

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución N°0030-2018/SDC-
INDECOPI

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

Gladys Ximena Torres Ventura

ASESOR:

Enrique Rosendo Bardales Mendoza


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, BARDALES MENDOZA, ENRIQUE ROSENDO, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI", del autor Torres Ventura , Gladys Ximena, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como 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, 14 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> BARDALES MENDOZA, ENRIQUE ROSENDO	
DNI: 08571041	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-6986-6350	

RESUMEN

El presente informe contiene un análisis del contenido de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI, la cual se dio en el marco del Expediente N°0031-2015/CD1-INDECOPI a raíz de la denuncia de América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) en contra de Entel Perú S.A.C. (de ahora en adelante, Entel) por infracciones a la leal competencia en las modalidades de engaño, legalidad, denigración y comparación indebida. Al respecto, en este informe se analizará en específico la publicidad alusiva dada en las campañas publicitarias “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago – Superbolsas” y la consecuente comparación indebida. Siendo así, a través del uso de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada mediante Decreto Legislativo N°1044 (en adelante, LRCD), jurisprudencia y doctrina se llegó a la conclusión de que el criterio de Indecopi no es suficiente para determinar la alusión inequívoca indirecta puesto que en oligopolios altamente concentrados no será necesario el factor de elementos adicionales para establecer publicidad alusiva, dado que la estructura del mercado será suficiente para que el receptor de la publicidad pueda identificar y determinar a qué empresas de la competencia se está haciendo referencia. Finalmente, también se critica lo determinado por esta entidad pues no se tomó en consideración todos los factores alegados por el denunciante, haciendo deficiente su resolución.

Palabras clave

Comparación indebida, alusión inequívoca, oligopolio, competencia desleal, publicidad alusiva.

ABSTRACT

This report contains an analysis of the content of Resolution No. 0030-2018/SDC-INDECOPI, which was issued within the framework of Case No. 0031-2015/CD1-INDECOPI following the complaint by América Móvil Perú S.A.C. (hereinafter referred to as "América Móvil") against Entel Perú S.A.C. (hereinafter referred to as "Entel") for violations of fair competition in the forms of deception, illegality, denigration, and improper comparison. In this report, we will specifically analyze the advertising content presented in the "Experiencia 4G-Entel" and "Entel Prepago - Superbolsas" advertising campaigns, as well as the consequent improper comparison. Therefore, by using the Unfair Competition Repression Law, approved by Legislative Decree No. 1044 (hereinafter referred to as the "UCRL"), jurisprudence, and doctrine, it was concluded that Indecopi's criteria are insufficient to determine unequivocal indirect allusion since in highly concentrated oligopolies, additional elements are not necessary to establish allusive advertising, as the market structure itself is sufficient for the recipient of the advertising to identify and determine which competing companies are being referred to. Finally, this entity's determination is also criticized for not considering all the factors alleged by the complainant, rendering its resolution deficient.

Keywords

Improper comparison, unequivocal allusion, oligopoly, unfair competition, allusive advertising.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	2
1.1. Justificación de la elección de la resolución.....	2
1.2. Presentación del caso.....	2
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES	4
2.1. Antecedentes	4
2.2. Hechos relevantes del caso	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	20
3.1. Problema principal	20
3.2. Problemas accesorios.....	20
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	20
4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	21
4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución	21
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	22
5.1. PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Existió publicidad alusiva en las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas”?.....	22
5.1.1. <i>PROBLEMA ACCESORIO 1: Acerca de la campaña publicitaria “Experiencia 4G-Entel”</i>	23
5.1.2. <i>PROBLEMA ACCESORIO 2: Acerca de la campaña publicitaria “Entel Prepago - Super Bolsas”</i>	36
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	42
JURISPRUDENCIA	43
ANEXOS	44
Anexo 1: Campaña publicitaria Experiencia 4G – Entel.....	44
Anexo 2: Campaña publicitaria Entel Prepago - Super Bolsas	47

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI / América Móvil Perú S.A.C. vs Entel Perú S.A.
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Actos de competencia desleal, publicidad comercial, actos de comparación indebida
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N°0363-2014/SDC-INDECOPI Resolución N°0074-2016/CD1-INDECOPI Resolución N°0397-2013/SDC-INDECOPI Resolución N°2758-2010/SC1-INDECOPI Resolución N°0547-2004/TDC-INDECOPI Resolución N°3280-2010/SC1-INDECOPI
DEMANDANTE/ DENUNCIANTE	América Móvil Perú S.A.C.
DEMANDADO/DENUNCIADO	Entel Perú S.A.
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Segunda instancia - Sala Especializada en Defensa de la Competencia
TERCEROS	-
OTROS	-

I. INTRODUCCIÓN

1.1. Justificación de la elección de la resolución

Para el desarrollo del presente informe jurídico se eligió la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI pues involucra una denuncia por competencia desleal dentro del sector de las telecomunicaciones, específicamente en el de telefonía móvil. Al respecto, la estructura del mercado en cuestión es un oligopolio conformado únicamente por cuatro empresas operadoras móviles de red; siendo así, al ser un sector tan competitivo, las ofertas son planteadas a través de publicidad agresiva, a fin de conseguir la mayor cantidad de abonados. Dado ello, dichas empresas son especialmente susceptibles de incurrir en conductas ilícitas con el objetivo de poder demostrar una mejor oferta al público, incurriendo en prácticas anticompetitivas como la comisión de actos de competencia desleal. En ese sentido, dicha susceptibilidad aumenta cuando existen operadoras tratando de incrementar su cuota de mercado, como pasó en el contexto de la resolución en mención.

Al respecto, el punto más controvertido y en el cual se enfocará este trabajo es la presunta comparación indebida realizada en las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas” puesto que, al solo existir cuatro competidores en el mercado, la alusión inequívoca es una cuestión controversial, ya que la competencia es determinable por el usuario debido a la estructura del mercado, a pesar de que no se realice una mención explícita ni sea intención del anunciante. Dado ello, aunque no inmiscuya una denominación o alusión específica a una empresa operadora en particular, sino únicamente una referencia a la competencia, surge la pregunta de, ¿es suficiente para que el consumidor y las empresas competidoras identifiquen a quién se refiere?

1.2. Presentación del caso

El presente caso inició cuando América Móvil denunció a Entel por múltiples infracciones a la leal competencia en las modalidades de engaño, legalidad, denigración y comparación indebida. Siendo así, las referidas operadoras se

enfascaron en una batalla legal desde julio de 2015 a febrero de 2018, a fin de verificar si las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas” eran contrarias al ordenamiento jurídico. Dentro de tal procedimiento, se llevaron a cabo dos instancias en las que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (desde ahora, la Sala) confirmó, en su mayoría, la decisión de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión); únicamente declarando fundada una infracción más.

Al respecto, es interesante que la Sala y la Comisión declararan la inexistencia de comparación indebida, puesto que es una modalidad considerada controversial debido a la diferencia de opiniones en la doctrina. Siendo así, y al contrario de lo decidido por la Sala, considero preliminarmente que la operadora denunciada sí realizó una comparación indebida en ambas campañas mencionadas, conforme al servicio ofrecido por la denunciante.

A fin de verificar ello, se utilizó principalmente el Decreto Legislativo N°1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, así como la jurisprudencia que utilizó la Sala para validar su punto, sean las Resoluciones Resolución N°0363-2014/SDC-INDECOPI, Resolución N°0074-2016/CD1-INDECOPI, Resolución N°0397-2013/SDC-INDECOPI, Resolución N°2758-2010/SC1-INDECOPI, Resolución N°0547-2004/TDC-INDECOPI, y Resolución N°3280-2010/SC1-INDECOPI. Por otro lado, con respecto a la doctrina, principalmente se apreciaron los libros de: La publicidad comparativa¹ y Problemas Jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra²; así como los artículos: Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom”³ y Cómo NO se debe interpretar la publicidad comercial⁴, ambos de autoría del profesor Alex Sosa. Finalmente, también se apreciaron los lineamientos de Indecopi, sean

¹ Tato, A. (1996). La publicidad comparativa. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

² Lema, C. (2007). 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. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

³ Sosa, A. (2017). Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom”. Derecho y Sociedad, 49, 161-182.

⁴ Sosa, A. (2017). Cómo NO se debe interpretar la publicidad comercial. Pólemos.

Lineamientos sobre publicidad engañosa⁵ y Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial⁶.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

El procedimiento que culminó con la Resolución en cuestión, se llevó a cabo en el periodo comprendido entre el 7 de julio de 2015, fecha de la interposición de la denuncia, y el 13 de febrero de 2018, fecha de la emisión del pronunciamiento de la Sala. No obstante, las campañas y anuncios materia de denuncia iniciaron en las siguientes fechas:

- Campaña publicitaria “Experiencia 4G-ENTEL”: 13 de octubre de 2014
- Campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas”: 14 de mayo de 2015
- Anuncio “Samsung Galaxy Core Prime”: no especifica fecha de emisión
- Anuncio sobre el equipo “Sony Xperia E4G”: 1 de junio de 2015
- Anuncio “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G – Muy pronto en todo el Perú”: 1 de junio de 2015
- Anuncio sobre el equipo “HUAWEI P7”: 1 de abril de 2015

En tal contexto, y de igual forma que en la actualidad, solo existían cuatro empresas operadoras móviles con red (OMR); sin embargo, solo tres habían implementado la tecnología 4G⁷, sean América Móvil, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) y Entel, siendo los únicos competidores con dicho servicio.

Ahora bien, para reflejar los antecedentes e ilustrar el contexto de las conductas denunciadas, nos situaremos en el periodo comprendido entre julio de 2014 a

⁵ INDECOPI. (2015). Lineamientos sobre publicidad engañosa. Lima: INDECOPI.

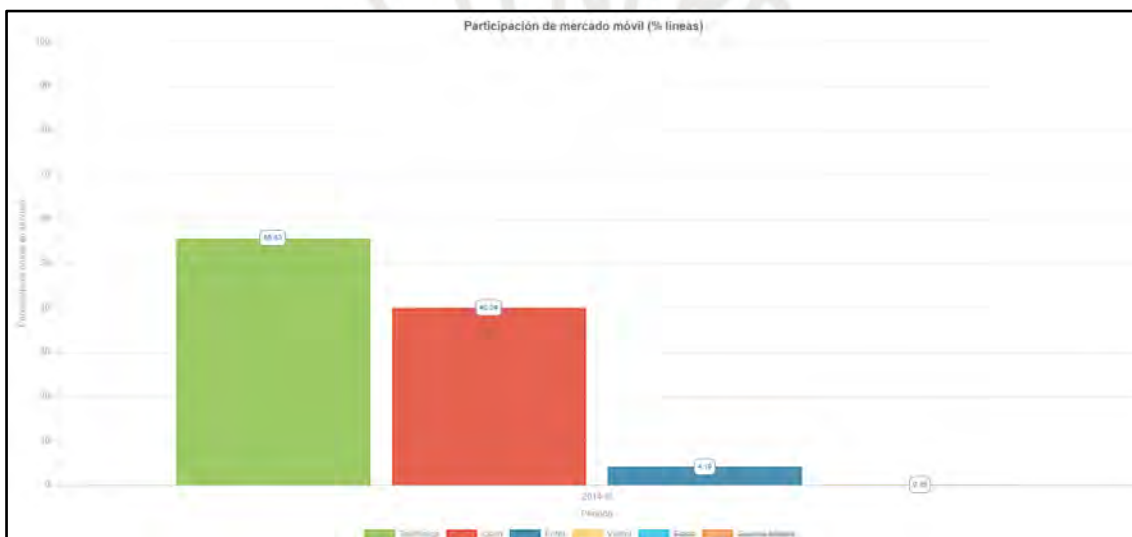
⁶ INDECOPI. (2021). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial (Vols. Resolución N° 001-2021-LIN-CCD/INDECOPI). Lima: INDECOPI.

⁷ De acuerdo con lo señalado en el pie de la página 62, ubicado en la página 58 de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI.

diciembre de 2015, a fin de poder apreciar el mercado antes de la emisión de las publicidades cuestionadas y después de la publicación de todas. Al respecto, se utilizan dichas fechas debido a que la información reportada por Osiptel es comúnmente realizada en periodos de tres y seis meses por lo que, es más accesible y ordenado obtener los datos en dichos intervalos.

