las demás partes del procedimiento, así como terceros, no puedan acceder a estos documentos²¹.
26. Entre la información que puede declararse confidencial están los secretos comerciales e industriales²². El secreto comercial es aquella información cuya

general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.
(...)

20 **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**

(...)

2. Información confidencial

2.1. Puede declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI o aquella información copiada por el INDECOPI en el curso de sus actividades de supervisión, fiscalización y/o investigación, cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero del que el aportante la hubiere recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información.

(...)

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

Artículo 40.- Información confidencial.-

(...)

40.3.- Sólo podrán acceder a la información declarada bajo reserva los miembros de la Comisión y los vocales del Tribunal, sus Secretarios Técnicos y las personas debidamente autorizadas por estos que laboren o mantengan una relación contractual con el INDECOPI.

40.4.- En los casos en que la Comisión o el Tribunal concedan el pedido de reserva formulado, tomarán todas las medidas que sean necesarias para garantizar la reserva y confidencialidad de la información.

(...)

DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI

(Modificada por la Directiva 002-2017-TRI-INDECOPI)

I. Disposiciones Generales

(...)

2. Información confidencial

(...)

2.2 Cuando se declare confidencial la información, esta será de uso exclusivo de los funcionarios encargados del trámite del procedimiento. Dicha información no podrá ser puesta en conocimiento de las demás partes del procedimiento ni de terceros.

(...)

22 **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**

(Modificada por la Directiva 002-2017-TRI-INDECOPI)

IV. Disposiciones Generales

(...)

3. Información confidencial.

2.1. (...).

Puede también declararse confidencial aquella información que sea considerada reservada o confidencial por Ley. Entre éstas:

(...)

c) La información protegida por la respectiva regulación del secreto bancario, tributario, comercial, industrial, empresarial, tecnológico y bursátil.

Se considerará lo siguiente:

importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a ella.

27. El numeral 40.2 del artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²³ precisa que la solicitud de confidencialidad de un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida siempre que se cumplan con los siguientes requisitos:
- (i) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado.
 - (ii) Que las personas que tengan acceso a dicho conocimiento posean la voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello.
 - (iii) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.
28. Por otra parte, el numeral 40.7 del artículo 40 de la citada norma también señala que la autoridad puede declarar de oficio la reserva de la información vinculada a la intimidad personal²⁴.
29. Al respecto, la Directiva 001-2008/TRI-INDECOPI, Directiva sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los Órganos Funcionales del Indecopi (en adelante la Directiva) dispone en su numeral 2.1 que podrá declararse confidencial aquella información presentada por las partes cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero de quien el aportante la hubiere recibido, u

Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a la empresa;

Secreto industrial: conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general, o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros.

(...)

23

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40.- Información confidencial. -

(...)

40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

(...)

24

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 40.- Información confidencial.-

(...)

40.7.- La autoridad podrá declarar de oficio la reserva de información vinculada a la intimidad personal o familiar o que ponga en riesgo la integridad física de éstas.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información²⁵.

30. De esta manera los incisos a) y b) del numeral 2.1 de la Directiva señalan que, puede declararse como confidencial la información referida a datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar de las partes involucradas en un procedimiento, así como la información proveniente de terceros cuya divulgación podría ocasionar perjuicio a alguna de las partes²⁶.

a) Sobre la solicitud de confidencialidad formulada por Optical

31. En el presente caso, Optical solicitó la confidencialidad de la información presentada en su recurso de apelación referida a un cuadro que contiene la cantidad de anuncios difundidos en redes sociales, así como información sobre sus ingresos y margen de utilidad. De acuerdo con Optical, se trata de información sensible y de alto valor para su empresa que, de ser revelada, podría ser aprovechada indebidamente por sus competidores generándole un perjuicio y/o una desventaja en el mercado.

32. Al respecto, de la revisión de la información en cuestión se advierte que versa sobre un objeto determinado: un cuadro que sistematiza la cantidad de anuncios difundidos en redes sociales (desagregados por cada red social) durante el período infractor, así como información sobre las ventas obtenidas por Optical durante dicho período, el cálculo porcentual del factor de ajuste propuesto por Optical para la determinación de la sanción aplicable y su margen de utilidad operativa. Dicha información, tal como ha sido presentada, no ha

²⁵ **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**

(...)

2. Información confidencial

2.1. Puede declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI o aquella información acopiada por el INDECOPI en el curso de sus actividades de supervisión, fiscalización y/o investigación, cuya divulgación implique una afectación significativa para el titular de la misma o un tercero del que el aportante la hubiere recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor del aportante de la información.

(...)

²⁶ **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. DIRECTIVA SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**

(...)

2. Información confidencial

2.1. (...)

Puede también declararse confidencial aquella información que sea considerada reservada o confidencial por Ley. Entre éstas:

a) La información referida a los datos personales cuya publicidad constituya una invasión de la intimidad personal y familiar de las partes involucradas en un procedimiento. La información referida a la salud personal, se considera comprendida dentro de la intimidad personal.

b) Información proveniente de terceras personas ajenas al procedimiento de investigación, cuya divulgación sin previa autorización podría ocasionar perjuicios a alguna de las partes.

(...)



sido revelada durante el procedimiento, por lo que la imputada busca evitar su difusión a través de la solicitud de confidencialidad.

33. Además, la Sala observa que la divulgación de esta información podría revelar aspectos sensibles de Optical como su estrategia de *marketing* y publicidad (número de anuncios publicitarios difundidos durante un determinado período), así como información sobre su actividad económica (nivel de ventas y margen de utilidad)²⁷, lo que podría brindar una ventaja competitiva a terceros. Adicionalmente, de la revisión de esta información se advierte que, por su naturaleza, no es pasible de ser resumida de forma no confidencial.
34. En tal sentido, dado que dicha información ostenta un valor comercial, corresponde declarar la confidencialidad de la referida información presentada por Optical.
- b) Sobre la solicitud de confidencialidad formulada por América Móvil
35. En el presente caso, mediante el escrito del 17 de julio de 2023, América Móvil solicitó a la Sala que declare la confidencialidad de la información relacionada con tres (3) correos electrónicos de sus colaboradores, proporcionados por dicho administrado para el envío del enlace de la invitación para participar en el informe oral, debido a que se trataría de información proporcionada únicamente para efectos del presente procedimiento y, además, consistirían en datos personales.
36. Al respecto, la Sala observa que la información presentada por América Móvil respecto de la cual solicita su confidencialidad (correos electrónicos) tiene carácter confidencial de acuerdo con lo previsto en los literales a) y b) del numeral 2.1 de la Directiva, siendo que esta información, además, corresponde a personas ajenas al presente procedimiento, por lo que su divulgación de forma no autorizada por sus titulares podría ocasionarles un perjuicio. Adicionalmente, de la revisión de esta información se advierte que, por su naturaleza, no es pasible de ser resumida de forma no confidencial.
37. En tal sentido, en virtud de lo establecido en el artículo 40.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y los incisos a) y b) del artículo 2.1 de la Directiva, dicha información califica como información confidencial por lo que corresponde declararla como tal.

III.2. Sobre la presunta vulneración del principio de culpabilidad

²⁷ Cabe agregar que esta información fue empleada por la imputada para calcular el factor de ajuste, con el objeto de realizar una estimación de la eventual multa que podría resultar aplicable (en caso de que la Sala determinara su responsabilidad).



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

38. En apelación, Optical alegó que el numeral 10 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444²⁸ establece como uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa el de culpabilidad. Ello, a su criterio, implica que por regla general la determinación de la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo que exista una ley que disponga lo contrario.
39. La apelante añadió que la Ley de Represión de la Competencia Desleal no establece expresamente que la responsabilidad por infringir sus disposiciones sea objetiva. Por tanto, a decir de Optical, la Secretaría Técnica de la Comisión, al formular la imputación de cargos, debía identificar claramente las conductas prohibidas a título de dolo o culpa y comunicar a Optical dicha imputación a fin de que ejerza su derecho de defensa, mientras que la Comisión, al emitir su pronunciamiento final, debía acreditar el dolo o culpa al incurrir en las infracciones imputadas. Sin embargo, estos elementos no fueron tomados en cuenta, vulnerándose el principio de culpabilidad.
40. Al respecto, de una lectura del inciso 10 del artículo 248 del TUO de la Ley 27444, 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 objetiva.
41. En materia de competencia desleal, el artículo 7.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que para determinar la existencia de un acto de competencia desleal no es necesario acreditar la conciencia o voluntad del agente infractor²⁹. En ese sentido, según la ley especial que rige el procedimiento sancionador en materia de competencia desleal, la responsabilidad administrativa es objetiva.
42. En consecuencia, contrariamente a lo señalado por Optical en su apelación, no resulta relevante determinar la concurrencia de dolo o culpa al evaluar la existencia de los presuntos actos de competencia desleal imputados a dicho agente, por lo que corresponde desestimar este argumento.

III.3. Sobre los actos de engaño

²⁸ **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:
(...)

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

²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 7.- Condición de ilícitud. -

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

(...)

III.3.1. Marco normativo

43. Los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño se encuentran previstos en el artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, según los siguientes términos:

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.

(...)

(Subrayado añadido)

44. Como se puede apreciar, estos actos de engaño consisten en conductas realizadas por agentes económicos que 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 o beneficios que presentan los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, es decir, conductas contrarias al principio de veracidad.
45. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la citada norma no es absoluto, sino que se limita a aquellos supuestos en los que la publicidad evaluada trasmita un mensaje objetivo.
46. Así, los numerales 3 y 4 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁰ disponen que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante, quien debe contar con las pruebas que acrediten la veracidad de tales afirmaciones con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa³¹.

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

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.

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.

³¹ El deber de sustanciación previa implica que, en un procedimiento 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 potencialmente ciertas.

47. Sobre el particular, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la palabra «objetivo» como aquello *«perteneiente o relativo al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir»*³².
48. A partir de lo antes expuesto, se desprende que el adjetivo «objetivo» puede atribuirse a aquello inherente al objeto, que lo hace independiente de quien lo diga. Por ejemplo, para hacer referencia a las características «objetivas» de una casa, se puede indicar el número de metros cuadrados que esta ocupa, la altura (en metros) de la construcción edificada, el tipo de material empleado para su construcción, entre otros. Como se aprecia, todas estas características inherentes al objeto no varían en función de la opinión que cada destinatario del mensaje pueda tener y pueden ser comprobadas sin dejar espacio a la discrecionalidad o, peor aún, a la arbitrariedad³³.
49. Cabe indicar que, en estos casos, el elemento objetivo del mensaje se encuentra presente o se desprende del propio anuncio, lo cual permite que, de manera **unívoca**, se pueda comprobar su veracidad.
50. Por tanto, en el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (principio de veracidad) aquellas expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas. La regla en mención obedece a que solo respecto a las afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas, se puede exigir al anunciante el cumplimiento del deber de sustanciación previa, debiendo proporcionar los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores.
51. A manera de ejemplo³⁴, se pueden mencionar las siguientes afirmaciones subjetivas: *«El mejor jugador de fútbol del año 2022»* o *«El mejor restaurante de Lima»*:
- (i) Con respecto a la primera afirmación, no existe un parámetro unívoco de comprobación: podría considerarse la cantidad de goles anotados, el

³² Ver: <https://dle.rae.es/objetivo> (consultada el 3 de agosto de 2023).

³³ A manera de ejemplo se presentan las siguientes afirmaciones publicitarias de carácter objetivo:

*«La pastilla milagrosa, reduce **3 kilogramos de peso en 1 semana**.»* El anuncio contiene, en sí mismo, los elementos que lo hacen objetivo, estos son: el peso y el tiempo.

*«El automóvil más veloz, **acelera de 0 a 100 km/h en tan solo 3.8 segundos**.»* El anuncio contiene a los elementos que lo hacen objetivo: la aceleración que alcanza (100 km/h) en un determinado periodo (3.8 segundos).

*«La mejor tasa de interés del mercado. **12% de Tasa de Interés Efectiva Anual**.»* En este caso, el elemento objetivo de la afirmación es la tasa de interés que se ofrece y el periodo.

³⁴ El ejemplo citado ha sido considerado en pronunciamientos anteriores emitidos por la Sala. Al respecto ver Resolución 044-2021/SDC-INDECOPI del 16 de marzo de 2021 y Resolución 124-2022/SDC-INDECOPI del 23 de agosto de 2022.

número de títulos obtenidos durante una temporada, el número de camisetas vendidas, entre otros elementos.

- (ii) En relación con la segunda afirmación se pueden encontrar múltiples factores a considerar, como -por ejemplo- la cantidad de estrellas *Michelin*³⁵, la relación precio-calidad de sus platos, lo que diga una revista especializada o la voz autorizada de un famoso cocinero.

52. A partir de lo anterior, se evidencia que las afirmaciones subjetivas antes descritas no hacen referencia expresa al parámetro objetivo con el que se pueda comprobar su veracidad ni es posible determinar este parámetro objetivo de manera implícita, dado que no existe un criterio objetivo unívoco con el que pueda comprobarse la veracidad de su afirmación.

53. En efecto, en la medida de que no existe un criterio unívoco de medición, cada persona podrá determinar el que, a su parecer, es el mejor jugador de fútbol o el mejor restaurante. No existe fundamento objetivo alguno para sostener que uno de estos criterios deba primar sobre los otros, por lo que se tratará necesariamente de opiniones, algunas de estas posiblemente fundamentadas, pero no por ello dejan de ser opiniones subjetivas, puntos de vista de personas o incluso de instituciones.

54. Conforme a lo expuesto, estaremos ante una afirmación objetiva, sujeta al principio de veracidad, cuando se cumplan alguna de estas dos condiciones:

- (i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o,
- (ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un **parámetro objetivo y unívoco**.