Siendo así, la participación de mercado móvil por empresa en el trimestre anterior a la emisión de la primera publicidad cuestionada⁸, campaña publicitaria “Experiencia 4G-ENTEL”, fue la siguiente:

Gráfico 1: Participación de mercado móvil (% líneas)⁹



Fuente: Punku Osiptel

Ello involucraba la posición de dominio de Telefónica con el 55.63% del mercado, secundada por América Móvil con el 40.04%, y seguidos por Entel y Viettel Perú S.A.C. (desde ahora, Viettel) con menores porcentajes, 4.19% y 0.15% respectivamente.

Por otro lado, ha de tomarse en cuenta que las campañas publicitarias fueron difundidas con el mensaje principal de que los abonados de otras operadoras se porten¹⁰ a la denunciada. Dado ello, se tomará en cuenta la fecha en la que se

⁸ Campaña publicitaria “Experiencia 4G-ENTEL”, publicada a partir del 13 de octubre de 2014

⁹ OSIPTEL (2015). PUNKU. Reporte de servicios. Extraído de: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

¹⁰ Mensaje desarrollado en la publicidad bajo la palabra “migrar”.

inició con el nuevo procedimiento de portabilidad en julio de 2014, previo a la emisión de las campañas publicitarias de Entel y a la interposición de la denuncia en cuestión, hasta diciembre de 2015, fecha que se delimitó previamente. Siendo así, en tal periodo la portabilidad entre empresas operadoras era la siguiente:

Gráfico 2: Posición Neta Mensual de la Portabilidad en Telefonía Móvil
(07/2014 – 06/2015)¹¹

Año	Mes	Cantidad Líneas Portadas	TELEFONÍA MÓVIL											
			Entel			Vitel			América Móvil			Telefónica del Perú		
			Líneas Ganadas	Líneas Perdidas	Neto Líneas Portadas	Líneas Ganadas	Líneas Perdidas	Neto Líneas Portadas	Líneas Ganadas	Líneas Perdidas	Neto Líneas Portadas	Líneas Ganadas	Líneas Perdidas	Neto Líneas Portadas
2014	Julio*	5,685	1,649	-1,408	241	0	0	0	2,773	-1,632	1,141	1,263	-2,645	-1,382
	Agosto	6,514	2,159	-2,122	37	121	-1	120	3,199	-3,400	-201	3,035	-2,991	44
	Setiembre	11,844	3,483	-2,173	1,310	466	0	466	4,200	-4,875	-675	3,695	-4,796	-1,101
	Octubre	40,903	24,959	-2,785	22,114	746	-87	659	8,260	-19,751	-11,491	6,938	-18,280	-11,342
	Noviembre	54,191	32,162	-3,180	28,982	1,955	-194	861	10,538	-26,434	-15,896	10,436	-24,383	-13,947
	Diciembre	45,710	22,666	-3,719	18,947	963	-402	581	11,578	-21,330	-9,752	10,483	-20,259	-9,776
2015	Enero	36,705	17,626	-3,468	14,158	920	-419	501	9,234	-17,136	-7,902	8,925	-15,682	-6,757
	Febrero	44,540	20,749	-4,801	15,948	718	-1,054	-336	15,420	-16,685	-1,265	7,653	-22,000	-14,347
	Marzo	65,142	30,638	-5,521	25,117	864	-4,668	-3,804	21,504	-26,044	-4,540	12,136	-28,909	-16,773
	Abril	64,016	28,346	-9,841	18,505	980	-2,357	-1,377	23,204	-22,320	884	11,486	-29,498	-18,012
	Mayo	62,922	29,596	-6,695	22,901	1,587	-3,298	-1,711	21,051	-22,491	-1,440	10,688	-30,438	-19,750
	Junio	59,374	27,428	-5,899	21,529	2,589	-4,118	-1,529	18,130	-20,581	-2,451	11,227	-28,776	-17,549
	Julio	84,536	35,330	-11,494	23,836	4,431	-7,954	-3,523	20,794	-29,419	-8,625	23,981	-35,669	-11,688
	Agosto	84,596	38,450	-10,307	28,143	5,725	-5,099	626	24,782	-28,303	-3,521	14,641	-40,889	-26,248
	Septiembre	88,347	47,074	-9,379	37,695	7,124	-4,672	2,452	22,788	-30,315	-7,527	11,361	-43,981	-32,620
	Octubre	94,200	51,961	-11,887	40,074	6,263	-6,439	-176	22,429	-33,893	-11,464	13,547	-41,981	-28,434
	Noviembre	81,138	43,673	-11,159	32,514	4,068	-3,631	437	22,016	-29,613	-7,597	11,381	-36,735	-25,354
	Diciembre	111,209	53,786	-15,946	37,840	5,321	-6,025	-704	35,779	-36,604	-825	16,323	-52,634	-36,311
Total Acumulado		1,043,574	512,735	-121,784	390,951	43,961	-50,418	-6,457	297,679	-390,626	-93,147	189,199	-480,546	-291,347

(*) Desde el inicio del nuevo procedimiento de portabilidad (16 de Julio de 2014).

Fuente: Reporte de Portabilidad Numérica Osiptel

De acuerdo con dicha gráfica, se puede apreciar a Entel como favorecido puesto que la cantidad neta de líneas portadas era positiva, ganando, en junio de 2015, 21 529 líneas móviles, mientras que en las otras operadoras la cantidad neta era negativa, significando únicamente pérdidas de abonados a costa de la portabilidad.

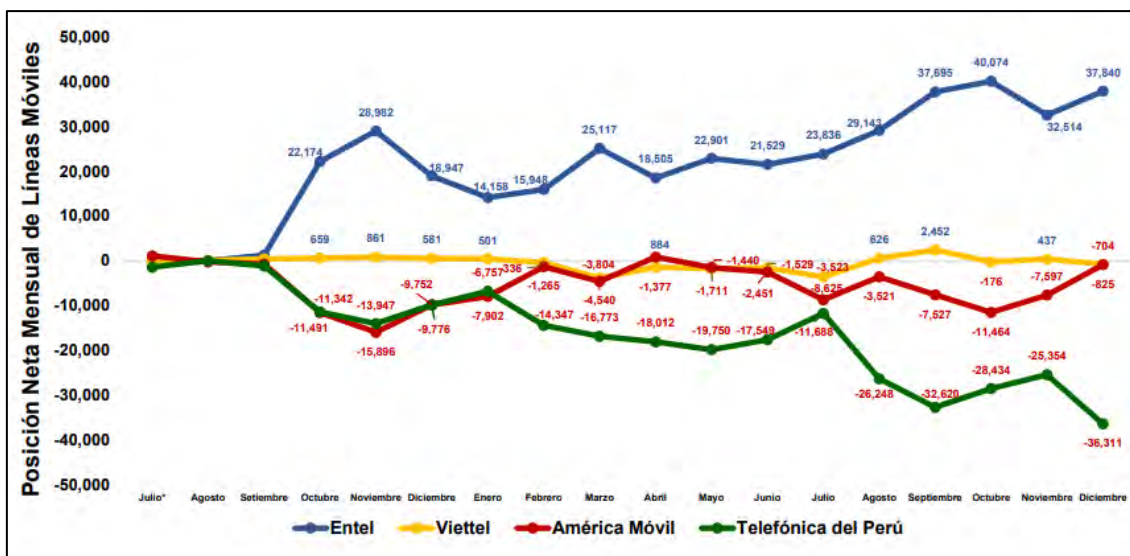
A su vez, después de la emisión de la primera campaña cuestionada¹² y la denuncia de América Móvil, en los meses comprendidos entre agosto y diciembre de 2015, se puede apreciar que la recepción de líneas portadas continuó incrementando, no existiendo cambios bruscos o extremos hasta el mes

¹¹ OSIPTEL (2015). Reporte de Portabilidad Numérica al 31 de diciembre de 2015. Extraído de: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/311/Reporte%20-%20Portabilidad%20Num%20a%20WEB%20-%2030%20mayo%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹² Campaña publicitaria “Experiencia 4G-ENTEL”, publicada a partir del 13 de octubre de 2014.

de septiembre de 2015, en el que Entel ganó casi 10 000 líneas móviles, lo cual se puede apreciar en el gráfico siguiente:

Gráfico 3: Posición Neta Mensual de la Portabilidad en Telefonía Móvil¹³



Fuente: Reporte de Portabilidad Numérica Osiptel

Siendo así, la empresa operadora que recibió el mayor número de líneas portadas fue Entel, la cual, desde julio de 2014 a diciembre de 2015, ganó 512 735 líneas. El detalle a continuación:

Gráfico 4: Cantidad Acumulada de Líneas Móviles Portadas del 16/07/2014 al 31/12/2015¹⁴

(ver el gráfico en la siguiente página)

¹³ OSIPTEL (2015). Reporte de Portabilidad Numérica al 31 de diciembre de 2015. Extraído de: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/311/Reporte%20-%20Portabilidad%20Num%20c3%a9rica%20WEB%20-%2030%20mayo%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹⁴ OSIPTEL (2015). Reporte de Portabilidad Numérica al 31 de diciembre de 2015. Extraído de: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/bitstream/handle/20.500.12630/311/Reporte%20-%20Portabilidad%20Num%20c3%a9rica%20WEB%20-%2030%20mayo%202015.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Líneas Móviles Portadas Del 16 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2015		Operador RECEPTOR (Gana clientes)				Total de líneas pérdidas
		Entel	Viettel	América Móvil	Telefónica del Perú	
Operador CEDENTE (Pierde clientes)	Entel		3,177	76,311	42,296	121,784
	Viettel	9,512		23,682	17,224	50,418
	América Móvil	239,348	21,799		129,679	390,826
	Telefónica del Perú	263,875	18,985	197,686		480,546
Total de Líneas Ganadas		512,735	43,961	297,679	189,199	1,043,574

Fuente: Reporte de Portabilidad Numérica Osiptel

Ahora bien, tal ganancia no se le puede atribuir únicamente a las campañas publicitarias y servicio de Entel puesto que se vieron involucrados distintos factores como el buen o mal desempeño de las otras empresas operadoras, basado en servicios como atención al cliente, cobertura de red, velocidad de transmisión de datos, entre otros. Empero, es necesario apreciarlos en el contexto a fin de entender cómo se desarrollaba el fenómeno de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones, con una creciente y continua participación de Entel, a costa de su competencia; así como su desenvolvimiento agresivo en el mercado.

2.2. Hechos relevantes del caso

Posiciones de las partes en el procedimiento administrativo:

El 7 de julio de 2015, América Móvil denunció a Entel por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, denigración y comparación indebida. Al respecto, tal denuncia se basó en los siguientes hechos:

Fundamentos de la denunciante:

- i. Entel difundió dos campañas publicitarias denominadas “Experiencia 4G - Entel” y “Entel Prepago - Super bolsas” conteniendo mensajes denigratorios y realizando comparaciones indebidas utilizando frases subjetivas y engañosas. Al haber un número reducido de operadoras, América Móvil consideró que se trataba de una alusión inequívoca a sus competidores.

- ii.* Además, tales campañas eran ilícitas pues inducían al error a los consumidores con respecto a los beneficios que ofrecía la denunciada, supuestamente de forma exclusiva toda vez que, Entel comunicaba que era el único en prestar el servicio de transmisión de datos 4G LTE, lo que era un acto de engaño.
- iii.* A su vez, incurrió en una infracción al principio de legalidad al no haber consignado el número de unidades disponibles y duración de las promociones: (a) “por la compra de un equipo Samsung Galaxy S6 o S6 Edge obtén 6 meses gratis de Google Play Music”; y, (b) “adquiere un equipo Huawei P7 a S/. 9 plan de 149 (Portabilidad).
- iv.* Finalmente, Entel habría incurrido en un acto de engaño al difundir tres anuncios que especificaban que (a) Samsung Galaxy Core Prime tendría el atributo de “doble chip único en el Perú”; (b) Sony Experia E4G se habría comercializado “primero en el Perú”; y, (c) “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G _ Muy pronto en todo el Perú”, lo que no era cierto.

Admisión a trámite de la denuncia administrativa:

El 5 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Secretaría Técnica) admitió a trámite la denuncia, imputando a Entel la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, denigración, comparación indebida e infracción al principio de legalidad.

Fundamentos de la denunciada:

El 23 de septiembre de 2015, Entel presentó sus descargos negando y contradiciendo los hechos imputados, puesto que:

- i.* Sobre la campaña publicitaria “Experiencia 4G - Entel”

- La publicidad se desarrolló con el fin de informar al consumidor sobre las características de sus servicios, utilizando la parodia como elemento persuasivo para que estos sean adquiridos. Asimismo, las afirmaciones realizadas eran de carácter subjetivo, careciendo de un contexto objetivo que permita su comprobación.
- No se realizaba una alusión conjunta e inequívoca a América Móvil puesto que no se hizo referencia a la oferta de alguno de los competidores determinados ni a la propia denunciante.
- El uso del término “mejor” no era comparativo, sino una expresión de ovación genérica y opinión propia, no configurando una expresión comprobable.
- El anuncio fue realizado de manera genérica e impersonal, no aludiendo a América Móvil ni a otro competidor.
- La experiencia 4G del denunciante no aludía a que solo Entel ofrecía transmisión de datos 4G LTE sino a todas las características de los servicios brindados a los clientes, lo que se traducía como una experiencia.

ii. Sobre la campaña publicitaria “Entel Prepago - Super Bolsas”

- La publicidad se desarrolló con el fin de informar al consumidor sobre las características de sus servicios, utilizando la parodia como elemento persuasivo para que estos sean adquiridos. Asimismo, las afirmaciones realizadas eran de carácter subjetivo, careciendo de un contexto objetivo que permita su comprobación.
- No se realizaba una alusión conjunta e inequívoca a América Móvil puesto que no se hizo referencia a la oferta de alguno de los competidores determinados ni a la propia denunciante.
- Por otro lado, no constituyó un acto de denigración toda vez que se trató de una parodia, realizada de forma genérica e impersonal, no aludiendo a la denunciante.

iii. Sobre el anuncio publicitario “Samsung Galaxy Core Prime”

- El anunciante no fue Entel.

iv. Sobre el anuncio publicitario “Sony Xperia 4G”

- Entel fue quien lanzó primero el equipo móvil en cuestión, lo que se podía comprobar con el proveedor Sony Mobile Communications.

- v. Sobre el anuncio publicitario “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G - Muy pronto en todo el Perú”
 - La corrección de la información mal consignada se realizó de manera oportuna, no configurando un supuesto de engaño.
- vi. Sobre el anuncio publicitario “Huawei P7”
 - El stock disponible del equipo móvil referido se encontraba como parte del catálogo, produciendo que el consumidor haya podido tomar conocimiento oportuno.

Fallo de la primera instancia administrativa:

El 6 de abril de 2016, la Comisión emitió la Resolución N°074-2016/CD1-INDECOPI, declarando:

- i.* Fundada en parte la imputación formulada bajo la modalidad de engaño respecto de los anuncios: (a) “el equipo Sony Xperia E4G se comercializó primero en Entel”; y, (b) “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G _ Muy pronto en todo el Perú”.
- ii.* Fundada en parte con respecto a la infracción al principio de legalidad por el anuncio del equipo “Huawei P7 a S/ 9 en plan de 149 (portabilidad)”.
- iii.* Infundada la imputación con respecto a la difusión de un anuncio que informaba que el “Samsung Galaxy Core Prime” tendría el atributo de “doble chip único en el Perú” toda vez que no se había acreditado que Entel lo haya difundido.
- iv.* Infundada la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, denigración, comparación indebida e infracción al principio de legalidad al difundir la campaña “Experiencia 4G - Entel” toda vez que: (i) no existía alusión que permita identificar la red privada móvil de América Móvil; (ii) la “Experiencia 4G” era una denominación comercial; (iii) con respecto al engaño por la frase “Gracias a la experiencia 4G que sólo

Entel te ofrece”, el consumidor entendería la experiencia 4G como una experiencia de servicio particular y no como el único operador móvil en brindarla; (iv) con respecto a la promoción: “por la compra de un equipo Samsung Galaxy S6 o S6 Edge obtén 6 meses gratis de Google Play Music”, no existía infracción al principio de legalidad pues el beneficio era con respecto a una aplicación por lo que no se encontraba sujeto a consignar el número de unidades disponibles.

- v. Infundada la imputación por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, denigración y comparación indebida al difundir la campaña “Entel Prepago – Super bolsas”. Ello debido a que: (i) no existía alusión inequívoca a América Móvil; (ii) no existían actos de engaño puesto que el mensaje publicitario era de carácter subjetivo, resaltando las características propias del servicio.

Bajo ese argumento, se impusieron a Entel las siguientes sanciones:

- i. Por la difusión del anuncio “El equipo Sony Xperia E4G se comercializó primero en Entel”: 5 UIT;
- ii. por la difusión del anuncio “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G _ Muy pronto en todo el Perú”: Amonestación;
- iii. por la difusión del anuncio “Huawei P7 a S/.9 en plan de 149 (portabilidad)”: 5 UIT.

Asimismo, la Comisión ordenó a Entel, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores; a su vez, declaró improcedente el pedido de las costas y costos formulado por Entel y ordenó el pago de las mismas en favor de América Móvil.

Apelación de sentencia de primera instancia por América Móvil:

El 28 de abril de 2016, América Móvil apeló en los extremos declarados infundados, solicitando se convoque a un informe oral y argumentando lo siguiente:

i. Sobre la *alusión inequívoca en ambas campañas*

- “Experiencia 4G - Entel”: Debido a que Entel tuvo expresiones como “la mejor experiencia 4G”, “la mejor red 4G” y “la experiencia 4G que solo Entel ofrece”, se pudo determinar que el denunciado realizó una comparación con la competencia, puesto que el término “mejor” involucra una connotación comparativa. Siendo así, al tratarse del servicio 4G, tal publicidad involucraba la comparación con América Móvil y Telefónica, operadoras que también ofrecían la referida tecnología.

- “Entel Prepago - Super bolsas”: El denunciado comunicó el mensaje de que los usuarios de telefonía móvil se encontraban “enredados”, por tal razón, recomendaba que se “desenreden” y se porten a Entel. Siendo así, existía una insinuación de que las operadoras que no eran la denunciada, enredaban a sus usuarios. Dado ello, se realizaba una alusión hacia América Móvil.

ii. Sobre los actos de denigración y comparación indebida:

- “Experiencia 4G - Entel”: Consideró que el análisis realizado por la Comisión era nulo por falta de motivación, ya que se consideraron mensajes que no correspondían a la campaña en cuestión. En ese sentido, dichos actos de denigración se evidenciaron a través de frases subjetivas como cuando el denunciado manifestó que, antes de su entrada al mercado, los usuarios tenían un servicio de mala calidad y por debajo de sus expectativas.

- A su vez, Entel no explicó en qué se basaba la Experiencia 4G, la cual involucraría más que el servicio de tecnología 4G. En esa línea, el denunciado no se basa en un criterio objetivo para calificar su servicio como superior, no contando con evidencia que lo respalde.

- Finalmente, al encontrarse regulado el servicio, no se podía comparar la calidad puesto que, las concesiones determinaban obligaciones como velocidad mínima ofrecida a los usuarios.

- “Entel Prepago - Super bolsas”: El denunciado presentó una campaña que involucraba tarifas de los operadores de la competencia, manifestando que se consumían rápido, que sólo permiten hablar en horarios restringidos y

no permiten comunicarse con todos y menos con usuarios de otra operadora. Dado ello, los usuarios se portaban a Entel.

- Siendo así, el denunciado se presentaba como la única operadora con tarifas transparentes, permitiendo a los usuarios de la competencia desenredarse si es que se portaban a su operadora, con una oferta de S/ 0,20 el minuto. No obstante, América Móvil contaba con la promoción vigente “Llama nomas”, la cual tampoco tenía restricciones para las llamadas entre operadores.

iii. Sobre los actos de engaño

- “Experiencia 4G - Entel”: La frase “la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” era falsa toda vez que existían dos operadoras más que brindaban la tecnología 4G como servicio, las cuales eran América Móvil y Telefónica.

iv. Sobre el principio de legalidad

- “Experiencia 4G - Entel”: Con respecto al anuncio publicitario que especificaba el beneficio de seis (6) meses gratis de Google Play Music por la compra de los terminales Samsung Galaxy S6 y Samsung Galaxy S6 Edge, se debió advertir que dicho beneficio dependía de la adquisición de los equipos móviles especificados por lo que sí era necesario conocer el número de unidades disponibles.

Apelación de sentencia de primera instancia por Entel:

El 28 de abril de 2016, Entel apeló en los extremos declarados fundados, solicitando se convoque a un informe oral y argumentando lo siguiente:

i. Sobre el presunto acto de engaño en el anuncio publicitario “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”

- La Comisión no consideró que el anuncio fue difundido a través de “Entel Empresas”, un catálogo repartido a sus clientes, por lo que no era un engaño sobre los servicios ofrecidos, puesto que quienes lo recibieron ya eran usuarios de la denunciada, quienes contaban con un contrato suscrito y regulado, por lo que dicho error no podría aumentar su cuota en el

mercado. A su vez, no se dejó constancia de la existencia de un daño potencial.

- Por otro lado, Entel comunicó la inexactitud de tal anuncio a través de una Fe de Erratas, publicada en dos diarios de alta difusión.

ii. Sobre la presunta infracción al principio de legalidad por no haber consignado el número de unidades y la duración de la promoción “Huawei P7 a S/ 9,00 en plan de S/ 149,00”

- Dicha publicidad se encontraba en la página 9 del catálogo, siendo que el detalle de las unidades y duración estaba indicado en la página 8 del referido; siendo así, un consumidor razonable podría entender que la referida promoción se encontraba sujeta a las mismas restricciones.

iii. Sobre la denegatoria del pago de las costas y costos a su favor

- Entel consideró que el pago debió imponerse a la parte vencida; en ese sentido, al haberse declarado infundada en parte la denuncia, este correspondía a América Móvil, debiéndose tomar en cuenta que se trataba de una denuncia de mala fe.

iv. Sobre el pago de costas y costos otorgados en favor de América Móvil

- El denunciado consideró que la Comisión no motivó los criterios que fundamentaron tal decisión. Así como tampoco consideró otros criterios como la conducta procesal, colaboración y cumplimiento con lo ordenado. A su vez, debió tomar en cuenta que, de las once infracciones denunciadas, solo tres fueron fundadas.

Admisión de la apelación:

El 4 de mayo de 2016 la Comisión concedió el recurso de apelación de ambas partes.

Denunciada se pronuncia sobre fundamentos de apelación de la denunciante:

El 18 de agosto de 2016, Entel absolvió la apelación interpuesta por América Móvil, alegando lo siguiente:

- i.* Sobre la alusión inequívoca
 - La denunciante no precisó a qué competidor se estaba aludiendo; siendo así, al no haber precisión ni, en consecuencia, alusión inequívoca, no podía haber publicidad comparativa.

- ii.* Sobre la campaña Experiencia 4G
 - La campaña denunciada expresaba las ventajas de su servicio, exaltándolas conforme a su propia opinión. Siendo así, se trató de opiniones no verificables ni sujetas a comprobación puesto que eran frases subjetivas.
 - La Experiencia 4G no se refiere únicamente a la tecnología proporcionada sino a todas las características de los servicios brindados.
 - Finalmente, con respecto al anuncio del beneficio de seis (6) meses gratis de Google Play Music por la compra de los terminales Samsung Galaxy S6 y Samsung Galaxy S6 Edge, la aplicación no tiene un stock definido al ser un servicio accesorio y descargable por lo que no era necesario consignar la cantidad de equipos móviles sujetos a la promoción.