55. Por otra parte, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal³⁶ establece las pautas de enjuiciamiento e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y

³⁵ La guía Michelin es el nombre con el que se le conoce a una serie de guías turísticas que se publican cada año por la editora francesa «*Michelin Éditions du Voyage*». Esta publicación es una de las guías europeas, de hoteles y restaurantes, más antiguas y reconocidas a nivel internacional. Tener una estrella Michelin suele ser sinónimo de prestigio en este rubro.

Para más información, se puede acceder al siguiente enlace: <https://guide.michelin.com/es/es/articulo/features/que-es-una-estrella-michelin> (visitada el 3 de agosto de 2023).

³⁶ **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.

teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, esto es, captando el referido mensaje en su conjunto y sin efectuar una evaluación detenida de la publicidad, sino mediante una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.

56. Asimismo, debe recordarse que quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante para delimitar el mensaje de la expresión publicitaria³⁷.

III.3.2. Aplicación al caso concreto

- A. Sobre los presuntos actos de engaño imputados en el punto (i) del numeral 4 de la presente resolución

- A.1. Descripción de la campaña publicitaria a través de la cual se habrían difundido los presuntos actos de engaño imputados³⁸

- **En Instagram**



³⁷ En el trabajo de Godin – Hoth se señala sobre el particular lo siguiente: «*al interpretar el anuncio se debe asimismo dejar a un lado la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario anunciante (...). Por el contrario, el anuncio y demás expresiones publicitarias son imputadas al anunciante tal y como el público las interpreta, no en el sentido en que el anunciante las entiende o hubiera querido entenderlas*». GODIN - HOTH, Wettbewerbsrecht, Berlín, 1957, párrafo 3, anotación 5, pág. 93, cita extraída de: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. «La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias». En: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Madrid: Universidad Santiago de Compostela, 1999, p. 74.

³⁸ De acuerdo con la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, los anuncios que conforman la campaña publicitaria se encuentran en el Anexo 1-D y Anexo 1-I que se encuentran dentro del Anexo 1-K del escrito de denuncia, así como las imágenes consignadas en el mismo escrito de denuncia.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

ultrainternet.pe • Seguir

ultrainternet.pe Conoce nuestra cobertura, donde podrás disfrutar de una verdadera experiencia en #ConectividadSinLimites, 100% fibra óptica dedicada con hasta 1 Gb de ancho de banda. ¿Por qué conformarte con menos? ¡Cámbiate a @ultrainternet.pe! Porque con Ultra #LaRedEsTuya

Solicítalo aquí desde el enlace que aparece en nuestra bio 📍

3 d

fpvelazco Cuando llegaran a todo el país ????

1 d Responder

32 Me gusta
HACE 3 DÍAS

Agrega un comentario... Publicar

ultrainternet.pe • Seguir

ultrainternet.pe Con @ultrainternet.pe, disfruta de todos tus dispositivos en simultáneo sin saturaciones en el servicio. Cámbiate al mejor #InternetHogar.

#1000Mbps
#ConectividadSinLimites

2 sem

claudio_chueca_04 También quisiera saber si la cobertura llega hasta el distrito de San Borja

2 sem 1 Me gusta Responder

Ver respuestas (1)

22 Me gusta
10 DE AGOSTO

Agrega un comentario... Publicar

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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

SÉ EL NÚMERO UNO CON LA MEJOR VELOCIDAD

CONECTA SIN LÍMITES TU ESTILO DE VIDA

ultrainernet.pe • Seguir

ultrainernet.pe ¡Ya te cansaste de que tus juegos se lagoon por culpa del #Internet lento? Jugar con velocidad y fluidez es posible. Gracias al ancho de banda de hasta 1GB de Ultra, obtendrás la #ConectividadSinLímites que te hará subir de nivel sin problemas. 🎮 Solicítalo desde el enlace que aparece en nuestra bio. 📲

#gamers #gaming #videogames #winner #game #gamer

4 sem

20 Me gusta 30 DE JULIO

Agrega un comentario... Publicar

• En Facebook

facebook.com/Ultrainernetpe/

Facebook

Ultra
@Ultrainernetpe · Empresa de internet

Inicio Vídeos Fotos Información Más

Información Ver todo

Lima, Perú

Proveedor de servicios de Internet por fibra óptica. El Internet más veloz del Perú con plan de hasta 1000 Mbps y un servicio de atención de clase mundial.

3.920 personas les gusta esto, incluidos 2 de tus amigos

4.207 personas siguen esto

<http://www.ultra.pe/>

Nivel de respuesta alto a los mensajes

Enviar mensaje

contacto@ultra.pe

Cerrado ahora 09:00 - 18:00

PUBLICACIÓN FUADA

Ultra 25 de julio a las 20:07

Nuestros clientes ya disfrutan de una conectividad sin límites con la mejor velocidad para todos sus dispositivos. No te conformes con menos y descubre un servicio de #Internet de clase mundial. Cámbiate al mejor Internet residencial <https://bit.ly/2BmUT9W>

#1000Mbps #InternetHogar

Home

Library

Friends

Unreal Engine

Fortnite

Download 48.9MB/s

Read 0.00B/s

Write 245MB/s

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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

Ultra

17 de julio · 🌐

Con la velocidad de internet y la conectividad sin límites de #Ultra, garantizas tu aprendizaje en todo momento. Te conectarás a tus clases virtuales desde plataformas como #Zoom, #GoogleMeet o #MicrosoftTeams con la seguridad de poder realizar actividades en simultáneo.

ASEGURA TU APRENDIZAJE CON LA MEJOR VELOCIDAD

ULTRA.PE

📄 ¿Qué velocidad de internet necesito para clases virtuales? | ULTRA

Descubre cual es la mejor velocidad de Internet para garantizar tu aprendizaje y conectarte a t...

👍❤️👍 12 19 comentarios

Me gusta Comentar Compartir

Más relevantes ▾

Escribe un comentario...

Ver comentarios

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

35/82

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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

• **En YouTube**



ULTRA INTERNET
118 suscriptores

SUSCRIBIRSE

PÁGINA PRINCIPAL VIDEOS LISTAS DE REPRODUCCIÓN CANALES DEBATE ACERCA DE



El mejor Internet para hogares. 100% fibra óptica dedicada
212 vistas · Hace 1 mes

Nuestros clientes ya disfrutan de una conectividad sin límites con la mejor velocidad para todos sus dispositivos. No te conformes con menos y descubre un servicio de Internet de clase mundial.

- ✓ 100% fibra óptica dedicada, punto a punto.
- ✓ Hasta 1000 Mbps de velocidad y 1 Gb de ancho de banda.

MÁS INFORMACIÓN



Ultra, ¿Por qué es el mejor #Internet domiciliario del país?

472 visualizaciones · 16 jul. 2020

19 1 COMPARTIR GUARDAR ...



ULTRA INTERNET
98 suscriptores

SUSCRIBIRSE

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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

ULTRA INTERNET
98 suscriptores SUSCRIBIRSE

Nuestro director, Emilio Lozano, explica en el siguiente video qué características definen nuestro servicio y por qué es un producto de categoría premium, con el que es posible una [#ConectividadSinLimites](#).

MOSTRAR MENOS

ULTRA INTERNET
98 suscriptores SUSCRIBIRSE

Nuestros clientes ya disfrutan de una conectividad sin límites con la mejor velocidad para todos sus dispositivos. No te conformes con menos y descubre un servicio de Internet de clase mundial. Cámbiate al mejor Internet residencial.

MOSTRAR MENOS

- **En sitio web**



M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

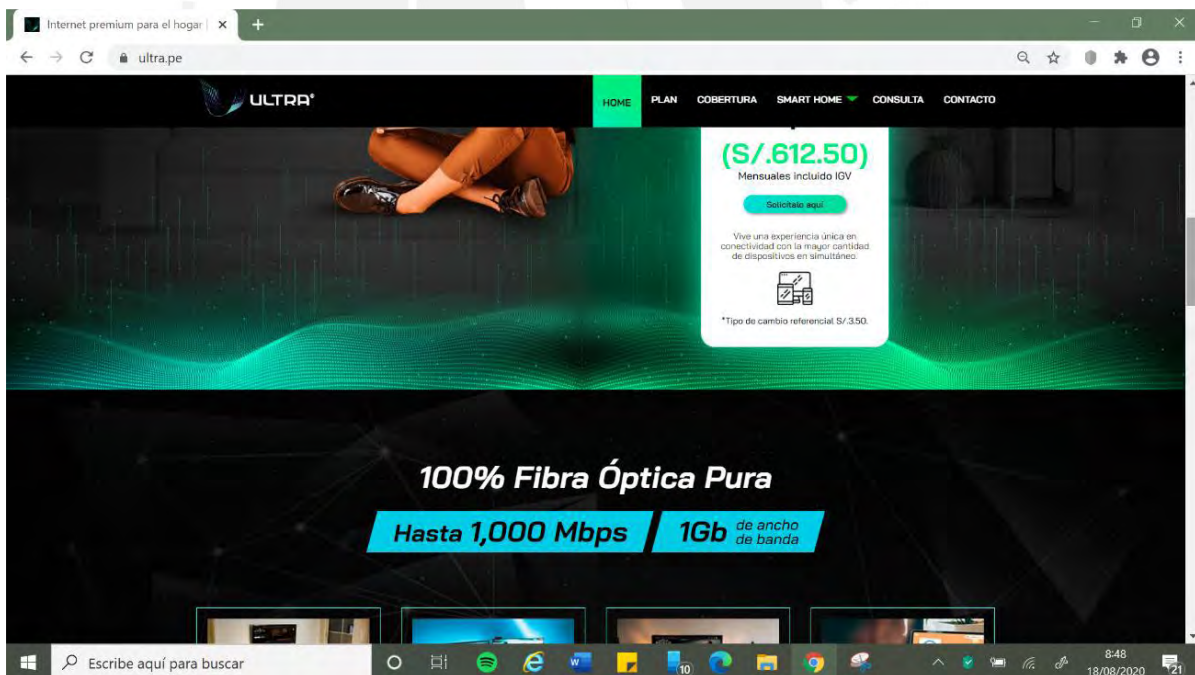
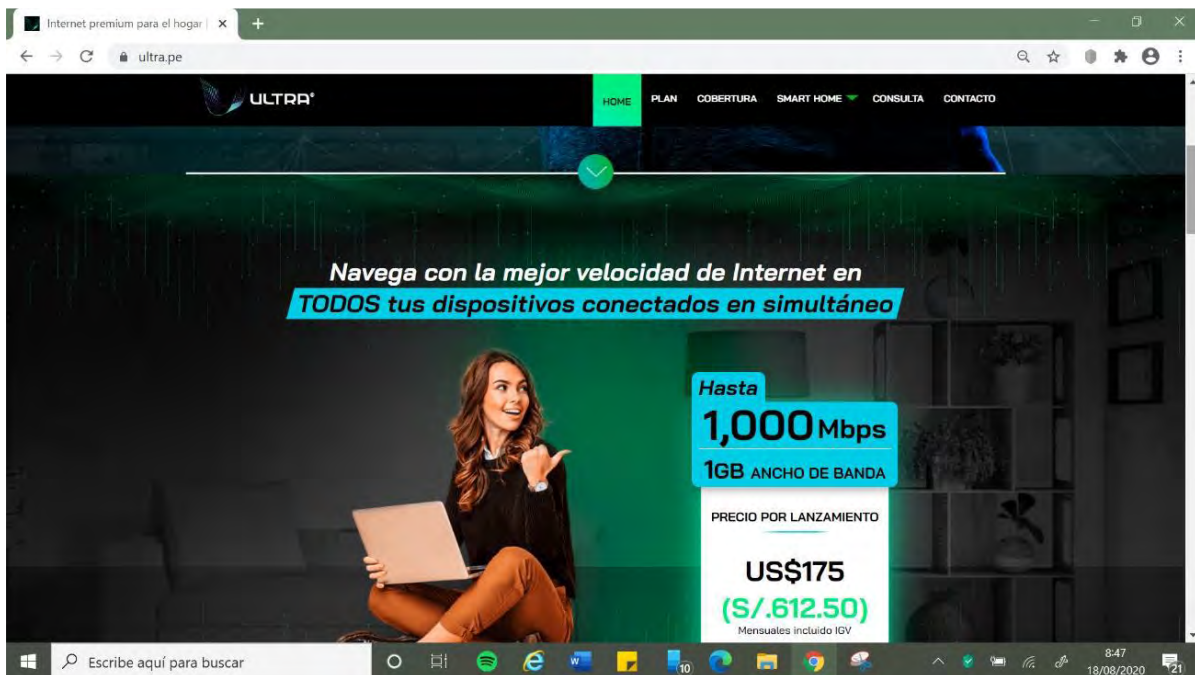
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