- iii.* Sobre la campaña Entel Prepago - Super Bolsas
 - El término “desenrédate” se basaba en las experiencias que los usuarios percibieron sobre otros servicios prepago, dicha información se constató en estudios de mercado, los que concluían que los usuarios se encontraban confundidos. Así pues, tal afirmación se realizó en un contexto de humor y exageración, teniendo una connotación subjetiva.
 - Por otro lado, Entel no detalló que era el único operador con una tarifa de S/ 0,20 sino que su incursión en el mercado se realizaba con una tarifa baja, sin estar sujeta a restricciones.
 - Finalmente, fue el denunciado quien lanzó primero la campaña de llamadas a S/0,20 el minuto, siendo que, a los dos (2) días siguientes, América Móvil igualó la oferta.

El 27 de enero, el 17 de febrero y 21 de junio de 2017 América Móvil reiteró sus argumentos referidos a los actos competencia desleal.

Por otro lado, el 13 de diciembre 2017, Entel absolvió el requerimiento formulado por la Secretaría Técnica y presentó el monto de ingresos brutos de sus actividades económicas del 2016, solicitando su confidencialidad.

Denunciante se pronuncia sobre fundamentos de apelación de la denunciada:

El 19 de agosto de 2016, América Móvil absolvió la apelación interpuesta por Entel, alegando lo siguiente:

- i.* El denunciado no negó la veracidad de la afirmación “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”. Además, no existía certeza acerca de que los usuarios hayan podido conocer los medios en los cuales se publicó la Fe de Erratas.
- ii.* A su vez, Entel detallaba la cobertura de su señal a través de su página web, en la cual se continuaba especificando que Madre de Dios contaba con cobertura, lo que no era cierto.
- iii.* Finalmente, solo era el infractor quien, de acuerdo con la ley, debía asumir el pago de las costas y costos del procedimiento. Por otro lado, la denuncia por malicia fue declarada infundada.

Luego, el 16 de diciembre de 2016, América Móvil reiteró sus argumentos y manifestó que el acto de engaño en la campaña “Experiencia 4G -Entel” también se presentaba debido a que se daba a entender que “todos los usuarios estarían migrando y disfrutando de la red 4G LTE de Entel, que la experiencia y tecnología 4G de Entel sería la mejor en el mercado y que Entel sería la única que ofrece 4G LTE”. Por tanto, Entel debería presentar los medios probatorios que lo demuestre.

El 2 de mayo de 2017, Entel reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

Audiencia de informe oral:

El 15 de diciembre de 2017, se realizó la audiencia de informe oral. Luego, el 22 de diciembre de 2018, Entel presentó sus alegatos finales.

Sentencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia:

El 13 de febrero de 2018 la Sala dictó lo siguiente:

- i.* Confirmó la Resolución N°074-2016/CD1-INDECOPI en los siguientes extremos declarados fundados: (i) Actos de engaño al difundir el anuncio que indica “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”, toda vez que la imputada no contaba con dicha cobertura. (ii) Infracción al principio de legalidad al difundir la promoción “Huawei P7 a S/. 9 en plan de 149” sin consignar la cantidad de unidades mínimas disponibles y su duración.
- ii.* A su vez, confirmó las medidas correctivas y sanciones impuestas por la Comisión.
- iii.* Se confirmó Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en los extremos que declararon infundadas las imputaciones contra Entel Perú S.A. sobre la presunta comisión de actos de comparación indebida en las campañas publicitarias “Experiencia 4G - Entel” y “Entel Prepago – Súper Bolsas”.
- iv.* Se revocó la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por infracción al principio de legalidad al haber difundido una promoción consistente en la adquisición de equipos móviles que permitían acceder de manera gratuita a la aplicación “Google Play Music” sin consignar la cantidad mínima de equipos móviles disponibles; y, en consecuencia, declarar fundado dicho extremo. Ello debido a que, era necesario que el consumidor conozca previamente con cuántas unidades contaba Entel para evaluar si pudiera acceder a la promoción.
- v.* Dado ello, se dictó el cese definitivo e inmediato de la difusión del referido anuncio publicitario o de cualquier otro de igual naturaleza y se le

sanciona con una MULTA ascendente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

Voto singular de los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza

Los referidos vocales consideraron que la campaña Entel Prepago - Super Bolsas si constituía una alusión inequívoca al denunciante, de manera indirecta. Al respecto, argumentaron que no se trataba de la intencionalidad comparativa del anunciante, sino del resultado concreto que produce en el público consumidor. Siendo así, cuando los competidores se vean afectados por la comparación publicitaria, existirá publicidad comparativa. En ese sentido, debió de considerarse también la estructura del mercado. Por otro lado, también debió tomarse en cuenta el público destinatario del mensaje publicitario, el entendimiento de la oferta del mercado y de sus características, además del tono agresivo a través del cual se brindó el mensaje.

A través de la campaña referida, Entel ofrecía la posibilidad de desenredarse de los líos que existían para comunicarse con usuarios prepago de otras empresas. Al respecto, tales problemas aludían a: (i) la limitación del saldo por el consumo rápido, (ii) horarios restringidos para la comunicación, (iii) confusión para comunicarse entre operadores, y (iv) promociones confusas. Siendo así, la campaña hacía referencia indirecta a contextos particulares de los usuarios con los operadores de la competencia. Por tanto, los consumidores podían relacionar tales situaciones a empresas en concreto.

Ahora bien, con respecto a la estructura del mercado, Telefónica era quien gozaba la posición dominante, seguido por América Móvil por lo que la alusión de Entel podía ser entendida respecto a cualquiera de los dos. A su vez, debió considerarse que los usuarios tenían conocimiento de la composición del mercado y de los competidores.

Además, debieron considerarse las frases que utilizó Entel - “otra vez se quedó sin saldo”; “con tu promo, solo me llamas de madrugada”; “tú eres de otro operador y no puedes hablar con ninguno de nosotros”; “tú nunca puedes llamar

a nadie” “No entiendo, promos, tarifas, ¡no entiendo nada!” - y la solución consecuente brindada por el denunciado: “desenredarse con Entel prepago”.

En conclusión, de acuerdo con la estructura del mercado, el mensaje principal y la agresividad e intensidad con la que fue difundido, consideraron que los usuarios podían identificar a América Móvil como una de las operadoras que ocasionaban líos y enredos.

Siendo así, no existía un criterio objetivo y unívoco de medición respecto a lo detallado por Entel, como la “poca duración de saldo”, “alto costo” o “confusión en las promociones”. Por tanto, las alegaciones subjetivas del denunciado resaltaban las desventajas del denunciante, no ajustándose a un contexto lícito de comparación objetiva. En ese sentido, tampoco se podía acreditar que las referidas desventajas se pudiesen solucionar mediante la compra de un Súper Chip de Entel.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Existió publicidad alusiva en las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas”?

3.2. Problemas accesorios

Acerca de la Campaña “Experiencia 4G-LTE”: ¿El término “mejor” es comparativo o de juicio estimativo?, ¿Entel realizó una alusión inequívoca a América Móvil?, ¿qué tipo de publicidad alusiva fue?, ¿hubo exceptio veritatis?

Acerca de la Campaña “Entel Prepago - Super Bolsas”: ¿El término “mejor” es comparativo o un juicio estimativo?, ¿Entel realizó una alusión inequívoca a América Móvil?, ¿qué tipo de publicidad alusiva fue?, ¿hubo exceptio veritatis?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

De manera preliminar considero que Entel, en las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas”, sí realizó una comparación indebida conforme al servicio ofrecido por América Móvil.

En primer lugar, con respecto a la campaña “Experiencia 4G - Entel”, no soy partidaria de que “Experiencia 4G” sea una denominación comercial que sea fácil y entendible para el usuario, a fin de que pueda identificarla como un conglomerado de servicios mayor a lo que es la red de tecnología 4G. Siendo así, bajo la percepción del público, sí se trataría de una comparación al servicio de tecnología que ofrecen las otras operadoras. Ahora bien, la palabra mejor es un término superlativo que exalta una cualidad por lo que, Entel debería probar que efectivamente su red es mejor que las de la competencia, las cuales son empresas operadoras determinables por los receptores del anuncio debido a la estructura del mercado.

Por otro lado, conforme a la campaña “Entel Prepago - Super Bolsas”, estoy de acuerdo con la opinión de los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza, puesto que desenredarse es un término que involucra la acción previa de encontrarse enredado. Siendo así, si la solución es que para desenredarse de los usuarios deben portarse a Entel, se tiene como presupuesto que las otras operadoras son quienes los enredan.

Ahora bien, las comparaciones realizadas son de tono subjetivo y no verificable por lo que las comparaciones son indebidas y, por tanto, ilícitas.

4.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

En primer lugar, estoy de acuerdo con la Sala en cuanto se confirmó la Resolución N°074-2016/CD1-INDECOPI con respecto a los actos de engaño por el anuncio “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G” y la infracción al principio de legalidad en la promoción “Huawei P7 a S/. 9 en plan

de 149” por no incluir las unidades mínimas disponibles ni su duración. Debido a ello, no se discutirá acerca de tales puntos en este informe.

En segundo lugar y bajo esa misma línea, me encuentro completamente de acuerdo con que se haya revocado la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por infracción al principio de legalidad en la promoción de acceso a Google Play Music de manera gratuita por la compra de los equipos móviles Samsung Galaxy S6 y Samsung Galaxy S6 Edge, toda vez que no se consignó el número de unidades disponibles. Siendo así, en este informe tampoco se discutirá acerca de tal cuestión.

Finalmente, y de manera contraria a lo anteriormente expuesto, me encuentro en desacuerdo con la confirmación de la Sala respecto a que las campañas “Experiencia 4G - Entel” y “Entel Prepago – Súper Bolsas” no constituían comparación indebida, puesto que se configuran los elementos suficientes para constituir dicha conducta de competencia desleal. Dado ello, esta investigación versará sobre este punto.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

5.1. PROBLEMA PRINCIPAL: ¿Existió publicidad alusiva en las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas”?

Para determinar la respuesta al referido problema, acerca de si Entel realizó publicidad alusiva en las campañas publicitarias “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas”, es necesario hacer un esquema para, de manera previa, contestar las preguntas accesorias. Siendo así, se dividirá la resolución de esta pregunta en dos partes a fin de tratar cada campaña de manera individual.

En ese sentido, se estudiará inicialmente la campaña “Experiencia 4G-Entel” a fin de determinar, en primer lugar, el rol de la palabra “mejor” para luego averiguar si existió alusión inequívoca a la denunciante; una vez discernido ello

y, en caso de ser positivo, se definirá qué tipo de publicidad alusiva fue, para, finalmente, responder si hubo exceptio veritatis que configure licitud en la publicidad.

Luego, se estudiará la campaña “Entel Prepago - Super Bolsas” a fin de determinar si existió alusión inequívoca a la denunciante y, en caso de ser positivo, se definirá qué tipo de publicidad alusiva fue, para, finalmente, responder si hubo exceptio veritatis que configure licitud en la publicidad.

5.1.1. PROBLEMA ACCESORIO 1: Acerca de la campaña publicitaria “Experiencia 4G-Entel”

La referida campaña comenzó a difundirse el 13 de octubre de 2014 a través de la siguiente publicidad, la cual fue transmitida mediante prensa escrita, internet y anuncios televisivos:

Figura 1-6: Campaña Publicitaria Experiencia 4G - Entel¹⁵

(ver el gráfico en la siguiente página)

¹⁵ Para mayor detalle de la campaña, revisar el Anexo 1.



Fuente: INDECOPI

Al respecto, la frase más repetida, y motivo del nombre de la campaña, es “la mejor Experiencia 4G”, la cual también se encuentra en su variante “la mejor experiencia 4G LTE”, mismas que se encuentran en todas las figuras expuestas con excepción del anuncio transmitido por internet (Figura 2); no obstante, en dicha publicidad se especificaba que el denunciado contaba con la “mejor red 4G”. A partir de ello, se desprende que el término “mejor” es el que se encuentra presente en la totalidad de anuncios que conforma la campaña, haciendo referencia a una mejor experiencia 4G/4GLTE o a una mejor red 4G.

A. Acerca del uso del superlativo “mejor”:

La Sala (2015 p.39) consideró que no existió alusión inequívoca al denunciante pues el uso del término “mejor” no involucró una connotación comparativa a América Móvil sino un juicio subjetivo, debido a que se trató de una opinión o juicio estimativo del anunciante concordando con la opinión del propio denunciado, el cual alegó que el uso del término “mejor” era una expresión de ovación genérica y opinión propia que no podía ser comparativa ni comprobable.