38/82

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

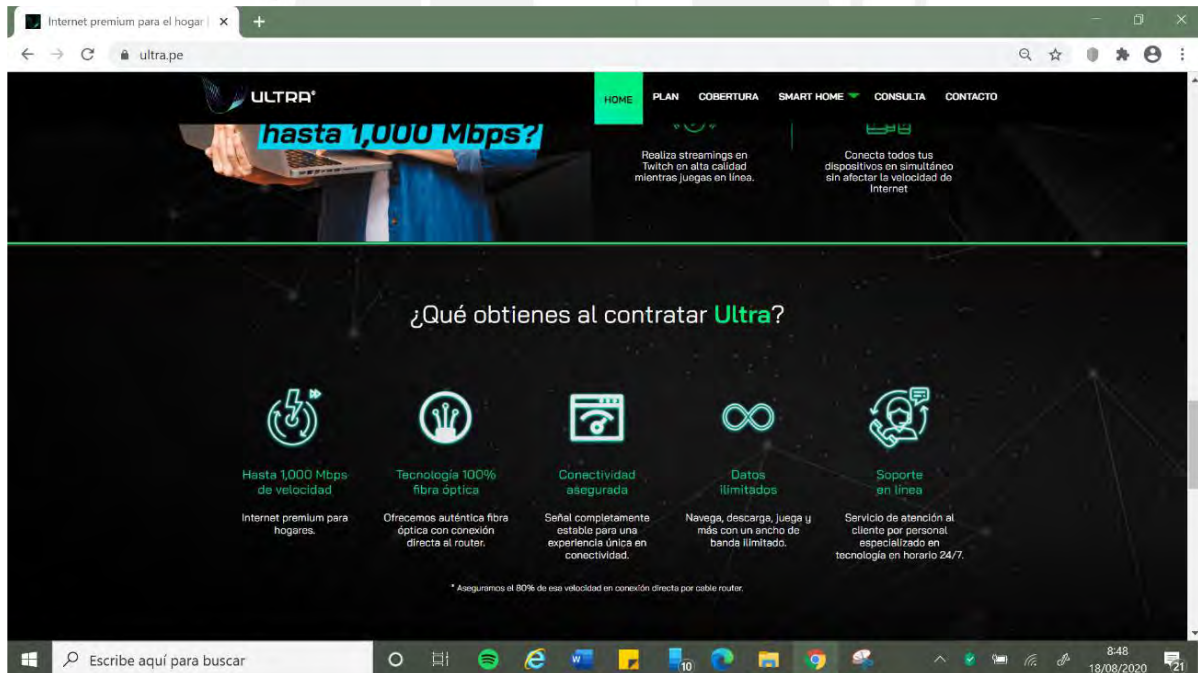
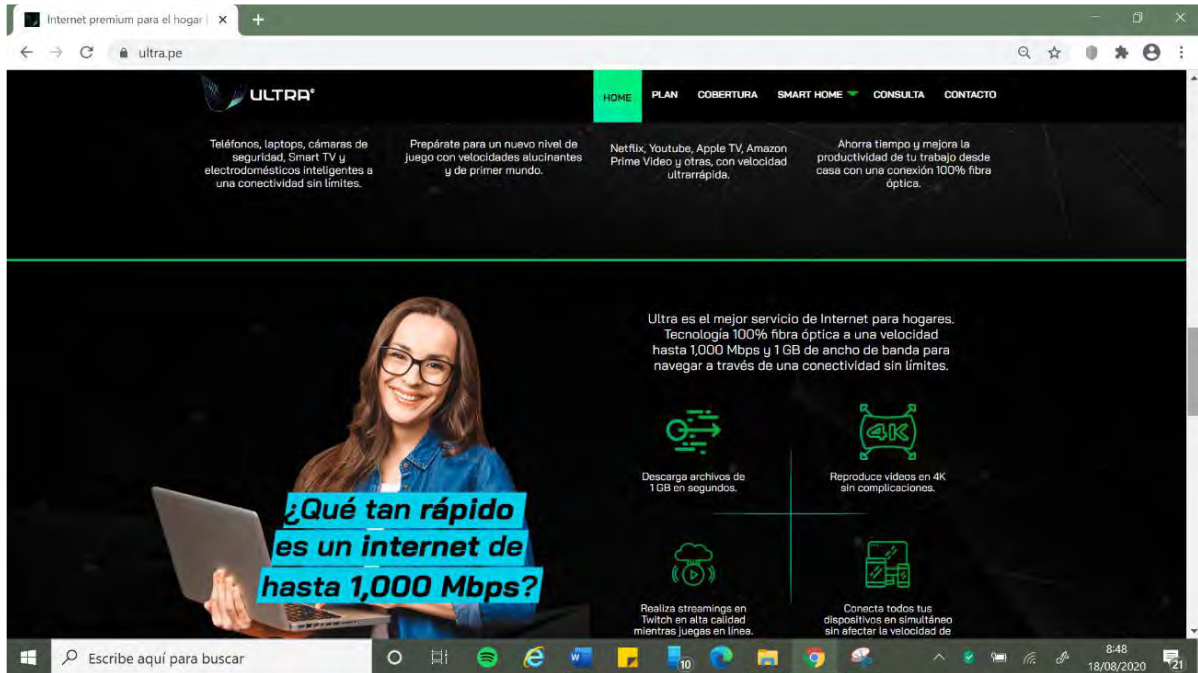
Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

39/82

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

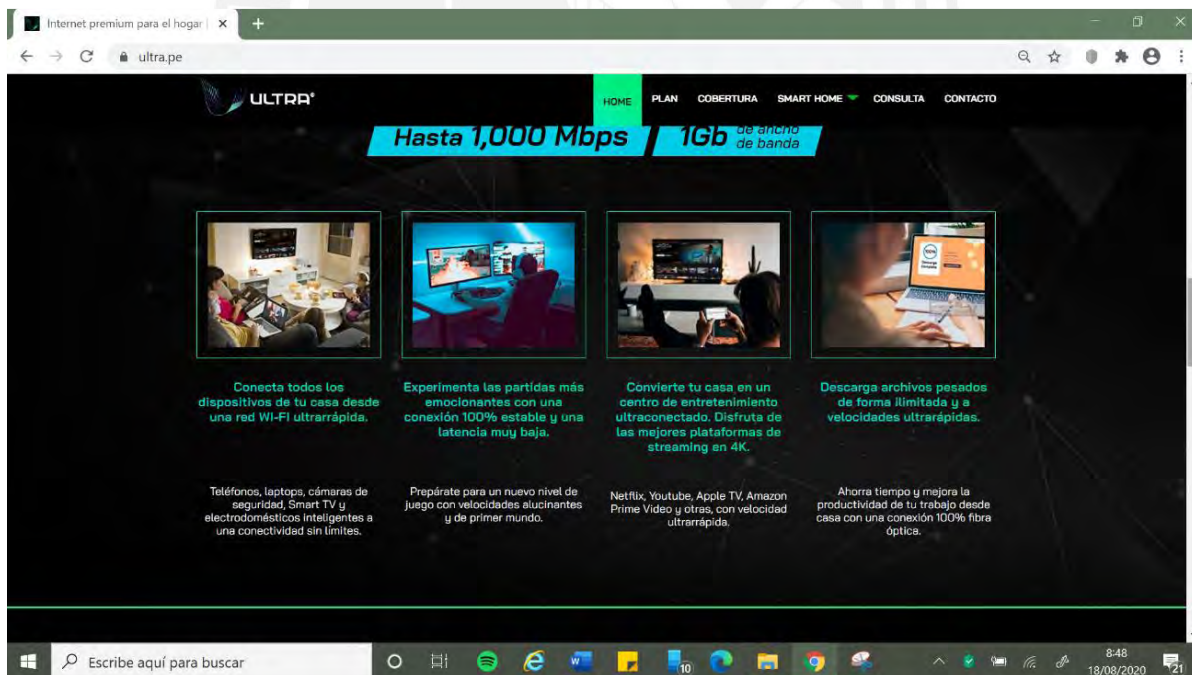
Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD



M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

A.2. Análisis de la campaña publicitaria y del mensaje difundido por Optical al mercado

57. Tal como se señaló en el numeral 55 de la presente resolución, el artículo 21 de la Ley de la Represión de la Competencia Desleal³⁹ 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.
58. En el caso particular de las campañas publicitarias, la evaluación de la 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.
59. 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 principal⁴⁰.
60. 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.
61. De la revisión de los anuncios que han sido objeto de cuestionamiento, esta Sala aprecia lo siguiente:
- (i) fueron difundidos por un mismo agente económico (Optical);

³⁹ **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.

⁴⁰ **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;

(...)

- (ii) en un mismo período y espacio geográfico⁴¹;
- (iii) a través de diversos medios comunicación: sitio web y redes sociales como Instagram, Facebook y YouTube;
- (iv) respecto de un mismo servicio (el servicio de internet de fibra óptica); y,
- (v) transmiten un mensaje unificador respecto del servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica ofrecido por Optical, consistente en que:
 - (a) se encontraría libre de caídas e interrupciones; (b) sería el más rápido del país y permitiría utilizar dispositivos electrónicos con la mejor velocidad; y, (c) sería el mejor del país.

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

A.3. Análisis de las conductas imputadas a Optical

63. En el presente caso, mediante la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI la Comisión resolvió lo siguiente respecto de la comisión de los presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de engaño indicados en el literal (i) del numeral 4 de la presente resolución:

- (i) Declaró fundada la denuncia por la difusión de los siguientes mensajes:
 - que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red; y,
 - que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical sería el internet más rápido del país.
- (ii) Declaró infundada la denuncia respecto del mensaje que presuntamente daba a entender a los consumidores que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical sería el mejor del país.

A.3.1 Sobre el mensaje referido a que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red

⁴¹ Durante el tiempo de duración de la campaña (desde junio de 2020 hasta diciembre de 2021, según lo manifestado por la propia imputada en su escrito del 19 de julio de 2022), los anuncios que forman parte de ella fueron difundidos a nivel nacional.

64. A través de la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró fundada la denuncia respecto de este extremo al considerar que, de una revisión superficial e integral de los anuncios que conforman la campaña publicitaria, se observa que transmiten a los consumidores y potenciales usuarios la expectativa de que Optical ofrecería un servicio incapaz de tener interrupciones y problemas que podrían afectar la estabilidad de la red de su servicio de internet. No obstante, la Comisión sostuvo que, por la propia naturaleza del servicio, este no es infalible y eventualmente puede presentar problemas que afectan su estabilidad, por lo que el mensaje era susceptible de inducir a error a los consumidores.
65. De la revisión del recurso de apelación presentado por Optical, dicha empresa no ha presentado argumentos destinados a contradecir los fundamentos de la resolución impugnada respecto de este punto, pues únicamente formuló argumentos respecto a la graduación de la sanción aplicable por esta conducta.
66. Ahora bien, este Colegiado concuerda con el análisis de la Comisión en este extremo, pues -en efecto- las afirmaciones bajo análisis tienen carácter objetivo al estar referidas a las características del servicio de internet de fibra óptica que Optical ofrece en el mercado (un servicio que no tendría problemas, fallas o interrupciones al momento de ser prestado al usuario). Por tanto, la imputada se encontraba en la obligación de presentar los medios probatorios suficientes e idóneos que acrediten la veracidad del mensaje difundido, de conformidad con el deber de sustanciación previa.
67. Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento Optical no presentó medio probatorio alguno que acredite la veracidad de sus afirmaciones, por lo que corresponde confirmar la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI en este extremo.

A.3.2 Sobre el mensaje referido a que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical sería el internet más rápido del país

68. A través de la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró fundada la denuncia respecto de este extremo, al considerar que se transmite a los consumidores y potenciales usuarios el mensaje de que Optical ofrecería el servicio de internet de fibra óptica más veloz del Perú, es decir, la preeminencia de Optical en el mercado al ofrecer el servicio de internet de fibra óptica con la mejor velocidad del país. No obstante, Optical no presentó medio probatorio alguno que acredite la veracidad de este mensaje.
69. De la revisión del recurso de apelación presentado por Optical, tampoco se advierte que haya presentado argumentos destinados a contradecir los fundamentos de la resolución impugnada en este punto, pues únicamente cuestionó la graduación de la sanción aplicable por esta conducta.

70. Ahora bien, este Colegiado concuerda con el análisis de la Comisión en este extremo, pues -en efecto- las afirmaciones bajo análisis tienen carácter objetivo, al estar referidas a las características del servicio que Optical brinda en el mercado: que este tendría la mayor velocidad a nivel nacional, anteponiéndose a la velocidad del servicio prestado por sus demás competidores. Por tanto, la imputada se encontraba en la obligación de presentar los medios probatorios que acrediten la veracidad del mensaje difundido, de conformidad con el deber de sustanciación previa.
71. Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento, Optical no presentó medio probatorio alguno que acredite la veracidad de sus afirmaciones en este punto, por lo que también corresponde confirmar la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI en este extremo.
- A.3.3 Sobre el mensaje referido a que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical sería el mejor del país
72. A través de la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia respecto de este extremo, al considerar que las afirmaciones en cuestión fueron consignadas de forma genérica y en un sentido muy amplio, desplegando la posibilidad de numerosas interpretaciones al respecto. Por tanto, estas tendrían carácter subjetivo y no se encontrarían sujetas al análisis de veracidad.
73. En apelación, América Móvil ha señalado que no es lo mismo ofrecer el «*mejor internet*», de forma aislada, que ofrecerlo de manera conjunta y simultánea a la difusión de anuncios en los que se promociona un servicio de internet libre de caídas e interrupciones. A criterio de América Móvil, las afirmaciones de Optical serían objetivas, por lo que contrariamente a lo señalado por la Comisión, sí se encontrarían sujetas al principio de veracidad.
74. La apelante añadió que la Comisión omitió evaluar el contenido del video publicado en la red social YouTube el 16 de julio de 2020 donde el director de Optical, el señor Emilio Lozano, se presenta ante el público afirmando que su servicio es el mejor internet doméstico del país.
75. Al respecto, conforme al marco normativo desarrollado en el acápite precedente, las afirmaciones en cuestión serán objetivas si: (i) contienen en sí mismas un parámetro objetivo que permita su comprobación; o, (ii) su veracidad puede ser comprobada a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco, aun cuando este no haya sido mencionado expresamente en el anuncio.
76. En el presente caso, de una evaluación superficial e integral de los anuncios se observa que estos incluyen frases como «*el mejor #Internet hogar*» o «*el mejor*

servicio de Internet para hogares», es decir, se limitan a indicar -de manera genérica- que el servicio de internet prestado por Optical sería «el mejor» sin que los anuncios objeto de examen contengan un parámetro objetivo que permita comprobar la veracidad de estas afirmaciones o exista un parámetro objetivo y unívoco que permita corroborar ello⁴².

77. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «mejor» se define como *algo superior a otra cosa y que la excede en una cualidad natural o moral*⁴³, es decir, esta palabra en sí misma no revela un parámetro que haga pasible su medición para determinar la veracidad de las afirmaciones objeto de análisis. Por tanto, para establecer su objetividad esta tendría que encontrarse acompañada de algún otro elemento o característica comprobable fácticamente.
78. A partir de lo señalado, en la medida de que no existe un criterio objetivo y unívoco de medición, cada persona podrá asumir distintas variables para determinar lo que, a su criterio, sería el «mejor servicio de internet»⁴⁴. En tal sentido, la determinación del mensaje transmitido dependerá de la apreciación que tenga cada persona considerando sus circunstancias particulares, por lo que se podrán encontrar diversos criterios, conclusiones u opiniones con distintas valoraciones respecto de cada afirmación.
79. América Móvil sostuvo que en los anuncios objeto de análisis, Optical también difundió afirmaciones referidas a que el servicio de internet que ofrece se encontraría libre de interrupciones y caídas, lo que -a decir del recurrente- daría un carácter objetivo a la afirmación de ofrecer el mejor servicio de internet.
80. Al respecto, las afirmaciones evaluadas en este apartado y aquellas referidas por América Móvil en el párrafo anterior, transmiten a los consumidores mensajes distintos, lo que -a su vez- ha motivado que su evaluación se haya realizado por separado⁴⁵. Además, el hecho de que ambas afirmaciones consten en similares soportes publicitarios⁴⁶ no implica que ambas tengan carácter objetivo, pues ello se determina en función del mensaje transmitido a los consumidores.

⁴² Tal análisis también resulta aplicable al video publicado el 16 de julio de 2020 en YouTube al que América Móvil hace alusión en su recurso de apelación, donde se afirma que el servicio de Optical es el «*mejor internet doméstico del país*».

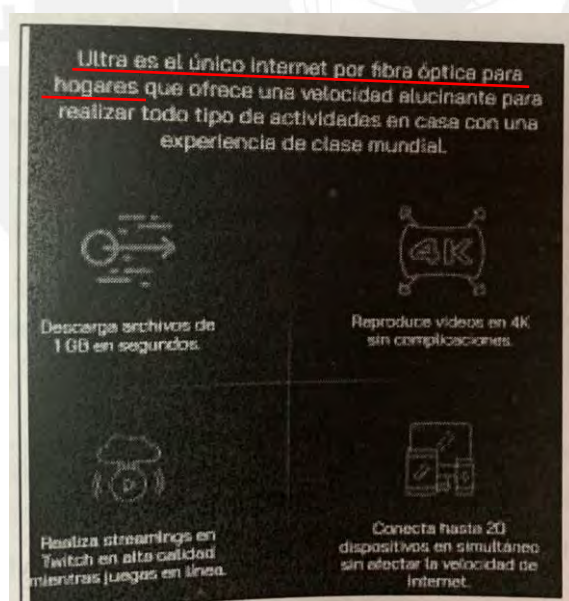
⁴³ Ver <https://dle.rae.es/mejor> (visitada el 3 de agosto de 2023).

⁴⁴ Se pueden encontrar múltiples factores o variables que los usuarios podrían considerar al respecto: rapidez o velocidad en un determinado espacio geográfico, la atención post venta respecto de uno o varios competidores, los precios ofrecidos, entre otros.

⁴⁵ Al constituir mensajes que fueron imputados en 2 apartados distintos. Ver punto (i) del numeral 4 de la presente resolución.

⁴⁶ Dado que forman parte de una campaña publicitaria.

81. En el caso particular, tal como se ha explicado en el apartado A.3.1, respecto de las afirmaciones referidas a que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica de Optical estaría, entre otros, libre de caídas, fallas e interrupciones; se consideró que tenían carácter objetivo al estar referidas a características específicas del servicio de internet de fibra óptica que Optical ofrece en el mercado⁴⁷. No obstante, de las frases alusivas a «*el mejor #Internet hogar*» o «*el mejor servicio de Internet para hogares*» no se desprende un criterio o característica objetiva y unívoca que permita contrastar su veracidad.
82. En consecuencia, esta Sala considera que las frases en cuestión resultan ser subjetivas, por lo que no se encuentran sujetas al principio de veracidad establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia en este extremo.
- B. Sobre los presuntos actos de engaño imputados en el punto (ii) del numeral 4 de la presente resolución
83. El anuncio cuestionado es el siguiente⁴⁸:



⁴⁷ Durante el desarrollo del procedimiento Optical no presentó medio probatorio alguno que acredite la veracidad de este mensaje, por lo que se ha confirmado la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI en este extremo.

⁴⁸ El cual habría sido difundido a través de la página web de Optical y consta en el Anexo 1-I que se encuentra en el Anexo 1-K del escrito de denuncia.

84. Mediante la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Optical la presunta comisión de actos de engaño debido a que afirmó ser «*el único Internet por fibra óptica para hogares (...)*», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el único del país, cuando ello no sería cierto, en tanto existirían otros operadores (como América Móvil y Telefónica) que ofrecerían planes de internet utilizando fibra óptica.
85. A través de la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión señaló que el anuncio en cuestión no transmite a los consumidores el mensaje imputado, sino el mensaje referido a que el servicio de internet de Optical sería el único en ofrecer una velocidad estable o rápida permitiendo realizar todo tipo de actividades en el hogar, por lo que declaró infundada la denuncia en este extremo.
86. En apelación, América Móvil ha señalado que Optical se allanó a la imputación formulada por el instructor sobre este punto, lo que demostraría que no cuenta con documentación probatoria que acredite su afirmación. América Móvil sostuvo que, incluso si se coincidiera con lo manifestado por la Comisión en la resolución impugnada (que no existiría engaño dado que el mensaje difundido únicamente busca resaltar la preeminencia del servicio de internet de fibra óptica de Optical con una mejor velocidad), correspondería imponer una sanción adicional por esta frase que no fue considerada al graduar la multa por el mensaje engañoso referido a «la mejor velocidad».
87. Sobre el particular, resulta oportuno señalar que el artículo 25 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴⁹ establece que la Comisión es un órgano con autonomía técnica y funcional que cuenta con competencia exclusiva para aplicar las disposiciones contempladas en dicho cuerpo normativo. Siendo así, con independencia de la formulación de un allanamiento, en función de lo establecido en el literal b) del inciso 2 del referido artículo 25, corresponde a la Comisión evaluar los elementos de prueba y determinar si el acto denunciado se subsume o no en el tipo imputado (modalidad de acto de competencia desleal) y, de ser el caso, imponer la sanción que corresponda.
88. En ese sentido, de acuerdo con la evaluación que la Comisión realizó respecto del anuncio en cuestión, dicho órgano determinó que no contenía el mensaje imputado por el órgano instructor a través de la Resolución s/n del 22 de junio

49

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**Artículo 25.- La Comisión.-**

25.1.- La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado de la aplicación de la presente Ley con competencia exclusiva a nivel nacional, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por norma expresa con rango legal a otro organismo público.

25.2.- Son atribuciones de la Comisión:

(...)

b) Declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente;

(...)

de 2021. Por tanto, en ejercicio de sus atribuciones legales, declaró infundada la imputación sobre este punto.

89. Ahora bien, de una apreciación superficial e integral de la publicidad bajo análisis, esta Sala observa que consigna la frase «*Ultra [Optical] es el único internet por fibra óptica para hogares que ofrece una velocidad alucinante para realizar todo tipo de actividades en casa con una experiencia de clase mundial*». Debajo de dicha frase consigna otras frases junto a imágenes que hacen referencia a la velocidad de descarga, la posibilidad de reproducción de videos en 4K sin complicaciones, la alta calidad de *streamings*, así como la posibilidad de conectar varios dispositivos sin afectar la velocidad del servicio.
90. Por tanto, este Colegiado considera que, de una apreciación superficial e integral de los elementos que conforman el anuncio en cuestión, no se aprecia que a través de este anuncio se difunda el mensaje imputado, relativo a que Optical sería la única empresa operadora que brindaría u ofrecería el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica en el país, sino que el servicio de internet de Optical sería el único en ofrecer una velocidad «alucinante», para luego aludir a su estabilidad o rapidez que permitiría realizar todo tipo de actividades en el hogar.
91. Por otra parte, América Móvil refiere que, de ser el caso, debía tomarse en cuenta este anuncio para imponer una sanción adicional a Optical por el mensaje engañoso referido a que ofrecería «la mejor velocidad».
92. Al respecto, el artículo 45.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵⁰ establece que no se podrá atribuir responsabilidad a los involucrados por hechos que no hayan sido adecuadamente imputados en la instrucción del procedimiento. En ese sentido, no corresponde que este Colegiado modifique los hechos imputados e imponga una sanción a Optical por un anuncio⁵¹ que no formó parte de la imputación relativa al ofrecimiento del internet más rápido del país.

⁵⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 45.- Resolución final.-

(...)

45.2.- La resolución de la Comisión será motivada y decidirá todas las cuestiones que se deriven del expediente. En la resolución no se podrá atribuir responsabilidad a los involucrados por hechos que no hayan sido adecuadamente imputados en la instrucción del procedimiento.

(...)

⁵¹ Tal como se ha indicado en el párrafo 84, mediante la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Optical la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de un anuncio en página web en el que afirmaba ser «*el único Internet por fibra óptica para hogares (...)*», dando a entender a los consumidores que su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el único del país, cuando ello no sería cierto, en tanto existirían otros operadores (como América Móvil y Telefónica) que ofrecerían planes de internet utilizando fibra óptica.

93. En atención de lo señalado, corresponde desestimar los argumentos formulados por América Móvil en apelación al respecto y, en consecuencia, confirmar la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI en este extremo.

C. Sobre los presuntos actos de engaño imputados en el punto (iii) del numeral 4 de la presente resolución

94. El artículo 8.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala que configura un supuesto de acto de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo, tal como se observa a continuación:

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 8.- Actos de engaño.-

(...)

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

(...)

95. De conformidad con el artículo 59 literal j) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁵², la publicidad testimonial debe ser entendida como toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o esta sea identificable por su fama o notoriedad pública.

96. Con relación a la publicidad testimonial, debe señalarse que es una modalidad publicitaria consistente en utilizar las declaraciones de testigos, esto es, personas distintas al anunciante, a fin de dotar a los anuncios de una mayor objetividad, credibilidad y fuerza persuasiva, incrementando de esta forma el interés de los consumidores respecto de los productos o servicios publicitados.

97. Mediante Resolución 1566-2006/TDC-INDECOPI⁵³, la Sala señaló que «la *publicidad testimonial tiene tres elementos característicos que la definen: a)*

⁵² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

j) Publicidad testimonial: a toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o ésta sea identificable por su fama o notoriedad pública;

(...)

⁵³ Del 11 de octubre de 2006, emitido en el marco del procedimiento seguido por Nextel del Perú S.A. contra Telefónica Móviles S.A.C. (Expediente 043-2005/CCD).

Cabe precisar que si bien el referido precedente fue emitido cuando se encontraba vigente el Decreto Legislativo 691, se debe tener en cuenta que la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo 1044) ha contemplado la definición esbozada en el referido precedente.

interviene una persona distinta del anunciante; b) dicha persona no actúa como portavoz del anunciante; c) se presenta la opinión de la persona sobre el servicio o servicio del anunciante» (subrayado y énfasis agregado).

98. De otro lado, la referida resolución estableció que: *«El respeto al principio de veracidad no se limita a la autorización expresa y por escrito que tiene que realizar el testigo para efectos de la difusión de su testimonio. La licitud de la publicidad testimonial se relaciona directamente con la veracidad de la misma en sus dos niveles: a) en su emisión, que se encuentra vinculado al testigo; y b) en su contenido, vinculado al sentido de las expresiones publicitarias vertidas por el testigo.»*. Sobre este último punto, el mencionado pronunciamiento indicó que *«La publicidad testimonial de carácter objetivo, es decir, que contenga alegaciones concretas y comprobables de carácter informativo, respecto de las cuales existen pautas objetivas para fijar su exactitud o inexactitud, se encontrará sujeta a la aplicación del principio de veracidad (...).»*.
99. En tal sentido, el primer nivel de análisis antes mencionado está referido a la evaluación de la declaración respectiva, es decir, si aquella califica como un testimonio auténtico y reciente. De otro lado, el segundo nivel de análisis está relacionado con la evaluación acerca de si el testimonio difundido, en el caso de afirmaciones de carácter objetivo, se ajusta al principio de veracidad.
100. En anteriores pronunciamientos⁵⁴, la Sala ha considerado oportuno precisar que los criterios interpretativos de la resolución antes citada (aun cuando fue emitido con anterioridad a la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal) continúan siendo aplicables. Ello, en tanto los alcances de la Ley de Represión de la Competencia Desleal básicamente ha complementado la definición esbozada.
101. Por su parte, la Ley de Represión de la Competencia Desleal determina que, a efectos de calificar una publicidad como testimonial, deberá identificarse el nombre de la persona que realice el testimonio (o quien efectúa la declaración sea identificable por su fama o notoriedad); y que todo testimonio deberá basarse en experiencias auténticas y recientes.
102. Al respecto, cabe reiterar que la exigencia de que el testigo sea identificado o, por lo menos, resulte identificable, se encuentra vinculada a la confiabilidad o credibilidad de su testimonio, en tanto este último no respondería a una pauta establecida por el propio anunciante del producto o servicio.

⁵⁴ Ver Resolución 023-2017/SDC-INDECOPI del 16 de enero de 2017, Resolución 055-2020/SDC-INDECOPI del 12 de junio de 2020 y Resolución 046-2022/SDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2022.