Al respecto, considero que, como cuestión preliminar, sería pertinente definir lo que significa el término en cuestión pues a las palabras no se le pueden asignar significados distintos a los que realmente tienen. Dado ello, se utilizará la definición proporcionada por la Real Academia Española (en adelante, RAE) debido a que es una fuente que previamente ha sido utilizado para realizar interpretaciones literales de normas; véase, por ejemplo, los criterios emitidos por el Consejo Directivo en la resolución de procedimientos administrativos sancionadores de Osiptel (2018, p.21), Resolución N°00032-GAL/2018, en el cual se estableció que “tomando en consideración que la legislación se comunica a los ciudadanos, mediante la palabra, resulta razonable que, a fin de no generar duda sobre el significado de alguna palabra o expresión, se recurra al Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua”.

En ese sentido, al estar validado su uso, el cual no involucra ir en contra de la tipificación de la norma, no se ve inconveniente en utilizarlo para definir una mera palabra, la cual conforma parte de una campaña publicitaria. Siendo así, la RAE (2014), especifica que la palabra “mejor” tiene cuatro acepciones de las cuales dos son adjetivos y dos adverbios; en ese sentido, por la construcción de las frases en cuestión “mejor Experiencia 4G”, “mejor experiencia 4G LTE” y “mejor red 4G”, se puede dilucidar que la referida palabra actúa como adjetivo por lo que únicamente se le pueden asignar los significados siguientes:

- 1. adj. Superior a otra cosa y que la excede en una cualidad natural o moral.*
- 2. adj. Preferible o más conveniente. Es mejor que evites las discusiones.*

Adicionalmente, la RAE indica que en dichas acepciones tal palabra funciona como un comparativo de “bueno en”; en ese sentido, en las frases referidas, el término “mejor” cuenta con la función de adjetivo comparativo. En consecuencia, la Sala no debió haber determinado que el uso de la palabra “mejor” no contaba con una connotación comparativa pues dicha cualidad es inherente a su función de adjetivo.

Al respecto, en sus alegatos de defensa Entel (en Indecopi 2015 p.528) especifica que “es práctica extendida en el mercado en general, que los agentes del mercado anuncien que sus productos o servicios brindan una experiencia particular de consumo, la misma que a través de un juicio estimativo de la propia empresa se manifiesta a través de frases como la “mejor experiencia”, “buena experiencia” o “experiencia única””. En ese sentido, detalla una publicidad realizada por la empresa Toyota en la que, a juicio estimativo, manifiesta “vive la mejor experiencia”, tomándolo como un símil a su propia campaña. No obstante, cabe resaltar que en el mercado automovilístico la estructura del mercado es sumamente diversa, llena de una variedad de competidores y empresas.

A su vez, el denunciado (Indecopi 2015 p.529) también especifica que es común el uso de la palabra “mejor”, así como frases que atribuyen una “mejor experiencia”, en el mercado de las telecomunicaciones. Como fundamento de ello, presenta las siguientes dos publicidades: (i) Telefónica lanzó un anuncio publicitario para promocionar los planes postpago “Internet ilimitado 4G”, en el cual se incluía un comentario que sostenía “para que disfrutes de la velocidad de la mejor red de Movistar”, y (ii) América Móvil difundió un anuncio en su página web en el cual se especificaba el significado de 4GLTE como “(...) la cuarta generación de tecnología en redes móviles que ofrece una mejor experiencia en navegación en Internet”.

Conforme a ello, se resalta que la utilización de la palabra “mejor” en los anuncios aludidos por Entel no involucró la comparación de los anunciantes con los demás competidores sino: (i) en el caso de Telefónica con sus propias redes y (ii) en el caso de América Móvil con respecto a las generaciones de tecnología anteriores 1G, 2G y 3G. Siendo así, el uso de la palabra en cuestión también alude una

comparación; no obstante, ella no es efectuada con otros competidores por lo que, de ninguna forma, podría involucrar una alusión inequívoca a las demás empresas operadoras. Dado ello, si bien los superlativos utilizados en el mercado eran similares, no se aplicaban de la misma forma en las construcciones gramaticales efectuadas.

Por otro lado, en Lema Devesa (1980 p.262) se puede apreciar que las posiciones doctrinarias internacionales acerca de términos como “la mercancía x es la mejor” son diversas, enmarcando que para algunos tribunales se trata de un juicio estimativo y que para otros puede ser una alegación objetivamente comprobable. Al respecto, tal como se indicó a principios de este apartado, para Indecopi, el término “mejor” no involucra una comparación indebida toda vez que, no existe alusión inequívoca.

Ahora bien, una vez comprobado que “mejor” sí puede ser utilizado como un término que involucre publicidad comparativa y no como mero juicio estimativo, se continuará con la posible existencia de una alusión inequívoca.

B. Acerca de la alusión inequívoca a América Móvil:

A partir del apartado anterior, se comprueba el uso del término “mejor” como superlativo comparativo por excelencia; siendo así, no puede existir una comparación sin contraparte; dado ello, es necesario identificar a qué empresa(s) operadora(s) Entel se sintió superior con respecto a su experiencia 4G/4G LTE o red 4G; o, en su defecto, con qué empresa(s) operadora(s) el público tuvo la percepción de que el denunciado se comparaba.

En su escrito de denuncia (en Indecopi 2015 p.2), América Móvil detalló que, además de Entel, solo existían dos empresas operadoras más con implementación de la tecnología 4G, sean la denunciante y Telefónica; dado ello, objetivamente, la comparación solo pudo haberse efectuado con ellas dos. Sin embargo, es importante tener en cuenta que el público que percibió la campaña en cuestión incluso pudo considerar que Entel se comparaba con Viettel puesto que un consumidor razonable y promedio no se encuentra en condición de

conocer todas las ofertas del mercado, menos aún de entender qué involucraba la tecnología 4G, así como qué empresas operadoras la distribuían, siendo que las telecomunicaciones conllevan un mercado especializado y altamente técnico.

Ahora bien, a partir de las figuras expuestas se puede determinar que el denunciado no realizó ninguna alusión directa en la campaña en cuestión, puesto que Entel no hizo referencia explícita a otra empresa operadora en ninguna de las publicidades que conformaban la referida campaña, toda vez que en su contenido no utilizó sus denominaciones comerciales ni logos. Dado ello, los anuncios del denunciado no contenían alusión inequívoca directa alguna.

Por otro lado, para determinar la posible existencia de una alusión inequívoca indirecta, se apreciará la jurisprudencia y doctrina. Siendo así, Indecopi considera que para que una alusión inequívoca sea indirecta deberán existir elementos adicionales que lo comprueben. Dicha cuestión fue detallada en resoluciones en las cuales la Sala determinó que existió una alusión inequívoca indirecta debido a que existían elementos adicionales, por ejemplo:

(i) Resolución N°0397-2013/SDC-INDECOPI: América Móvil denunció a Directv S.R.L. (en adelante, Directv) por actos de denigración debido a que este último emitió una campaña denominada “A mi también me ha pasado” en la que en uno de sus anuncios televisivos se podía observar a una mujer, la cual asistía a un centro de atención al cliente, amarrada a un paquete de tres conformado por mariachis. Dicha abonada comunicó que deseaba deshacerse de tal paquete debido a que ya no quería el servicio de cable; no obstante, la señorita de atención le ofreció beneficios a fin de que no finalice su servicio. Al respecto, Indecopi determinó la existencia de alusión inequívoca indirecta puesto que la procedencia nacional de la denunciante era mexicana, de igual forma que la de los mariachis, lo que era de conocimiento público; por tanto, se configuraba un elemento adicional suficiente para determinar la existencia de una alusión inequívoca indirecta.

(ii) Resolución N°2758-2010/SC1-INDECOPI: Telefónica denunció a América Móvil por comparación indebida debido a que el denunciado emitió

un anuncio televisivo en el cual se apreciaba a la banda Libido, la cual comunicaba que se había cambiado a Claro, mencionando distintas razones como la calidad de su señal, cobertura y atención. Al respecto, Indecopi consideró que el elemento adicional para determinar la alusión inequívoca indirecta, además de la estructura del mercado, se debió al hecho de que Libido previamente hubo realizado campañas con Telefónica por lo que en la mente del consumidor existía una relación entre dichas empresas y el cambio efectuado por la banda; por tanto, se configuraba un elemento adicional suficiente para determinar la existencia de una alusión inequívoca indirecta a Telefónica.

A su vez, en el caso concreto, la Sala resolvió que, si bien existía el factor de la estructura del mercado, el cual permitía a los receptores de la campaña identificar a los posibles aludidos por Entel, no existían elementos adicionales que logren concluir que se estaba frente a una alusión indirecta. Siendo así, a la Sala no le pareció suficiente el elemento de la estructura del mercado para determinar una alusión inequívoca.

Al respecto, se discrepa de dicha opinión acerca de la necesidad de elementos adicionales pues bastaría únicamente con que el público pueda discernir una presunta comparación para que la publicidad comparativa se esté produciendo. En ese sentido, es necesario hacer un hincapié en el papel del receptor como principal actor en la publicidad debido a que será quien reciba e interprete el mensaje, de acuerdo con las piezas que se encuentren a su disposición. Dado ello, la estructura y concentración del mercado son componentes suficientes para determinar la percepción del público en el sector de las telecomunicaciones.

Por otro lado, cabe mencionar que los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza (en Indecopi 2018 p.57) consideraron, como fundamento de su voto en discordia, que la estructura del mercado podía ser elemento suficiente para determinar una alusión inequívoca, no necesitando elementos adicionales que así la comprueben.

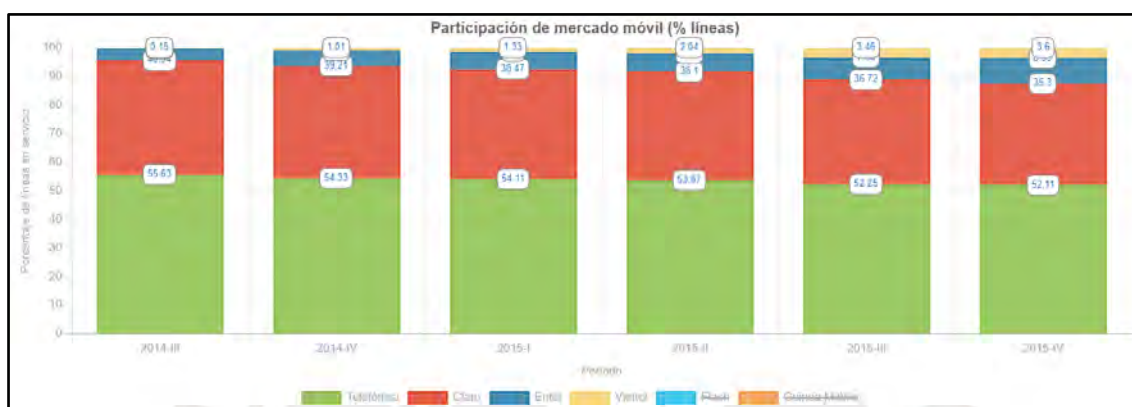
Al respecto, cabe resaltar que en la Resolución N°3280-2010/SC1-INDECOPI, la Sala determinó que en una publicidad lanzada por Directv existía alusión inequívoca indirecta hacia Telefónica puesto que se realizó la afirmación “Claudia disfruta de los mejores canales de películas con su paquete VIP de Directv y Karen, no” (Indecopi 2010 p.9). Al respecto, la determinación de la Sala acerca de la alusión inequívoca fue dada únicamente porque Directv reconoció que pretendía referirse indirectamente a la denunciante, no comprobándose elementos adicionales ni la estructura del mercado a pesar de que, para recalcar, fue indirecta. Siendo así, debe tomarse en cuenta el precedente de Indecopi, al haber determinado alusión inequívoca solo por la intención del anunciante, pese a que la importancia de la misma radica en la percepción de los receptores de la publicidad.