103. En tal sentido, una lectura finalista (o teleológica)⁵⁵ del literal j) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, concordada con el artículo 8.2 del mismo cuerpo normativo; permite afirmar que si en el anuncio se consigna, por ejemplo, el prenombre (que forma parte del nombre, conforme lo exige la norma antes indicada) y elementos adicionales identificatorios (tales como el documento de identidad, cargo y centro de trabajo u otros datos personales relevantes), es posible concluir que se cumple con lo establecido por la norma (identificación del testigo) para que el anuncio evaluado pueda -en principio- calificar como una publicidad testimonial y estar sujeta a las exigencias propias de dicha clase de anuncios⁵⁶.
104. Lo señalado en el numeral precedente se sustenta en el hecho de que cuando la norma precitada señala que debe indicarse «el nombre de la persona que realiza el testimonial» persigue que, a partir del conjunto de elementos que aparecen en el anuncio (voz, imágenes, textos, entre otros), los destinatarios perciban que se trata de una experiencia auténtica de una persona real ajena al anunciante y que no actúa como un mero portavoz.
105. En el presente caso, mediante la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Optical la presunta comisión de actos de engaño en la modalidad establecida en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que estaría difundiendo publicidad de su servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica, con testimonios de consumidores sobre sus experiencias con el servicio de internet de Optical⁵⁷, pese a que dichos testimonios no se encontrarían sustentados en experiencias auténticas y recientes.
106. A través de la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI la Comisión señaló que en ninguna parte de la publicidad se identifica el nombre completo de las personas que emitieron las declaraciones sobre el servicio de Optical ni se observaba que estas sean identificables por su fama o notoriedad. Por tanto, a criterio de la primera instancia, la publicidad cuestionada no calificaba como

⁵⁵ Al respecto, Marcial Rubio Correa señala que «[s]egún el criterio teleológico, el intérprete asume que la interpretación debe ser realizada de manera tal que, en la medida de lo posible, se obtenga una finalidad determinada de la aplicación de la norma jurídica. Este criterio supone naturalmente, que el propio intérprete ha establecido previamente los objetivos a lograr mediante el Derecho, o que en todo caso dicha determinación haya sido realizada por la persona o autoridad que se la impone.».

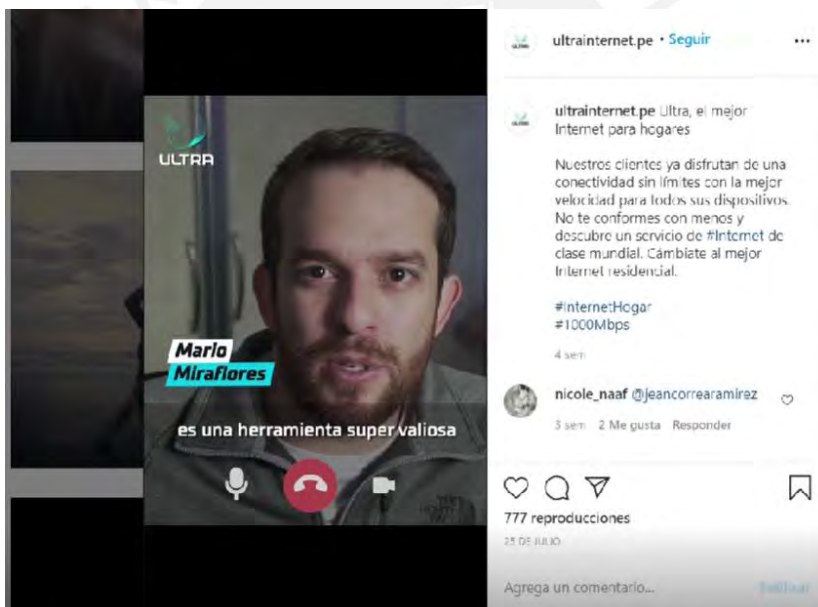
RUBIO, Marcial. «El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho». Décima edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Lima. pg. 235.

⁵⁶ Este criterio ha sido recogido en un pronunciamiento reciente emitido por esta Sala. Ver Resolución 080-2023/SDC-INDECOPI del 7 de julio de 2023.

⁵⁷ Tales como contar con un internet estable en comparación con otros operadores, poder conectar dispositivos ilimitados sin verse afectados en la velocidad o calidad del servicio de internet; acceder a una señal estable que no se cae ni tiene problemas; contar con la mayor velocidad del mercado; utilizar el servicio de internet sin latencias; poder conseguir tasas de transferencia muy altas con latencias bastante bajas.

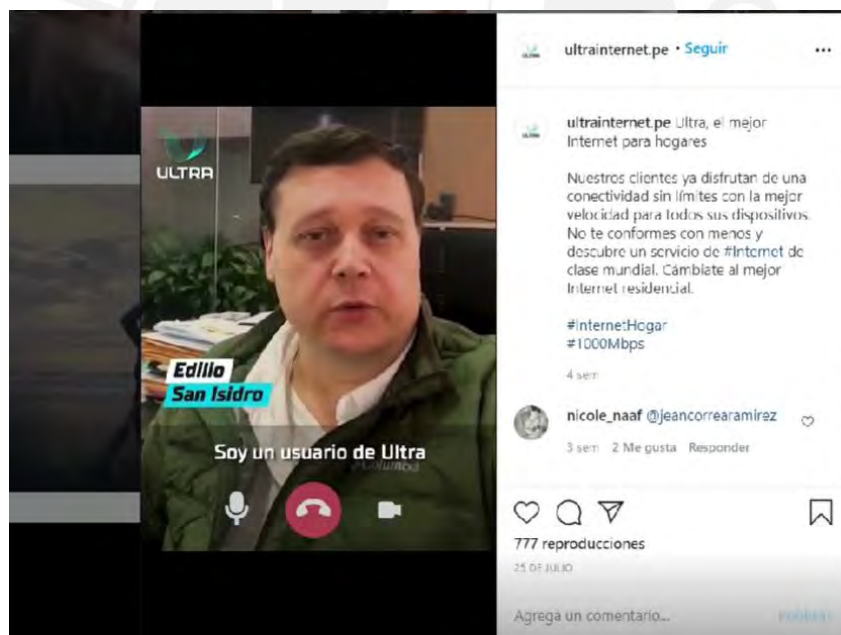
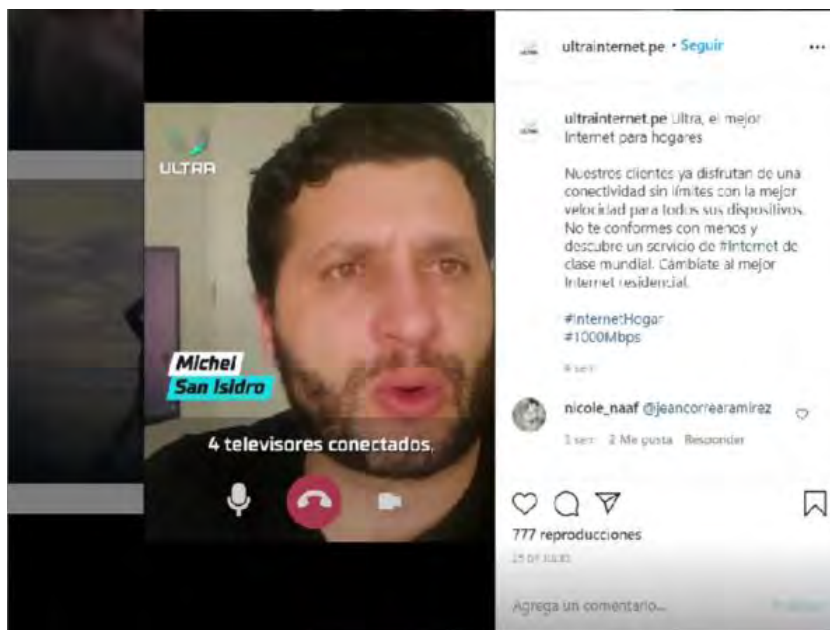
testimonial en los términos establecidos en el literal j) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

107. En su recurso de apelación, América Móvil cuestionó lo señalado por la Comisión, alegando que los testigos que aparecen en el anuncio en cuestión sí han sido identificados con su nombre. Añadió que el hecho de no incluir los apellidos de ninguna forma altera la percepción de los consumidores de que el testimonio correspondería a una persona real que está narrando su propia experiencia.
108. De la revisión del anuncio en cuestión⁵⁸, se aprecian imágenes de tres (3) personas que hacen afirmaciones sobre el servicio prestado por Optical, como consta a continuación:



**Continúa en la siguiente
página**

⁵⁸ Obrante en el Anexo 1-K de la denuncia.



109. De acuerdo con lo señalado en los numerales 93 a 104 de la presente resolución, a efectos de verificar si la publicidad difundida puede ser evaluada como publicidad testimonial, deberá verificarse: (i) en primer lugar, que las personas que aparecen en el anuncio bajo controversia hayan sido identificados o puedan ser identificables por su fama o notoriedad; y, (ii) luego de haber superado ese primer filtro, deberá analizarse si los medios probatorios



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

presentados en el procedimiento acreditan la veracidad del testimonio difundido⁵⁹.

110. Con relación al primer requisito, referido a la identificación de las personas (o que sean identificables por su fama o notoriedad pública), corresponde tener en cuenta que la intervención de un testigo busca incrementar la confianza de los consumidores respecto del mensaje publicitario a partir de la percepción de que este es transmitido por una persona real que no tiene ningún tipo de vínculo o relación comercial con el anunciante, sino que sus expresiones provienen de una experiencia personal con el producto o servicio aludido⁶⁰.
111. Ello es así, en la medida de que la publicidad testimonial responde al empleo de personas como fuentes de persuasión a efectos de inclinar de manera favorable una decisión de consumo del producto o servicio que se busca promocionar, resaltando las características, beneficios y/o ventajas de su adquisición.
112. La identificación de la persona que ostenta la calidad de testigo resulta relevante, pues lógicamente generará la percepción creíble de que se trata de una persona real que narra una experiencia auténtica y no una actuación o un guion elaborado y/o proporcionado por el propio anunciante del producto o servicio.
113. Respecto de aquellos casos donde aparece una persona que busca presentarse como un usuario auténtico, la norma establece que el anuncio calificará como publicidad testimonial en tanto contiene el nombre del respectivo testigo, sin perjuicio de que este último pueda ser identificable por su fama o notoriedad pública.
114. De una revisión superficial e integral del video en cuestión se observa -tal como se muestra en el numeral 108 de la presente resolución- que Optical realizó la siguiente descripción de las personas que aparecen emitiendo declaraciones sobre el servicio prestado por dicho agente: «Mario Miraflores», «Michel San Isidro» y «Edilio San Isidro».

⁵⁹ En esta segunda parte del análisis es donde se evalúa la autenticidad del testimonio, así como que este sea reciente.

⁶⁰ «Se han planteado tres versiones básicas de la táctica del mensaje testimonial, basadas en el tipo de fuente que lo argumenta y defiende. La versión más utilizada es el testimonial de una celebridad, un personaje que es muy reconocido en su medio. Se estima que este tipo de fuentes (celebridades) atraen más la atención y generan un deseo de emulación. Otro recurso testimonial, es el uso de voceros expertos de una marca, quienes tienen o reflejan un conocimiento profundo del producto, sus características y beneficios, lo que los hace una autoridad en el tema; y el testimonial dado por un usuario común, en donde el vocero no es una celebridad ni un experto sino un usuario promedio en el cual puede confiar el consumidor, al considerarlo parte de su grupo de referencia (...)». (Subrayado añadido) Hernández Reina, H y Velandia Morales, A. (2018). *Publicidad testimonial e identificación social: incidencia sobre la actitud y la credibilidad del mensaje*. Disponible en <https://repositorio.konradlorenz.edu.co/handle/001/1766>.

115. Como se puede apreciar, sobre las personas que aparecen en el video, el anunciante consignó información genérica de aquellas, como un prenombre y un distrito⁶¹, sin mayores elementos adicionales⁶² que permitan su identificación por parte de los consumidores, como receptores de la publicidad.
116. De este modo, los datos de las personas que aparecen en la publicidad resultan insuficientes para que los receptores de esta las identifiquen directamente como clientes o usuarios reales contando experiencias propias respecto del servicio de Optical y, por ende, descarten que se trate de personas narrando un guion elaborado por el propio anunciante.
117. Por tanto, en el presente caso, la mera consignación de un prenombre y un distrito, sin alguna descripción o elemento de identificación adicional, no constituyen datos suficientes para que las personas que aparecen en dicho anuncio se reputen como testigos.
118. En consecuencia, dado que el anuncio en cuestión no califica como publicidad testimonial de acuerdo con lo previsto en el literal j) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, esta Sala considera que corresponde confirmar la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI en este extremo, modificando sus fundamentos.

III.4. Sobre los actos de denigración

III.4.1. Marco normativo

119. El artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶³ establece que los actos de denigración son aquellos que tienen como efecto, real o potencial,

⁶¹ Sobre el cual incluso se desconoce su relación con cada persona mencionada en el video, esto es si corresponde a su domicilio, centro de labores u otro.

⁶² Por ejemplo, en un pronunciamiento reciente emitido por esta Sala a través de la Resolución 080-2023/SDC-INDECOPI del 7 de julio de 2023 seguido por América Móvil contra Iway Telecom S.A.C., se determinó que la consignación de información relevante de las personas como sus prenombrados junto a otros elementos adicionales como cargos específicos, centro de trabajo, documento de identidad u otros datos relevantes, sí permitirían a los consumidores la identificación concreta o real de la persona que realiza el testimonio.

⁶³ **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:

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

directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

120. La doctrina ha definido la denigración como una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios⁶⁴. 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 despectivo o no, a los productos o servicios de un determinado agente en el mercado.
121. La Sala ha precisado en numerosos pronunciamientos⁶⁵ que la configuración de dicha modalidad de acto de competencia desleal requiere la mención o alusión a un competidor o su oferta. Esto es así, pues no podría existir un menoscabo a la imagen o reputación de un presunto competidor si este no resulta identificable. En tal sentido, 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, siendo esto último debido a una alusión inequívoca, directa o indirecta.
122. 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 (...)*»⁶⁶.
123. 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 perjudiciales⁶⁷.

⁶⁴ DE LA CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Eunsa. 2002, pág. 179.