En esa misma línea y con respecto a la doctrina, Tato Plaza (1996 p.34), postula que habrá alusión inequívoca indirecta “a uno o varios competidores cuando estos sean vistos por el público destinatario (o una parte significativa de este) como afectados por la comparación publicitaria. Consecuentemente, si el público, en función de la estructura del mercado, entiende una determinada publicidad como una comparación con uno o varios competidores determinados, existirá publicidad comparativa”. Siendo así, dicho concepto se basa únicamente en que sea el receptor de la publicidad quien pueda discernir o interpretar una connotación comparativa en el anuncio, involucrando que el anunciante no tenga que hacer uso de ningún elemento - como el color, la música, entre otros - que induzca al público a pensar en algún competidor determinado.

Ahora bien, con respecto a la estructura del mercado en el caso concreto, el sector de la telefonía móvil se encontraba dividido entre cuatro empresas operadoras de las cuales solo tres contaban con tecnología 4G; ello quiere decir que, solo dos empresas a parte de la anunciante contaban con el servicio publicitado. Sin embargo, este último dato, como ya se mencionó anteriormente, involucraba una cuestión un poco más especializada de parte del público; por tanto, a lo largo del análisis de ambas campañas se hará referencia al mercado total conformado por el oligopolio de las cuatro operadoras: Telefónica, América Móvil, Entel y Viettel.

Siendo así, durante el año 2014 y hasta antes de la interposición de la denuncia, las participaciones en el mercado eran predominantemente de América Móvil y Telefónica, con un creciente Entel y un Viettel que se incorporó en el último periodo del 2014.

Gráfico 5: Participación de mercado móvil (% líneas)¹⁶



Fuente: Punku Osiptel

Al respecto, Osiptel utiliza el Índice de Herfindahl-Hirschman¹⁷ (en adelante, IHH) para la medición de la concentración de mercado, a través del que se puede reconocer que el mercado del servicio de telefonía móvil se encontraba altamente concentrado¹⁸ puesto que el IHH entre los años 2014 y 2015 fue de 4520 y 4056, respectivamente. Cabe mencionar que al ser un oligopolio con cuatro empresas el índice tiene un nivel mínimo de 2500; sin embargo, los niveles en dichos años, son muy superiores a los alcanzados en la actualidad

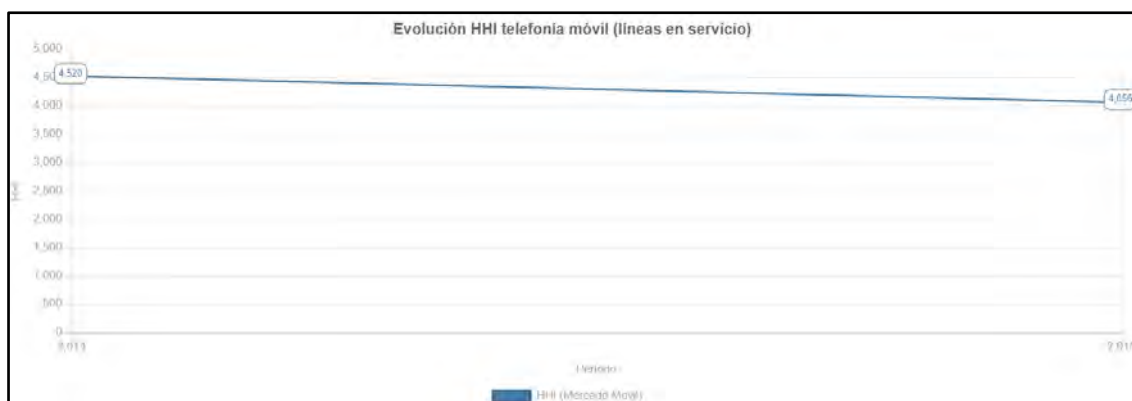
¹⁶ OSIPTEL (2015). PUNKU. Reporte de servicios. Extraído de: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

¹⁷ De acuerdo con el Banco Central de la Reserva del Perú (2009 pp. 1-2): “El Índice Herfindahl – Hirschman (IHH) es el indicador absoluto más usado en la literatura. Se obtiene sumando los cuadrados de las participaciones de mercado de todas las empresas que operan en una industria. Así, el IHH puede tomar valores entre 0 (totalmente desconcentrado) y 10 000 (totalmente concentrado) 18. Su principal ventaja es que si considera la estructura completa de la industria; en cambio, sus desventajas son que supone que la participación de cada empresa en el mercado está determinada por aspectos estructurales (lo cual no es necesariamente cierto) y que el valor del índice es muy sensible al cambio en el número de empresas del mercado”.

¹⁸ De acuerdo con la literatura especializada, el Índice de Herfindahl Hirschman es el que mejor aproxima la concentración en un mercado. Asimismo, señala que un IHH mayor de 2500 denota que un mercado se encuentra altamente concentrado.

(2598 de acuerdo al Osiptel¹⁹). Dicha información se puede visualizar en el siguiente gráfico:

Gráfico 6: Evolución IHH telefonía móvil (líneas de servicio)²⁰



Fuente: Punku Osiptel

En consecuencia, se puede determinar que la estructura del mercado de telefonía móvil era, y sigue siendo, un oligopolio altamente concentrado; siendo así, las empresas competidoras de Entel eran susceptibles de ser conocidas e identificadas por los receptores de la campaña publicitaria en cuestión. Al respecto, al tratarse de un mercado tan cerrado, no solo era la empresa operadora que encabezaba, sea Telefónica, la que podía sentirse aludida o comparada sino también la subsiguiente, América Móvil, pues su participación era predominante y reconocida por el público, pues su servicio fue contratado por un promedio superior al 35% al universo de las personas que requerían dicho servicio.

Debido a todo lo expuesto, se determina que sí existe una alusión inequívoca indirecta pues la estructura del mercado hizo posible que el receptor de la publicidad considere que la posición superior de Entel acerca de la “Experiencia 4G”, “Experiencia 4G LTE” y “red 4G” sea sobre América Móvil y Telefónica.

¹⁹ OSIPTEL (2023). PUNKU. Reporte de servicios. Extraído de: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

²⁰ OSIPTEL (2015). PUNKU. Reporte de servicios. Extraído de: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

C. ¿Comparación indebida, actos de denigración o equiparación indebida?:

Así como previamente se describió, las frases utilizadas en esta campaña fueron “mejor Experiencia 4G”, “mejor experiencia 4G LTE” y “mejor red 4G” por lo que, se identifica que Entel utilizó tales expresiones para superponer su experiencia y red a las ajenas. Siendo así, no fue posible que se haya configurado una equiparación indebida toda vez que, Entel no se adhirió a la oferta de América Móvil, pues superpuso su servicio como uno mejor, no igual. A su vez, no se trató de un acto de denigración pues no menoscabó la imagen, fama, prestigio, crédito ni reputación profesional o empresarial de la denunciante, sino que presentó las ventajas de su oferta frente a la proporcionada por América Móvil, sean la “mejor Experiencia 4G”, “mejor experiencia 4G LTE” y “mejor red 4G”.

Ahora bien, de acuerdo con el criterio de Indecopi (2004), Resolución N°0547-2004/TDC-INDECOPI, la publicidad comparativa cuenta con dos características esenciales: “(i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora”. Siendo así, en vista de lo expuesto en el punto anterior, se determina que la publicidad de Entel sí realizó una comparación con la oferta de América Móvil y Telefónica; ahora bien, con respecto al segundo punto, se deduce que se presenta la oferta de Entel por sobre las referidas empresas operadoras de la competencia, con respecto a la tecnología 4G.

Por otro lado, no podría ser considerada como una publicidad de tono excluyente sino una comparativa debido a que, si bien con el término en cuestión alude a todos los demás competidores y no a uno en específico, la estructura y concentración de mercado son suficientes para que el receptor de la publicidad lo entienda. En dicha línea, Tato Plaza (1996 p.52) plantea que “estaremos ante un supuesto de publicidad comparativa cuando el público destinatario aprecie la existencia de uno o varios competidores determinados en el anuncio de tono excluyente, esto es, cuando el público destinatario del mensaje entienda esta

como una comparación con uno o varios competidores determinados e identificables”.

En ese sentido, la campaña en cuestión configuró una publicidad comparativa toda vez que, se utilizó un término que indicaba superioridad frente a sus competidores, los cuales, al formar parte de un mercado tan segmentado y diferenciado, eran fácilmente identificables por los receptores de los anuncios.

D. Con respecto a la exceptio veritatis:

En el numeral 2 del artículo 11 de la LRCD se especifican los escenarios en los que la publicidad comparativa será lícita: (i) sea información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad, (ii) información exacta por su condición clara y actual, (iii) pertinencia en la forma, y (iv) pertinencia en el fondo.

Ahora bien, cabe preguntarse si las expresiones comparativas: “mejor experiencia 4G”, “mejor experiencia 4G LTE” y “mejor red 4G” cumplen con la exceptio veritatis y, por tanto, son expresiones lícitas.

Siendo así, con respecto al primer ítem acerca de la información verdadera:

(i) Mejor experiencia 4G/4G LTE: Estas expresiones se tratarán de manera conjunta pues son variantes. Siendo así, cabe preguntarse, ¿qué es la experiencia 4G/4G LTE?, ¿es un servicio objetivo?, ¿medible? Al respecto, el denunciado comunicó que se trataba de una denominación comercial de un servicio particular 4G, reunido por un conjunto de características de su servicio en el mercado. No obstante, en la resolución efectuada por la Sala no se observó en qué consistía el servicio, tomándolo únicamente como un juicio estimativo. Dado ello, al no ser una cuestión objetiva, se puede determinar que no cumple con la exceptio veritatis por lo que el uso de tal expresión sería ilícito.

(iii) Mejor red 4G: Al respecto, la RAE (2014) define red con doce acepciones distintas; no obstante, debido al tema de telecomunicaciones en cuestión, solo se mencionarán las dos más pertinentes, siendo las siguientes:

10. f. Inform. Conjunto de computadoras o de equipos informáticos conectados entre sí y que pueden intercambiar información.

11. f. Inform. Internet. En LA red puedes encontrar cualquier información.

Dado ello, se puede inferir que red 4G no significa una cuestión objetiva pues es un término utilizado en la informática que no involucra un parámetro medible.

Ahora bien, en la Resolución N°0363-2014/SDC-INDECOPI Indecopi (2014 p.10) sostiene que para que un anuncio pueda calificar como objetivo, la veracidad de la afirmación publicitaria debe ser comprobada a través de un parámetro objetivo y unívoco. Dado ello, al no contar con parámetros objetivos a través de los cuales se pueda medir por qué Entel contaba con la mejor red, Experiencia 4G/ 4G LTE, se estaría tratando de afirmaciones subjetivas, incumpliendo con la exceptio veritatis y configurando publicidad comparativa ilícita.

E. Conclusiones:

A partir de todo lo explicado y en base a lo anteriormente expuesto, es de considerar que en este caso sí se ha desarrollado una comparación indebida. Al respecto, no se concuerda con el criterio de Indecopi para no considerar el uso del término “mejor” más que como uno de estimación propia puesto que, de por sí, se trata del superlativo comparativo por excelencia. Asimismo, no constituye una publicidad de tono excluyente lícita, toda vez que, para los receptores del mercado de la telefonía móvil eran fácilmente determinables los competidores del sector en cuestión, por lo que no se trataba de una alusión genérica con respecto a un servicio debido a que los participantes del mercado se encontraban sumamente definidos, haciéndola una alusión inequívoca. Siendo así, no se concuerda con el criterio de Indecopi pues, conforme a la estructura del mercado, no es necesario el uso de elementos adicionales para definir la alusión inequívoca.

En ese sentido, al haberse configurado una comparación y no haber incurrido en la exceptio veritatis, se puede determinar que la conducta realizada por Entel involucraba una comparación indebida, configurando una infracción al artículo 12 de la LRCD.

5.1.2. PROBLEMA ACCESORIO 2: Acerca de la campaña publicitaria “Entel Prepago - Super Bolsas”

Esta campaña inició su difusión el 14 de mayo de 2015 a través de banners animados, anuncios televisivos, anuncio en página de Facebook, anuncio página web Trome y anuncio en el Diario Trome. En los cuales se difundieron mensajes como los que se pueden leer en las siguientes capturas de pantalla:

Figura 7 - 12: Campaña publicitaria Entel Prepago - Super Bolsas:²¹



²¹ Para mayor detalle de la campaña, revisar el Anexo 2.