⁶⁵ Por ejemplo, ver Resoluciones 0244-2013/SDC-INDECOPI, 0858-2013/SDC-INDECOPI, 0835-2014/SDC-INDECOPI, 0476-2016/SDC-INDECOPI y 0409-2017/SDC-INDECOPI.

⁶⁶ **LEMA DEVESA, Carlos.** «La Publicidad comparativa en la Unión Europea». RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.

⁶⁷ Tal como se precisa en el numeral 11.1 del artículo 11 de dicho cuerpo normativo. Al respecto, ver nota al pie 3.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

Ello, en la medida de que, por ejemplo, se puede aludir de manera denigratoria a un producto comercializado por más de un agente económico⁶⁸.

124. 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 requiera contener una alusión inequívoca a dicho competidor o a los productos que ofrece en un determinado mercado.
125. Sin perjuicio de lo anotado, estos actos se reputan lícitos siempre que transmitan, de manera concurrente, información objetiva que resulte verdadera, exacta y pertinente, tanto en la forma como en el fondo, conforme a lo establecido por el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, dicha disposición establece 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.
126. En la medida que la cuestión en discusión en el presente caso abarca la determinación de la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, corresponde evaluar, en primer lugar, si la información contenida en el anuncio objeto de imputación difundido por Optical contiene una alusión inequívoca, directa o indirecta, a la oferta de otros operadores en el mercado, específicamente respecto del servicio de internet brindado por sus competidores. Ello dado que el primer paso para verificar la existencia de esta conducta requiere que el presunto infractor haya hecho mención directa a uno o varios competidores o a su oferta, o que por implicación la identificación de dicho competidor o competidores sea fácilmente perceptible por los consumidores⁶⁹.

⁶⁸ A manera de ejemplo, ver Resoluciones 858-2013/SDC-INDECOPI y 071-2018/SDC-INDECOPI.

⁶⁹ En esta línea, la doctrina señala que «*el requisito para que exista publicidad comparativa radica en 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*».

127. Una vez determinada la alusión inequívoca, se procederá a evaluar si en efecto dichas piezas publicitarias constituyen un acto de denigración, evaluando los elementos de licitud establecidos en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; es decir, si la información trasladada al mercado cumple con ser veraz, exacta y pertinente en forma y fondo.

III.4.2 Aplicación al caso en concreto

Alusión inequívoca

128. A través de la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical por actos de denigración. Al respecto, la primera instancia señaló que, de un análisis superficial e integral del anuncio cuestionado, no se advertía la existencia de una alusión inequívoca hacia la denunciante, al servicio brindado por esta ni al prestado por otro operador u operadores del mercado.
129. En apelación, América Móvil señaló que la publicidad transmitiría el mensaje de que Optical sería la empresa *non plus ultra*, es decir, la mejor en el servicio del internet para el hogar; empleando adjetivos ofensivos e inaceptables para referirse a sus competidores. Asimismo, Optical transmitiría la idea de que cualquier otro operador que no sea su empresa ofrece un servicio de internet para el hogar «shitty» o «de porquería», por su traducción al español, presentando así su oferta en contraposición con la tecnología de internet fijo preexistente en el mercado: la tecnología HFC o cable módem.
130. América Móvil añadió que actualmente su empresa y Telefónica son los principales operadores que brindan el servicio de internet con la tecnología HFC en el mercado, por lo que los consumidores identificarían que el anuncio alude a estas empresas.
131. Como se puede advertir, América Móvil sostiene que es una de las principales empresas operadoras de internet con tecnología HFC (cable módem) junto con Telefónica, por lo que la referencia a internet para el hogar «shitty» en el

competidores. En el segundo supuesto, la alusión implícita a competidores plantea más problemas. No basta una alusión genérica a los competidores para que surja la publicidad comparativa; 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 comparativo». (LEMA DEVESA, Carlos. «La Publicidad comparativa en la Unión Europea». RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326).

Por su parte, Tato Plaza señala que «el anunciante realizará una alusión directa (explícita) cuando haga referencia a la marca de los productos o servicios, nombre o establecimiento de otro agente económico, incluso, haciendo uso de imágenes. La alusión será indirecta (implícita) cuando un sector significativo del público destinatario del anuncio pueda deducir, en función a las circunstancias, a qué competidor o competidores se está haciendo referencia de manera inequívoca. Así, la doctrina señala que, en este tipo de anuncios, los agentes aludidos deberán resultar identificados o identificables para el público destinatario del mensaje o para un sector significativo de éste». (TATO PLAZA, Anxo. «La publicidad Comparativa». Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 21-22).



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

anuncio sería entendida por los consumidores como una alusión al servicio prestado por su empresa.

132. 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.
133. En su apelación, América Móvil indicó que el anuncio bajo análisis sí contendría una alusión inequívoca a otros agentes económicos, debido a la estructura del mercado de operadores de internet con tecnología HFC. Por tanto, se procederá a analizar el anuncio y los elementos que lo conforman a fin de determinar si, en efecto, se evidencia la alusión referida por América Móvil en su apelación.
134. Tal como ha sido desarrollado en el marco normativo de la presente resolución, se estará frente a un caso de alusión indirecta cuando el público destinatario del anuncio pueda deducir, a partir de una evaluación de los elementos que conforman el anuncio, a qué competidor o competidores se está haciendo referencia de manera inequívoca. Con base en ello, la alusión inequívoca se desprende de la interpretación que los consumidores otorgan al mensaje del anuncio difundido en el mercado.
135. De la revisión del anuncio en cuestión⁷⁰, este Colegiado observa que se trata de un video difundido en la red social Instagram de Optical por un usuario denominado @ioa___ donde dicha persona realiza las siguientes alegaciones: *«Hace unos meses me cambié de un internet shitting a un internet amazing que es Ultra. En realidad, no lo había mencionado tanto y se los estaba respondiendo, los había etiquetado y tal, porque quería probar la experiencia y solamente quiero decirles que es sickening. Si ustedes quieren saber más de esto o quieren que se los instalen o quieren simplemente mandar a todos a la shit y ser amazing y tener el mejor internet of Perú»*. Inmediatamente después aparece una imagen que consigna la frase *«Entonces cámbiate a ULTRA»*.
136. Adicionalmente, el anuncio incluye una descripción que indica lo siguiente: *«Nuestro amigo @ioa___ se unió a la familia @ultrainternet.pe, y ahora su vida es otra gracias a que disfruta de la mejor velocidad. Tú también súmate a la #ConectividadSinLímites [emoj]. #InternetHogar #1000Mbps»*.

⁷⁰ De acuerdo con la Resolución s/n del 22 de junio de 2021, el anuncio materia de imputación obra en el Anexo 1- E que se encuentra dentro del Anexo 1-K del escrito de denuncia.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

137. Como se puede advertir de las citas desarrolladas previamente, el anuncio contiene alegaciones genéricas respecto de la calidad y las características del servicio de internet de fibra óptica que Optical ofrece en el mercado, resaltando -de manera general- su ventaja frente a otros servicios de internet ofrecidos en el mercado.
138. Contrariamente a lo manifestado por América Móvil, en el anuncio no se hace referencia al servicio de internet prestado por otros agentes económicos a través de la tecnología HFC o cable módem. En efecto, dicho anuncio no contiene algún elemento denominativo o gráfico que permita colegir la alusión inequívoca, ya sea de manera directa o indirecta, a algún agente o agentes económicos que brinden el servicio de internet a través de la tecnología HFC, como refiere el recurrente.
139. Además, no se aprecia que el video o su descripción presenten alguna característica distintiva que aluda a la oferta específica de otro competidor u otro elemento adicional que haga posible la identificación de algún competidor o competidores de Optical. Del anuncio no se desprende la mención a alguna frase, signo distintivo, lema comercial u otro elemento empleado por la denunciante u otros agentes que prestan el servicio de internet con tecnología HFC, que permita a los destinatarios de la publicidad identificar una alusión indirecta a un competidor o competidores determinados, tal como ha referido América Móvil a lo largo del procedimiento.
140. En atención de lo expuesto, esta Sala ha verificado que el mensaje transmitido en el anuncio no contiene una alusión inequívoca a la oferta de América Móvil u otros competidores de Optical, en la medida que únicamente contiene referencias genéricas y frases de carácter excluyente sobre las características y la calidad del servicio prestado por Optical. Por tanto, se desestiman los cuestionamientos de América Móvil al respecto.
141. En tal sentido, carece de objeto evaluar si el anuncio cumple con los requisitos de licitud previstos en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
142. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 040-2022/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto tipificado en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III.5. Sobre el allanamiento y reconocimiento formulado por Optical

143. En su recurso de apelación, América Móvil cuestionó que, pese a que Optical no ha demostrado la veracidad de sus afirmaciones publicitarias y, además, en

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

60/82

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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

su oportunidad se allanó a los hechos denunciados, la Comisión se haya pronunciado declarando infundada en parte la denuncia⁷¹.

144. Sobre el particular, de la revisión de los antecedentes del presente caso, se aprecia que en su escrito de descargos Optical señaló que las presuntas conductas infractoras habrían sido subsanadas antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, ya que retiró y/o modificó las piezas publicitarias materia de imputación de su página web y redes sociales. Por ende, se le debía aplicar el eximente de responsabilidad contemplado en el literal f) del artículo 257.1 del TUO de la Ley 27444.
145. Adicionalmente, en el mismo escrito, Optical también formuló su allanamiento y reconocimiento respecto de algunas de las conductas infractoras imputadas en su contra por la presunta comisión de actos de competencia desleal⁷². En virtud de ello, solicitó que se considere dicho allanamiento y reconocimiento como un atenuante de la sanción que resulte aplicable.
146. De este modo, a pesar de que Optical 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.
147. 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 punibilidad⁷³. En ese sentido, la alegación efectuada por Optical 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.
148. La eventual aplicación del referido eximente de responsabilidad pretendía eliminar 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 en función del allanamiento o reconocimiento de los cargos imputados.
149. En consecuencia, no corresponde considerar que Optical efectivamente se allanó y reconoció plenamente las imputaciones efectuadas en su contra, en

⁷¹ Ver punto (iii) del numeral 4 de la presente resolución.

⁷² Ver punto (ii) del numeral 5 de la presente resolución.

⁷³ **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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

tanto 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.

150. Sin perjuicio de lo señalado, también es pertinente indicar que, en el marco de la tramitación de un procedimiento sancionador, las autoridades administrativas deben regir sus actuaciones dentro de los límites de la protección y defensa de los derechos fundamentales y/o constitucionales de los administrados. Asimismo, como parte de los deberes de legalidad y oficialidad de la autoridad, esta última no puede desconocer su obligación de emitir un pronunciamiento conforme a las reglas propias del procedimiento administrativo sancionador, el cual únicamente podrá concluir en una sanción en caso de que se verifique la existencia de una infracción.
151. Ello significa que, sin perjuicio de la existencia o no de un allanamiento y/o reconocimiento, la autoridad -en el caso concreto, la Comisión y la Sala- se encuentra supeditada a realizar una evaluación integral de todas las conductas infractoras que hayan sido objeto de imputación. A modo ilustrativo, en el caso particular de los actos de engaño, el análisis parte ineludiblemente de la determinación del mensaje publicitario transmitido al mercado: en caso de que sea subjetivo, no estará sujeto a la evaluación de veracidad; y, en caso de que sea objetivo, corresponderá determinar si el anunciante aportó las pruebas pertinentes para acreditar dicho mensaje.
152. En función de lo expuesto, la autoridad mantiene el deber de realizar un análisis integral de los hechos cuestionados para, luego de ello, concluir si en efecto se configuran o no las presuntas infracciones, en virtud del principio de licitud que rige el procedimiento administrativo⁷⁴. Admitir un criterio en contrario, podría conllevar a que, debido a la eventual existencia de un allanamiento o reconocimiento, se llegue a sancionar a un administrado por hechos que inclusive no califiquen como infracciones contempladas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
153. Siendo así, este Colegiado no advierte que haya existido alguna actuación irregular por parte de la Comisión al evaluar todas las conductas imputadas y constatar si estas resultaban fundadas o no, por lo que el argumento de América Móvil carece de sustento.

74

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:
(...)

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

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

62/82

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

154. 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 Optical tuvieron un efecto en los consumidores por el tiempo de difusión de cada anuncio, lo cual no ha sido cuestionado por la apelante.

III.6. Sobre la validez de la resolución apelada en el extremo referido a la graduación de la sanción

155. A través de la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión sancionó a Optical con una multa de 28.5 UIT por la difusión de la campaña publicitaria con los mensajes engañosos indicados en los sub acápites A.3.1 y A.3.2 del acápite III.3 de la presente resolución.

156. En su recurso de apelación, Optical señaló que pese a que formuló observaciones al Informe 115-2022-OEE/INDECOPI, la Comisión no había justificado jurídica, técnica y económicamente de forma adecuada y objetiva la denegatoria de dichas observaciones, lo que constituye una vulneración al deber de motivación de los actos administrativos. Añadió que la Comisión no había justificado las razones para incrementar el resultado de la multa estimada por la OEE.

157. De la revisión de resolución impugnada, se advierte que la Comisión desestimó los cuestionados expresados por Optical respecto del Informe 115-2022-OEE/INDECOPI de acuerdo con lo siguiente:

RESOLUCIÓN 40-2022/CCD-INDECOPI

«(...)

3.7. Graduación de la sanción

(...)

a) Respecto de que el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red; cuando ello no era cierto.

En respuesta a dicha solicitud, la OEE elaboró el Informe N° 000115-2022/OEE/INDECOPI, señalando que el importe del beneficio ilícito obtenido por difundir una campaña publicitaria, con afirmaciones que no serían ciertas, respecto a su servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica, resultó la suma de [CONFIDENCIAL], durante el periodo de infracción.

Al respecto, 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 Ultra, 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.

(...)

b) Respecto de que el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el Internet de fibra óptica más rápido del país, que permitiría utilizar todos los dispositivos en simultáneo con la mejor velocidad; cuando ello no era cierto.