Fuente: INDECOPI

Al respecto, las seis imágenes expuestas contienen la frase “desenrédate con entel ;) prepago”. En adición a ello, cabe mencionar que los diálogos de los anuncios televisivos, los cuales se pueden visualizar con mayor detenimiento en el Anexo 2, describían a usuarios y abonados que no podían efectuar una comunicación completa entre ellos pues tenían diferentes problemas con sus operadoras tales como: “poca duración del saldo”; “alto costo” o “confusión en las promociones”. En consecuencia la voz en *off*, les recomendaba que se desenreden de los líos y porten a Entel, la cual les ofrecía una tarifa plana para llamadas a cualquier operador.

A. Acerca de la alusión inequívoca a América Móvil:

La Sala consideró que no existía comparación indebida puesto que Entel no realizó ninguna alusión inequívoca a la red privada de América Móvil, razón que justificó explicando que en la campaña no se advirtió que se esté nombrando a la denunciante, ni se apreciaron elementos adicionales que permitiesen determinar una alusión indirecta.

Por otro lado, los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza, quienes votaron en discordia, consideraron que sí existía una alusión inequívoca indirecta, la cual era producida por la estructura del mercado y por el conocimiento del público destinatario del mensaje publicitario, no necesitando elementos adicionales que lo comprueben. En ese sentido, al haberse comparado cuestiones subjetivas como la “poca duración del saldo”; “alto costo” o “confusión en las promociones”, no calificaba como veraz, objetiva, verificable ni ajustada a la realidad y, por tanto, era una comparación lícita.

Al respecto, no se comparte la opinión de la Sala puesto que ya se demostró que no es esencial la utilización de elementos adicionales para determinar la alusión inequívoca indirecta, toda vez que el mercado en cuestión era y es uno oligopólico, con competidores fácilmente determinables por el receptor de los anuncios, debido a la concentración del mercado.

Ahora bien, en dicha campaña el mensaje de la denunciada recomendaba a los usuarios de las otras empresas operadoras que se desenreden y porten a Entel. Dado ello, se puede determinar que los consumidores de las empresas operadoras de la competencia se encontraban enredados en situaciones que se producían por las alegadas por los actores, sean la “poca duración del saldo”; “alto costo” o “confusión en las promociones”, puesto que una persona no se puede desenredar si es que anteriormente no se encontraba enredada. En ese sentido, el mensaje contaba con una alusión hacia los operadores de la competencia, quienes enredaban a sus usuarios y abonados.

Sin perjuicio de ello, se debe agregar que, a diferencia de la campaña anterior, en esta sí existió un elemento adicional, el cual formó parte del contexto ya que, durante el año 2015, existieron las redes privadas de Telefónica y América Móvil (en adelante, RPM y RPC, respectivamente), las cuales ofrecían como beneficio el descuento entre llamadas a usuarios de la misma red privada. Siendo así, en el escenario del 2015 se tenía a América Móvil y Telefónica, las compañías operadoras con mayor posición de dominio en el mercado de las telecomunicaciones y sus redes privadas RPC y RPM, las que brindaban una tarifa menor por llamar a usuarios de su propia red privada.

En dicha situación, Entel lanzó un anuncio publicitario ofreciendo una tarifa plana para llamar a cualquier operador, sugiriendo a los usuarios que se desenreden de los líos y porten a su empresa, utilizando como frase principal de su campaña “desenrédate con entel ;) prepago”, lo cual, involucró un juego de palabras ironizando las redes privadas de la competencia. En ese sentido, Entel ofrecía la misma tarifa para llamar a cualquier operador, invitando a la audiencia a que se desen(red)e de los líos y porte a su operadora. Dado ello, en la campaña se produjo una alusión inequívoca indirecta, la cual, además, contaba con elementos adicionales.

B. ¿Comparación indebida, actos de denigración o equiparación indebida?:

Así como previamente se describió, la frase principal utilizada en esta campaña fue “desenrédate con Entel”, cuestión que suponía que los usuarios de América Móvil y Telefónica se encontraban enredados con la RPC y la RPM. Siendo así, no era posible la configuración de equiparación indebida puesto que, Entel no se adhirió a la oferta de los aludidos, toda vez que la idea era demostrar al usuario que el denunciado contaba con una oferta diferente, desligándose de las otras operadoras móviles.

A su vez, no se trató de un acto de denigración pues, si bien las frases en mención involucraron que los aludidos enredaban a los usuarios y abonados, el denunciado presentó su oferta como la solución por lo que, al mencionar sus ventajas (desenredarse, tarifa plana, entre otros), no se podrían estar configurando actos de denigración.

Siendo así, a través de la campaña en cuestión Entel realizó una comparación indebida, en la que presentó las características de su oferta como ventajosas por sobre la oferta realizada por los aludidos, sean América Móvil y Telefónica.

C. Con respecto a la exceptio veritatis:

Como se especificó previamente en el análisis de la primera campaña, la publicidad comparativa solo podrá ser lícita cuando el contenido recaiga en una excepción de veracidad, esto quiere decir que, no podrá ser juzgada como competencia desleal cuando esté conformada por información: (i) objetiva, verificable y ajustada a la realidad, (ii) clara y actual, (iii) pertinente en forma y (iv) pertinente en fondo.

Ahora bien, a partir de lo expuesto, se puede determinar que la campaña “Entel Prepago - Super Bolsas” contaba con afirmaciones que denotaban que el servicio de la competencia tenía múltiples problemas como: (i) la limitación del saldo por el consumo rápido, (ii) horarios restringidos para la comunicación, (iii) confusión para comunicarse entre operadores, y (iv) promociones confusas²². Al

²² Para mayor detalle, visualizar el contenido de las Figuras 8 y 9 del Anexo 2.

respecto, dichas deficiencias eran de factor subjetivo toda vez que involucraban cuestiones inmedibles, relativas a los oyentes pues dependerá del sujeto determinar cuánto es poco saldo, cuáles son los horarios restringidos, qué tan confusas son las comunicaciones y promociones. Dado ello, se evidencia que la campaña en cuestión tampoco cumplió con la exceptio veritatis pues no fue objetiva.

D. Conclusiones:

En base a todo lo expuesto en este apartado, se puede determinar que en la campaña “Entel Prepago - Super Bolsas” existió comparación indebida pues el denunciado aludió inequívoca e indirectamente a sus competidores, América Móvil y Telefónica, con afirmaciones subjetivas que, por su naturaleza, no transmitían información veraz. Asimismo, se debe hacer hincapié en que, a diferencia de la campaña anterior, en esta sí se han podido identificar elementos adicionales que demuestran la alusión inequívoca, conforme al criterio que utilizó Indecopi en la referida resolución; no obstante, a pesar de que América Móvil los mencionó en sus argumentos, la Sala no los tomó en cuenta para resolver la apelación.

En ese sentido, al haberse configurado una comparación y no haber incurrido en la exceptio veritatis, se puede determinar que la conducta realizada por Entel involucraba una comparación indebida, lo que configuró una infracción al artículo 12 de la LRCD.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

De acuerdo con el análisis desarrollado en el presente informe, se pudo determinar que en la campaña publicitaria “Experiencia 4G-Entel” se realizó una comparación indebida pues, a pesar de que no existieron elementos adicionales para determinar la alusión inequívoca indirecta, la estructura del mercado fue suficiente para que los receptores de la campaña puedan identificar plenamente con quienes se comparaba Entel. En ese sentido, se determinó que, en

mercados oligopólicos con alta concentración del mercado, no harán falta factores adicionales para determinarla, de forma contraria a los presupuestos determinados por Indecopi. Siendo así, el criterio de Indecopi no debería ser generalizado a todos los casos de presunción de comparación indebida, debiendo analizarse los mercados en específico. Además, es necesario incidir en que el término “mejor” siempre involucra una comparación únicamente por su utilización, la cual, dependiendo al indicador, podrá ser subjetiva o no. Siendo así, en base al análisis desarrollado, se pudo determinar que existió una alusión inequívoca y una comparación; además, al no haberse configurado la *exceptio veritatis*, involucraba la comisión de un acto de competencia desleal por comparación indebida, infracción al artículo 12 de la LRCD.

Por otro lado, con respecto a la campaña publicitaria “Entel Prepago - Super Bolsas”, se pudo determinar que se realizó una comparación indebida pues el denunciado realizó una alusión inequívoca indirecta a sus competidores, la cual se pudo determinar mediante la estructura del mercado y elementos adicionales, a pesar de que, como se mencionó anteriormente, en mercados oligopólicos con alta concentración del mercado no sea necesario el último elemento mencionado. Al respecto, se critica que Indecopi no haya tomado en cuenta lo mencionado por América Móvil en sus argumentos, pues la Sala no consideró la existencia de la RPM y la RPC para determinar los elementos adicionales. Asimismo, se comprobó que existía comparación por el uso de la palabra “desenrédate”, la cual tenía como presupuesto que los abonados que no pertenecían a la operadora de Entel se encontraban enredados por diversos motivos los cuales eran subjetivos, por lo que tampoco se cumplía con el contenido de la *exceptio veritatis*. En ese sentido, la referida campaña involucraba la conducta de comparación indebida, lo que debió configurar una infracción al artículo 12 de la LRCD.

Por ello, se puede concluir que la respuesta al problema principal es que sí existió publicidad alusiva en las campañas “Experiencia 4G-Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas”, relacionadas a la comisión de comparación indebida.

Finalmente, como recomendación, se plantea que Indecopi no utilice un criterio general para determinar la alusión inequívoca indirecta puesto que, los oligopolios con alta concentración en el mercado conforman una característica suficiente para que el receptor de la campaña publicitaria pueda determinar e identificar a quién se hace referencia, no debiendo necesitar algún otro elemento.

BIBLIOGRAFÍA

Banco Central de la Reserva del Perú (2009). Reporte de estabilidad financiera - Mayo 2009.

Lema, C. (1980). *La publicidad de tono excluyente*. Madrid: Montecorvo

Lema, C. (2007). *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*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid: Marcial Pons.

INDECOPI. (2015). *Lineamientos sobre publicidad engañosa*. Lima: INDECOPI.

INDECOPI. (2021). *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Lima: INDECOPI

OSIPTEL (2015). *PUNKU. Reporte de servicios*.

OSIPTEL (2015). *Reporte de Portabilidad Numérica al 31 de diciembre de 2015*.

Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española* (3ª ed.).

Sosa, A. (2017). *Guerra Publicitaria en el "Mundo Telecom"*. *Derecho y Sociedad*, 49, 161-182

Sosa, A. (2017). *Cómo NO se debe interpretar la publicidad comercial*. *Pólemos*.