(...)

En respuesta a dicha solicitud, la OEE elaboró el Informe N° 000115-2022/OEE/INDECOPI, señalando que el importe del beneficio ilícito obtenido por difundir una campaña publicitaria, con afirmaciones que no serían ciertas, respecto a su servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica, resultó la suma de **[CONFIDENCIAL]**, durante el periodo de infracción.

Al respecto, 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 Ultra, 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)

158. Como se puede observar, la Comisión señaló que los argumentos formulados por Optical contra el informe de la OEE no enervaban el análisis efectuado por dicho órgano. Sin embargo, no se advierte alguna fundamentación o sustento adicional por el cual se llega a dicha conclusión (desvirtuando los cuestionamientos de Optical al respecto).
159. Es importante tener en cuenta que los argumentos expuestos por Optical estaban dirigidos a cuestionar los criterios empleados por la OEE para determinar el beneficio ilícito de las conductas investigadas (como, por ejemplo, los estudios económicos utilizados para medir el impacto de la publicidad en los consumidores), el cual es uno de los criterios tomados en cuenta para la graduación de la sanción. Adicionalmente, Optical propuso criterios adicionales para calcular el beneficio ilícito (por ejemplo, el uso de un factor de ajuste)⁷⁵.
160. En consecuencia, esta Sala considera que resultaba necesario que la Comisión desarrollara los fundamentos por los cuales -a su criterio- los cuestionamientos planteados por Optical no enervaban el análisis realizado por la OEE, ni correspondía aplicar los criterios adicionales propuestos por la imputada.
161. En virtud de lo expuesto, la Sala corrobora que el extremo de la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI referido a la graduación de la sanción se encuentra incurso en la causal de nulidad establecida en el artículo 10.2 del TUO de la

⁷⁵ Ver escrito del 23 de septiembre de 2022, obrante de fojas 340 a 345 del expediente.

Ley 27444⁷⁶, pues contiene un vicio en su motivación, la cual constituye un requisito de validez del acto administrativo⁷⁷.

162. Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 227 del TUO de la Ley 27444, 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 suficientes para tales efectos⁷⁸.

163. En atención de lo expuesto, así como los principios de impulso de oficio, celeridad y simplicidad que inspiran el procedimiento administrativo⁷⁹, esta Sala

⁷⁶ **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 trámites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

⁷⁷ **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.

(...)

⁷⁸ **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.

⁷⁹ **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.

(...)

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.

(...)

procederá a emitir un pronunciamiento de fondo sobre la graduación de la sanción respecto de las conductas declaradas infractoras en el presente caso⁸⁰.

III.7. Graduación de la sanción

III.7.1. Marco normativo⁸¹

164. A efectos de graduar la sanción aplicable, el artículo 53 de la Ley de Represión de Competencia Desleal⁸² establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción, dependiendo de la adopción de uno u otro, de la conducta infractora cometida, y de las particularidades y características de cada caso en concreto.

165. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 246.3 del TUO de la Ley 27444, que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública⁸³. Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre

⁸⁰ Ver sub acápite A.3.1 y A.3.2 del acápite III.3.2 de la presente resolución.

⁸¹ En el presente caso no resulta de aplicación lo dispuesto en el Decreto Supremo 032-2021-PCM, Decreto Supremo que aprueba la graduación, metodología y factores para la determinación de las multas que impongan los órganos resolutivos del Indecopi respecto de las infracciones sancionables en el ámbito de su competencia, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 25 de febrero de 2021 y vigente desde el 14 de junio de 2021. Esto, debido a que el presente procedimiento inició con la notificación de la primera imputación de cargos contenida en la Resolución s/n del 13 de octubre de 2020 (lo cual se produjo el 24 de noviembre de 2020).

DECRETO SUPREMO 032-2021-PCM

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA TRANSITORIA

Única. Normas aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores en trámite

La graduación y determinación de las multas para los procedimientos administrativos sancionadores que estén en trámite a la entrada en vigencia del presente Decreto Supremo se seguirá realizando conforme a las normas vigentes a la fecha de inicio de dichos procedimientos.

⁸² **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.

⁸³ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 246.- 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.

(...)

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.

166. En ese sentido, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, en concordancia con el numeral 3 del artículo 246 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.
167. Al respecto, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁸⁴ 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.
168. 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.
169. Asimismo, 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 detección⁸⁵. Si una infracción es muy difícil de detectar, le corresponderá un porcentaje bajo de probabilidad y por tanto una multa mayor, mientras que si es de mediana o fácil detección tendrá un porcentaje mayor de probabilidad y una multa menor.
170. 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:

$$\text{Multa Base} = \frac{\text{Beneficio ilícito}}{\text{Probabilidad de detección}}$$

⁸⁴ 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.

⁸⁵ 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.

171. 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.
172. 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, 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 otros⁸⁶.
173. Asimismo, tal como ha sido tomado en cuenta en anteriores pronunciamientos, la sustancialidad o grado de impacto⁸⁷ que en la decisión de consumo del usuario pudo tener la infracción, es un criterio que también incide en la graduación de la sanción.
174. 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 infractora, 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

⁸⁶ 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 a tomar en cuenta para elegir un determinado plan de medios, son útiles para estimar el impacto que causará en los destinatarios la pieza publicitaria.

⁸⁷ 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.

o servicio se basaría principalmente en otros factores distintos a la publicidad, tales como el precio, la moda, el prestigio de la marca, entre otros.

III.7.2. Aplicación al presente caso

175. Tal como se desarrolló en el acápite III.3 de la presente resolución, Optical difundió una campaña publicitaria que contenía dos (2) mensajes infractores:

- (i) Que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica de Optical sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red, cuando ello no sería cierto; y,
- (ii) que el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología de fibra óptica de Optical sería el internet más rápido del país (Perú), cuando ello tampoco sería cierto.

176. 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.

177. 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.

178. El papel persuasivo de una publicidad se manifiesta precisamente en el período de 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 ventas que se hubieran producido como consecuencia de la infracción a las normas de competencia desleal.

179. Al respecto, de los actuados que obran en el expediente, se ha verificado que la campaña publicitaria que contenía ambos mensajes engañosos se difundió en medios digitales, como el sitio web de Optical, Facebook, Instagram y YouTube, durante el período de junio de 2020 a diciembre de 2021⁸⁸.

180. También se observa que Optical ha presentado información relacionada con los ingresos brutos obtenidos por la comercialización de sus servicios de internet

⁸⁸ Según lo declarado por la propia imputada en su escrito del 19 de julio de 2022 (obrante a fojas 316 y 317 del expediente) el período de difusión de la campaña publicitaria con los mensajes engañosos habría sido del 15 de junio de 2020 al 15 de diciembre de 2021, es decir, 1 año y medio aproximadamente.

durante el período infractor, los cuales ascienden a **[CONFIDENCIAL]**⁸⁹. Por consiguiente, a efectos de determinar el beneficio ilícito obtenido por la empresa denunciada durante el período infractor, se tomará como punto de partida dicho monto.

181. Asimismo, a fin de calcular el beneficio ilícito correspondiente a la difusión de los anuncios infractores en medios digitales, resulta conveniente -en primer lugar- considerar el grado de impacto que pudo generar la difusión de tal publicidad en los consumidores.
182. Se ha tenido oportunidad de revisar los siguientes estudios sobre el impacto de la publicidad en medios digitales (como las redes sociales) en el comportamiento de los consumidores⁹⁰:
- (i) «*Impact of Social Media on Consumer Behaviour*», elaborado por Chahat Chopra y Sachin Gupta⁹¹. Este estudio detalla que el 53.3% de los consumidores ven influenciado su comportamiento de compra por la publicidad en redes sociales⁹².

⁸⁹ Ver Anexo 5-A del escrito del 19 de julio de 2022.

⁹⁰ Con relación al estudio de Lavanda Reyes, traído a colación por Optical en su apelación, se observa que solo analiza las estrategias de *marketing* digital en las micro y pequeñas empresas (Mypes); sin embargo, por el volumen de ingresos y las características de Optical, dicho agente económico no se encontraría bajo los alcances del tipo de empresas objeto del referido estudio.

DECRETO SUPREMO 013-2013-PRODUCE. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE IMPULSO AL DESARROLLO PRODUCTIVO Y AL CRECIMIENTO EMPRESARIAL

Artículo 5.- Características de las micro, pequeñas y medianas empresas

Las micro, pequeñas y medianas empresas deben ubicarse en alguna de las siguientes categorías empresariales, establecidas en función de sus niveles de ventas anuales:

- Microempresa: ventas anuales hasta el monto máximo de 150 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

- Pequeña empresa: ventas anuales superiores a 150 UIT y hasta el monto máximo de 1700 Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

(...)

Artículo 6.- Exclusiones

No están comprendidas en la presente norma ni pueden acceder a los beneficios establecidos las empresas que, no obstante cumplir con las características definidas en la presente Ley, conformen un grupo económico que en conjunto no reúnan tales características, tengan vinculación económica con otras empresas o grupos económicos nacionales o extranjeros que no cumplan con dichas características, falseen información o dividan sus unidades empresariales, bajo sanción de multa e inhabilitación de contratar con el Estado por un período no menor de un (1) año ni mayor de dos (2) años.

⁹¹ **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. El tamaño de la muestra analizada fue de 136 consumidores de la región de Nueva Delhi.

⁹² 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%).

- (ii) «*Impact of Social Media on Consumer Buying Behaviour*», elaborado por Rabab Murtaza⁹³. Este estudio manifiesta que 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 Assumpter⁹⁴. 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.⁹⁵. Según el referido estudio, la publicidad en redes sociales fue importante en la decisión de compra del 22% de los consumidores⁹⁶.

183. Teniendo en cuenta los distintos porcentajes calculados en los estudios antes mencionados, esta Sala estima pertinente tomar como referencia un promedio de estos, a fin de lograr una aproximación razonable al impacto que genera la publicidad en medios sociales en el mercado. Así -en promedio- la publicidad por tales medios 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 aplicable al presente caso resulta 27.02%⁹⁷.

⁹³ **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*. De acuerdo con el documento, el universo incluye a diferentes grupos de personas de India y Kuwait.

⁹⁴ **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%.

⁹⁵ **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.

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.

⁹⁶ 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.

⁹⁷ Si bien los estudios antes mencionados permiten determinar que el 37.0% de las ventas realizadas por Optical se pudieron ver influenciadas 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

184. Sumado a ello, también es importante considerar el alcance y la sustancialidad de la publicidad difundida por medios digitales, ya que evidentemente estos factores pueden aumentar la desviación de la demanda.
185. En el presente caso, se debe tener en cuenta las particularidades de los soportes publicitarios donde se difundió la campaña publicitaria (el sitio web de Optical, Instagram, Facebook y YouTube): (i) en el caso de las redes sociales las publicaciones antiguas van quedando rezagadas por las nuevas que aparecen y/o están en constante actualización, lo que con el paso del tiempo dificulta su acceso; y, (ii) en el caso de las páginas web si bien los anuncios pueden ser percibidos de manera permanente por una cantidad considerable de usuarios, lo cierto es que su exposición se restringe únicamente a aquellos consumidores que acceden a la respectiva página web. Por tanto, la publicidad materia de cuestionamiento ha tenido un alcance mediano.
186. Optical manifestó que la publicidad en redes sociales en cuestión habría sido difundida únicamente en Lima; sin embargo, tomando en cuenta el medio empleado para difundir la campaña publicitaria materia de evaluación (redes sociales y página web), esta tuvo un alcance nacional al poder ser percibida por cualquier usuario, con independencia de la zona o región donde se encuentre. Por otro lado, si bien Optical indicó que solo ofrecería sus servicios en la ciudad de Lima, este criterio de graduación se encuentra relacionado con el alcance de la campaña publicitaria materia de evaluación, la cual -como ya se ha indicado- tuvo alcance nacional, de manera que corresponde desestimar este argumento.
187. Con relación a la sustancialidad del mensaje difundido, se aprecia que Optical buscó atraer consumidores resaltando aspectos relacionados a la calidad de su servicio (libre de caídas e interrupciones, así como la velocidad de su servicio de internet), los cuales son relevantes en la decisión del público para elegir a un operador de internet.
188. No obstante, también resulta importante tener en cuenta que no todos los anuncios difundidos por Optical como parte de la campaña publicitaria⁹⁸ contenían los mensajes engañosos materia de sanción. Por lo tanto, resultaría desproporcionado afirmar que la totalidad de los ingresos obtenidos por la imputada durante el período infractor se debieron a la conducta ilícita. Por ese motivo, tomando en cuenta la cantidad de anuncios que contienen los mensajes engañosos, la sustancialidad del mensaje difundido y su alcance, esta Sala

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%:

$$\begin{aligned} k / (1 + k) &= z \\ 37\% / (1 + 37\%) &= 27.02\%. \end{aligned}$$

⁹⁸ Difundida a través de redes sociales (como Instagram, Facebook, Youtube) y página web.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

estima necesario aplicar un factor de ajuste de **[CONFIDENCIAL]** al beneficio ilícito calculado⁹⁹.

189. En consecuencia, considerando el impacto efectivo que tuvo la publicidad en medios digitales sobre las ventas finales realizadas por Optical (27.02%) y el factor de ajuste que debe aplicarse en atención a las características del caso en concreto (**[CONFIDENCIAL]**), el beneficio ilícito asciende a **[CONFIDENCIAL]** o su equivalente a **[CONFIDENCIAL]** UIT.
190. 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**.
191. 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 cuenta que el mercado de internet fijo está conformado por operadores que cuentan con participaciones significativas en el mercado, como América Móvil. Por tanto, la posibilidad de detectar la comisión de la infracción es alta, en la medida de que otros agentes, como el denunciante, tendrán mayores incentivos para recurrir al sistema de represión de la competencia desleal si advierten que se producen conductas como la denunciada en el presente caso.
192. Al mismo tiempo, esta Sala tiene presente que la campaña publicitaria que contenía los 2 (dos) mensajes infractores fue difundida a través de sitio web y redes sociales (medios de difusión de alcance medio), por lo que se calcula una probabilidad de detección de **85%**¹⁰⁰.
193. Por tanto, aplicando la fórmula establecida en el numeral 170 se obtiene el siguiente resultado:

$$\text{[CONFIDENCIAL]} = \frac{\text{[CONFIDENCIAL]}}{\underline{\underline{0.85}}}$$

194. De conformidad con lo señalado, este Colegiado considera que, teniendo en cuenta el beneficio ilícito obtenido y la probabilidad de detección,

⁹⁹ Un criterio similar ha sido seguido por esta Sala en un pronunciamiento reciente, a través de la Resolución 0068-2023/SDC-INDECOPI del 6 de junio de 2023, donde se estableció un factor de ajuste (establecido para el caso concreto) al beneficio ilícito calculado, debido a que los dos (2) anuncios infractores fueron difundidos únicamente en Instagram y Facebook.

¹⁰⁰ 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.



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

correspondería imponer a Optical una sanción ascendente a 74.10 UIT por cada uno de los mensajes infractores.

195. Ahora bien, en su recurso de apelación, América Móvil señaló que se debería considerar como agravantes de la sanción el hecho de que Optical: (a) habría esgrimido una defensa que no facilitó 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 son justamente los que toma en cuenta un consumidor para escoger un servicio de internet; (d) no ha tomado ninguna medida para revertir los efectos residuales de su conducta; y, (e) ha incumplido los requerimientos de información de la primera instancia al omitir señalar la cantidad, frecuencia y período de difusión de los anuncios.
196. Sobre el particular, resulta pertinente precisar que, en el caso de los procedimientos seguidos por actos de competencia desleal, el legítimo interés del denunciante se sustenta en la búsqueda del cese de una conducta contraria a la buena fe empresarial y/o que produce un perjuicio en el proceso competitivo de cara a los consumidores, otros competidores y al mercado en general. De este modo, su intervención en el procedimiento se circunscribe a la calificación de una conducta como infracción, así como a que se disponga las medidas correctivas necesarias para el cese de dicha conducta infractora.
197. De acuerdo con ello, lo relativo a la facultad de imponer una sanción y a la determinación de su cuantía constituye una potestad exclusiva de la autoridad administrativa, por lo que en caso de que el vencedor del procedimiento sea el denunciante, este último no podrá cuestionar el importe de la sanción impuesta al vencido, en la medida de que dicha decisión no le produce agravio.
198. Sin perjuicio de ello, resulta necesario indicar que ni la Ley de Represión de la Competencia Desleal ni el TUO de la Ley 27444 prevén como agravantes alguna de las situaciones antes indicadas por América Móvil. Además, de una evaluación de los presuntos agravantes traídos a colación en el recurso de apelación de la referida empresa, se aprecia lo siguiente:
- (i) En cuanto al hecho de que Optical no hubiera esgrimido una defensa que facilite la resolución del caso acorde con su allanamiento, corresponde señalar que el allanamiento formulado por la imputada en sus descargos fue desestimado en el presente 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.
 - (ii) Con relación a la supuesta conciencia y voluntad que guiaron la conducta de Optical, se debe indicar que, si bien la intencionalidad es uno de los criterios de graduación de la sanción establecidos en el literal g) artículo

248.3 del TUO de la Ley 27444¹⁰¹ -norma de aplicación supletoria al presente procedimiento-, el numeral 1 del artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁰² 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 resulta pertinente considerar este criterio al graduar la sanción aplicable.

- (iii) Respecto a la relevancia de los atributos a los que se refiere la publicidad infractora de Optical, resulta pertinente mencionar que dicho criterio ha sido tomado en cuenta al momento de graduar la sanción que correspondía imponer a dicha imputada por incurrir en los actos de engaño declarados infractores, en específico, cuando se ha analizado la sustancialidad de los mensajes trasladados a los consumidores¹⁰³.
- (iv) En relación con que Optical no habría adoptado ninguna medida para revertir los efectos residuales de su conducta y que continuaría difundiendo los mensajes engañosos, resulta pertinente indicar que¹⁰⁴ -tal como se desarrollará en el siguiente acápite- cuando la autoridad establece la responsabilidad de un administrado por cierta infracción, además de la sanción, también puede ordenar medidas correctivas que prohíban la continuación de la conducta infractora, entre ellas -precisamente- el cese de la difusión de la publicidad engañosa detectada. Siendo así, en el supuesto de que Optical siga difundiendo anuncios con

¹⁰¹ **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:

- El beneficio ilícito resultando por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- 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;
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y,
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)

(Subrayado añadido)

¹⁰² Ver nota al pie 29.

¹⁰³ Ver numeral 187 de la presente resolución.

¹⁰⁴ Sin perjuicio de que durante el procedimiento la propia Optical manifestó haber cesado la difusión de la publicidad engañosa (ver punto (i) del numeral 5 de la presente resolución).

los mensajes engañosos detectados, esto debería ser valorado -de ser el caso- bajo el procedimiento respectivo¹⁰⁵.

- (v) Finalmente, sobre el alegato de que Optical habría incumplido los requerimientos de información de la primera instancia, contrariamente a lo señalado por la apelante, de la revisión del expediente se observa que la imputada sí atendió los requerimientos que fueron realizados por la autoridad¹⁰⁶.

199. En consecuencia, se desestiman los argumentos formulados por América Móvil en apelación.

200. Por otra parte, se debe tener en cuenta que al haberse transmitido dos (2) mensajes que califican como actos de engaño en materia publicitaria a través de la misma campaña publicitaria, genera que nos encontremos frente a lo que se conoce como un concurso ideal de infracciones¹⁰⁷.

201. Por tanto, cuando la autoridad verifique la existencia de un concurso ideal de infracciones, la sanción aplicable se determinará graduando las sanciones correspondientes de manera independiente, para luego imponer la sanción que corresponde a la infracción más grave¹⁰⁸, de acuerdo con lo establecido en el artículo 248.6 del TUO de la Ley 27444.

202. Siendo así, la sanción que se aplicará en el presente caso será la prevista para la infracción de mayor gravedad, es decir, solo corresponderá imponer una sanción de 74.10 UIT.

¹⁰⁵ Relacionado con un eventual incumplimiento de la medida correctiva.

¹⁰⁶ A modo de ejemplo, ver el escrito del 19 de julio de 2022 (obrante a fojas 316 y 317 del expediente).

¹⁰⁷ **DECRETO SUPREMO 004-2019-PCM. 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:
(...)

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

¹⁰⁸ «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.

203. Sin embargo, este Colegiado no puede imponer a Optical una sanción mayor a la establecida por la primera instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 del Decreto Legislativo 1044¹⁰⁹ en concordancia con lo previsto en el artículo 258.3 del TUO de la Ley 27444¹¹⁰, el cual contempla el principio de «interdicción de la reforma en peor» (*non reformatio in peius*).

204. Por tanto, dado que la multa calculada por este Colegiado supera significativamente la impuesta por la primera instancia¹¹¹, la sanción por ambas infracciones queda fijada en 28.5 UIT, conforme a lo determinado por la primera instancia.

205. Finalmente, la sanción impuesta no excede el 10% de los ingresos brutos obtenidos por Optical 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.8. Sobre las medidas correctivas

206. 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 infractor¹¹².

¹⁰⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 49.- Resolución del Tribunal

La resolución del Tribunal no podrá suponer la imposición de sanciones más graves para el infractor sancionado, cuando éste recurra o impugne la resolución de la Comisión.

¹¹⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 258.- Resolución

(...)
258.3 Cuando el infractor sancionado recurra o impugne la resolución adoptada, la resolución de los recursos que interponga no podrá determinar la imposición de sanciones más graves para el sancionado.

¹¹¹ Aun cuando se decidiera acoger el argumento sobre subsanación de la conducta propuesto por Optical, el cálculo de la multa [CONFIDENCIAL] continuaría superando la sanción impuesta por la Comisión.

¹¹² **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;
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,

207. 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, en ese contexto, 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.
208. Mediante Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión ordenó a Optical en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada, en tanto dé a entender a los consumidores que: (a) el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red y dicho mensaje no sea cierto; y, (b) el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país y dicho mensaje no sea cierto.
209. Por tanto, considerando que esta Sala ha confirmado la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Optical por las referidas conductas imputadas, la medida correctiva impuesta resulta idónea para restablecer la leal competencia en el mercado y evitar que en el futuro la infractora vuelva a incurrir en tales conductas sancionadas. En este sentido, corresponde confirmar la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI en este extremo.
210. Por otro lado, 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.
211. Al respecto, esta Sala ha señalado en anteriores pronunciamientos¹¹³ 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 analizarse bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad¹¹⁴ a fin de que estas no resulten arbitrarias ni constituyan medidas excesivas para los

g) La publicación de la resolución condenatoria.

¹¹³ 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.

¹¹⁴ 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)

administrados. Cabe indicar que 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.

212. Teniendo ello en cuenta, este Colegiado considera que las medidas correctivas impuestas por la Comisión deberían resultar suficientes para suprimir y/o mitigar los efectos negativos producidos por Optical en el mercado. Ello, en tanto la medida de cese no implica solo quitar o suprimir la publicidad engañosa, sino que anuncios similares que contengan las afirmaciones engañosas identificadas no vuelvan a ser difundidos en el futuro, en tanto ello no sea cierto, bajo sanción de iniciarse un procedimiento administrativo por su incumplimiento.
213. En atención al tipo de campaña publicitaria infractora y el soporte donde se materializó su difusión (sitio web y redes sociales), estas tienen la particularidad de ser dinámicas y encontrarse en constante actualización. Así, por ejemplo, en redes sociales, con el paso del tiempo, las publicaciones van quedando rezagadas por las nuevas publicaciones que aparecen, por lo que el efecto en la mente de los consumidores no es perenne, sino que van siendo reemplazados por otros nuevos anuncios que se vayan difundiendo.
214. Inclusive, teniendo en consideración el tiempo transcurrido desde el término del período de difusión de la campaña publicitaria (diciembre de 2021) y la fecha de emisión de la presente resolución (junio de 2023), resulta evidente que un mandato de publicación de avisos rectificatorios a Optical resultaría desproporcionado para los fines que persigue la imposición de este tipo de medidas correctivas, puesto que es probable que los mensajes específicamente difundidos en la campaña publicitaria infractora ya no subsistan en la mente de los consumidores.
215. Por tanto, esta Sala no considera pertinente ordenar, adicionalmente a la medida ya impuesta por la Comisión, la publicación de avisos rectificatorios de los mensajes engañosos difundidos por Optical.

III.9. Sobre los demás extremos de la resolución apelada

216. Mediante Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión también ordenó a Optical al pago de las costas y costos incurridos por América Móvil en el procedimiento, así como la inscripción de Optical en el Registro de Infractores creado por la Comisión.
217. Al respecto, tomando en consideración que esta Sala ha confirmado la responsabilidad de la imputada y que Optical no ha formulado cuestionamientos



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

al respecto, corresponde confirmar estos extremos de la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la confidencialidad de la información presentada por Optical Technologies S.A.C. en su recurso de apelación, así como de la información presentada por América Móvil Perú S.A.C. en su escrito del 17 de julio de 2023, conforme a lo indicado en el acápite III.1 de la presente resolución.

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Optical Technologies S.A.C.:

- (i) 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 difundió una campaña publicitaria en la que daba a entender a los consumidores que el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red; cuando ello no era cierto.
- (ii) 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 difundió una campaña publicitaria en la que daba a entender a los consumidores que el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el Internet de fibra óptica más rápido del país; cuando ello no era cierto.

TERCERO: Confirmar la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Optical Technologies S.A.C.:

- (i) Por la presunta 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 habría difundido una campaña publicitaria en la que daría a entender a los consumidores que el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el mejor del país.
- (ii) Por la presunta 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 la difusión de un anuncio publicitario en página web en el que afirmaba ser «*el único Internet por fibra*»

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

80/82

óptica para hogares (...)»; dando a entender a los consumidores que el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el único servicio de fibra óptica en el país.

- (iii) Por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto previsto en el artículo 8.2 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referido a la difusión de alegados testimonios que harían referencia a las experiencias que tendrían los consumidores respecto del uso de su servicio de Internet.
- (iv) Por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto establecido en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

CUARTO: Declarar la nulidad parcial de la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo referido a la graduación de la multa de 28.5 UIT impuesta a Optical Technologies S.A.C.

QUINTO: En aplicación del artículo 227 del del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, sancionar a Optical Technologies S.A.C. con una multa de 28.5 UIT por la difusión de los dos (2) mensajes engañosos declarados infractores.

SEXTO: Confirmar la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que ordenó a Optical Technologies S.A.C. como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria cuestionada, en tanto dé a entender a los consumidores que: (a) el servicio de internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería 100% estable, sin caídas, fallas, interrupciones y saturación de red y dicho mensaje no sea cierto; y, (b) el servicio de Internet fijo para el hogar en tecnología fibra óptica sería el internet de fibra óptica más rápido del país y dicho mensaje no sea cierto.

SÉTIMO: Confirmar la Resolución 40-2022/CCD-INDECOPI del 27 de septiembre de 2022 en el extremo que ordenó a Optical Technologies S.A.C. el pago de las costas y costos incurridos por América Móvil Perú S.A.C. en el presente procedimiento, así como la inscripción de Optical Technologies S.A.C. en el Registro de Infractores creado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

OCTAVO: Requerir a Optical Technologies 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



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 0093-2023/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0137-2020/CCD

Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS¹¹⁵, 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.



Firma Digital

Firmado digitalmente por LLONA
SILVA Cesar Augusto FAU
20133840533 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 17.08.2023 21:00:35 -05:00

CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA
Presidente



¹¹⁵

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

82/82

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