Tato, A. (1996). *La publicidad comparativa*. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
pp. 22-52

JURISPRUDENCIA

Resolución N°0363-2014/SDC-INDECOPI

Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI

Resolución N°0074-2016/CD1-INDECOPI

Resolución N°0397-2013/SDC-INDECOPI

Resolución N°00032-GAL/2018-OSIPTEL

Resolución N°2758-2010/SC1-INDECOPI

Resolución N°0547-2004/TDC-INDECOPI

Expediente N°0031-2015/CD1-INDECOPI



ANEXOS

Anexo 1: Campaña publicitaria Experiencia 4G – Entel

Figura 1: Experiencia 4G – Entel (Prensa escrita)²³

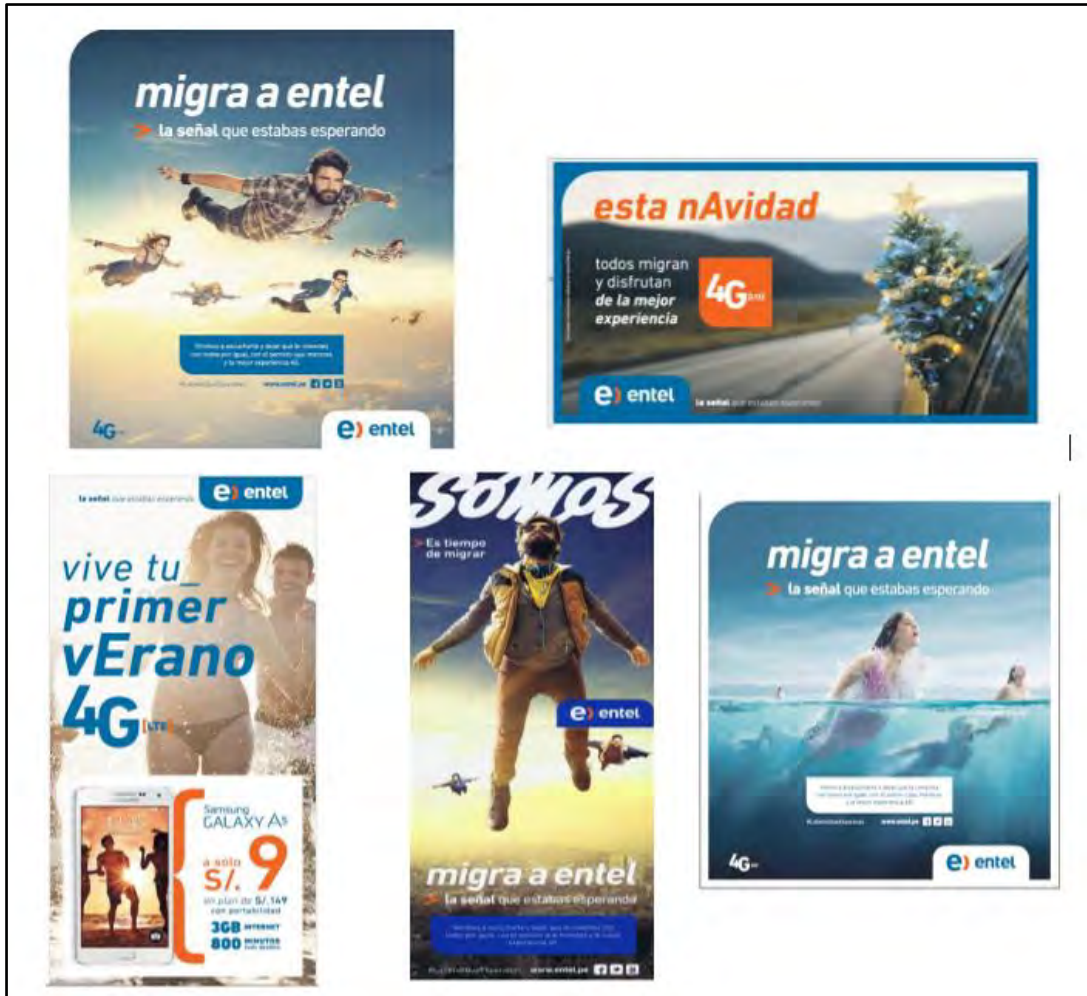
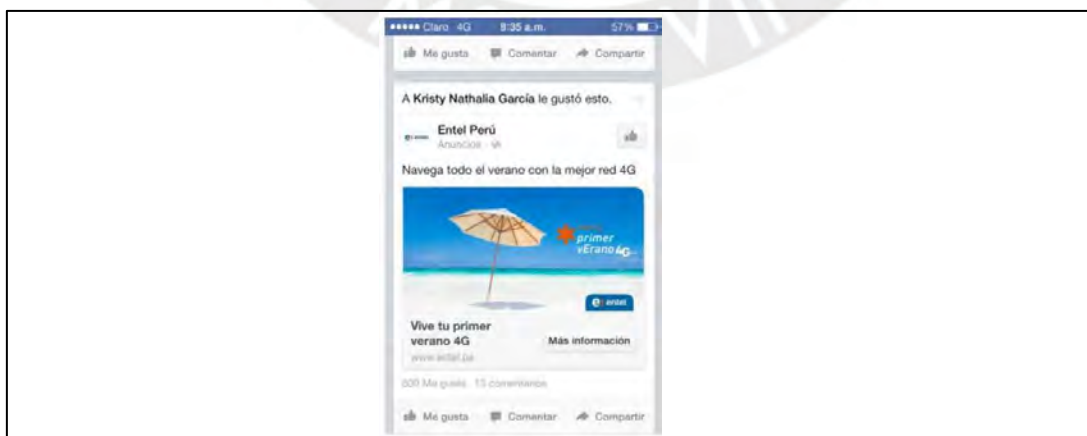


Figura 2: Experiencia 4G – Entel (Internet)²⁴



²³ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI pp. 28 -29.

²⁴ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 29.

Figura 3: Experiencia 4G – Entel (Anuncios televisivos: Timbradores anónimos)²⁵



77. En la secuencia de imágenes se aprecia un hombre sentado dentro un grupo de personas que manifiesta lo siguiente: *“Yo timbro y cuelgo para que me llamen. Todo ha empeorado desde que conocí a una chica de otro operador y he descubierto que ella también es timbradora”*. De pronto, una persona del grupo se le acerca diciendo: *“Tranquilo Gonzalo, te vamos a ayudar. Es un Entel”*. Una voz en “off” expresa lo siguiente: *“Deja de timbrar y colgar con el nuevo plan de 75 soles tienes 350 minutos para llamar a cualquier operador; además, llévate un Smartphone a 9 soles y vive la mejor experiencia 4G. Migra a Entel la señal que estaba esperando”*.

Figura 4: Experiencia 4G – Entel (Anuncios televisivos: Árbol de navidad)²⁶



78. En la secuencia de imágenes se aprecia un árbol navideño dentro de un taxi en movimiento y dialogando con el chofer:
- Árbol: *¡uhh! Esto sí es velocidad, se me despeinan las ramas de lo rápido que es, está hecho un avión, no se puede creer, ¡juuuuuu!*
- Chofer: *Disculpa...*
- Árbol: *¡Qué fue!*
- Chofer: *De qué velocidad hablas, si vamos a 40.*
- Árbol: *Ay, mejor me hubiera venido caminando... obvio que hablo de mi celular, ¡es 4G! ¡juuuuu, 4G!*
- Se escucha una voz en off diciendo: *“Esta navidad, tú también migra a Entel y disfruta de la mejor experiencia 4G en tu celular. Entel la señal que estabas esperando.”*

²⁵ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 29.

²⁶ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI pp. 29 -30.

Figura 5: Experiencia 4G – Entel (Anuncios televisivos: Entel lanzamiento)²⁷



79. En el presente anuncio se aprecian varias imágenes en las que se muestran diferentes calles del centro de Lima vacías. En seguida, se escucha en *off*, una canción mostrándose imágenes de las calles temblando. Posteriormente, se muestran imágenes de gente corriendo por las calles, otras caminando en el desierto, otras volando y algunas otras saltando sobre el agua; todos dirigiéndose hacia la señal de Entel. A la par de estas imágenes se escucha una voz en *off* que dice: “La vida está llena de señales, pero si hay una que no podemos ignorar es la señal del cambio. La señal de que podemos estar más conectados. La señal de que llegó la hora de estar mejor. La señal que vino para escucharte y dejar que te conectes con todos por igual. Llegó Entel con el servicio que mereces y la mejor experiencia 4G. Entel la señal que estabas esperando.”

Figura 6: Experiencia 4G – Entel (Anuncios televisivos: Experiencia 4G que solo Entel te ofrece)²⁸



80. En esta secuencia de imágenes, se presenta una máquina de escribir escuchándose una voz en *off* indicando “esto es antiguo”; a continuación, se presenta un control de videojuegos manifestando la voz en *off* “esto contemporáneo”, finalmente aparecen dos celulares y se precisa que “y este es el futuro”. Acto seguido se escucha que la voz en “*off*” manifiesta lo siguiente: “y gracias a la Experiencia 4G que solo Entel te ofrece, es el futuro del futuro. Presentamos el nuevo Samsung Galaxy S6 y S6 Edge, todo potenciado con la mejor Experiencia 4G, además llevándote uno de estos equipos te regalamos 6 meses de música gratis. Empieza a vivir el futuro hoy. Entel la señal que estabas esperando.”

²⁷ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 31.

²⁸ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 32.

Anexo 2: Campaña publicitaria Entel Prepago - Super Bolsas

Figura 7: Entel Prepago - Super Bolsas (Banners animados)²⁹



Figura 8: Entel Prepago - Super Bolsas (Anuncio televisivo: Amigos)³⁰



²⁹ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 43.

³⁰ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI pp. 44 - 45.

130. En la presente secuencia de imágenes se visualiza la llegada de una chica a la mesa de desayuno en donde se encuentra reunida su familia. Al acercarse, se desarrolla la siguiente conversación:

Mamá: *Hola hijita.*

Hija: *Hola ma'.*

Mamá: *¿Porque no me avisaste que llegarías tan tarde anoche?*

Hija: *¡Uy ma'! Perdón, si te quería avisar te lo ju... (sigue movilizandolos labios, pero no se le escucha)*

Cuñado: *Se ha quedado sin saldo otra vez, viste.*

Hermana: *Mejor tu no digas nada ya, que con tu promo solo me llamas de madrugada.*

Cuñado: *Sí, mi amor.*

Abuelo: *¡El que no dice nada aquí soy yo! No entiendo, promos, tarifas, ¡No entiendo nada!*

Papá: *¡Ay suegrito! tu eres de otro operador, no puedes hablar con ninguno de nosotros*

Voz en off: *"Familia! Desenrédate con Entel prepago. Es simple. Adquiere tu Super Chip y habla a cualquier operador por solo veinte céntimos el minuto comprando cualquier de nuestras súper bolsas, elige la tuya en Entel punto pe. Entel la señal que estabas esperando."*

Figura 9: Entel Prepago - Super Bolsas (Anuncio televisivo: Amigos)³¹



129. En la secuencia de imágenes se aprecia la llegada de una persona a un grupo de amigos reunidos y sentados. Una de las personas sentadas, al verla llegar, indica: "Oe chato florero, nunca llegaste a mi reunión ¡nunca!" La persona quien acaba de llegar (el "chato"), se acerca a una tercera persona hablándole al oído en secreto y este indica: "pasa que acá mi pata el chato, solo puede hablar con un número favorito y me ha elegido a mí..." hace el ademán de seguir hablando, pero no se le escucha. Ante ello, su interlocutor queda sorprendido al no entender que estaba sucediendo. Seguidamente aparece una servilleta escrita con el siguiente mensaje: "otra vez, se quedó sin saldo", desarrollándose la siguiente conversación:

Persona A: *Ya pues, siempre con esos mensajitos, ¿tú no eres capaz de llamar a nadie no?*

Persona B: *Sí puedo, a ti y a él no, pero a ellos sí. Es que llamarte sale muy caro, chola.*

Una voz en off dice: *"Grupo! Desenrédate con Entel prepago. Es simple. Adquiere tu Super Chip y habla a cualquier operador por solo veinte céntimos el minuto comprando cualquier de nuestras súper bolsas, elige la tuya en Entel punto pe. Entel la señal que estabas esperando."*

³¹ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 44.

Figura 10: Entel Prepago - Super Bolsas (Anuncio en página de Facebook)³²

Entel Perú
59 min · Editado · 🌐

Ser prepago siempre fue un enredo de códigos, tarifas, horarios... pero por fin se acabó. ¡Desenrédate con Entel Prepago! Conoce más aquí: www.entel.pe/prepago 😊

321 reproducciones
Me gusta · Comentar · Comparar

👍 A 83 personas les gusta esto. Lo más relevante ▾

🔄 Compartida 28 veces

👤 Escribe un comentario...

Luis Orihuela Estoy seguro que entel si sube la cantidad de megas ya que otra operadora estará brindando dentro de poco 100Mb por S/. 3.00
Me gusta · Responder · 16 min

— **Entel Perú** 🌐 Hola Luis, tomaremos en cuenta tu sugerencia. No dejes de seguimos, que traeremos más novedades. ¡Saludos! 😊
Me gusta · 8 min

Gina Carlos González Yay!!!! 🍷
Me gusta · Responder · 19 min

— **Entel Perú** 🌐 :D
Me gusta · 16 min

³² Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 45.

Figura 11: Entel Prepago - Super Bolsas (Anuncio en página web Trome)³³



Figura 12: Entel Prepago - Super Bolsas (Anuncio en el diario Trome)³⁴



³³ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 46.

³⁴ Imágenes extraídas de la Resolución N°0030-2018/SDC-INDECOPI p. 45.