

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Facultad de Derecho



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

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogada

Autora:

Nuria Roxana Zamudio Pon

Asesora:

Karin Paola Manzur Filomeno

Lima, 2022

Este trabajo está dedicado a mis padres, que siempre han confiado en mí y han hecho todo para brindarme una educación de calidad.



RESUMEN

El presente informe jurídico desarrolla el contenido de la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI, en el que América Móvil Perú S.A.C. interpone una denuncia contra Entel Perú S.A. por actos de competencia desleal principalmente en las modalidades de comparación indebida, engaño y denigración. De este modo, el tema central del trabajo es analizar la decisión de la Sala Especializada de Defensa de la Competencia respecto de la configuración del caso como publicidad comparativa, primordialmente, sobre el elemento de la alusión inequívoca hacia la empresa competidora; sin perjuicio del análisis posterior de otros elementos influyentes, tales como el mensaje desprendido de los anuncios televisivos, el porcentaje de participación en el mercado de las empresas de telefonía móvil, los votos discordantes y los pronunciamientos anteriores en casos similares por parte de la autoridad resolutive. Asimismo, también se desarrolla el concepto de la *exceptio veritatis* como aquel que engloba los requisitos de licitud para la publicidad comparativa, o la publicidad alusiva en general. Adicionalmente, también se presenta el tema de actos de engaño, como supuesto normativo en el que la Sala debe identificar un determinado parámetro para determinar la objetividad de una afirmación y poder, posteriormente, realizar el análisis respecto del principio de veracidad. Finalmente, el último tema jurídico que desarrolla el presente informe está relacionado a la decisión de la Sala de declarar la nulidad de la imputación de cargos por actos de denigración, cuando la denuncia versa a la vez sobre comparación indebida; pues cuando prevalece el elemento comparativo, el órgano instructor tiene el deber de encajar las conductas en una determinada calificación jurídica.

Palabras clave:

Actos de comparación indebida, actos de engaño, actos de denigración, alusión inequívoca, parámetros de objetividad.

ABSTRACT

This legal report develops the content of the Resolution 0030-2018/SDC-INDECOPI, in which América Móvil Perú S.A.C. files a complaint against Entel Perú S.A. for acts of unfair competition mainly in the modalities of undue comparison, deception and denigration. In this way, the central theme of the work is to analyze the decision of the Specialized Chamber for the Defense of Competition regarding the configuration of the case as comparative advertising, primarily, on the element of the unequivocal allusion to the competitor company; without prejudice to the subsequent analysis of other influential elements, such as the message detached from the television advertisements, the percentage of participation in the market of the mobile telephone companies, the discordant votes and the previous pronouncements in similar cases by the resolving authority. Likewise, the concept of *exceptio veritatis* is also developed as the one that encompasses the legality requirements for comparative advertising, or allusive advertising in general. Additionally, the issue of acts of deception is also presented, as a normative assumption in which the Chamber must identify a certain parameter to determine the objectivity of an affirmation and be able, later, to carry out the analysis regarding the principle of veracity. Finally, the last legal issue that this report develops is related to the decision of the Chamber to declare the nullity of the imputation of charges for acts of denigration, when the complaint is both about undue comparison; because when the comparative element prevails, the investigating body has the duty to fit the behaviors into a certain legal classification.

Keywords:

Acts of undue comparison, acts of deception, acts of denigration, unequivocal allusion, parameters of objectivity.

Índice

I.	Introducción	1
II.	Contenido del trabajo	2
	2.1. Justificación de la elección de la resolución	2
	2.2. Relación de los hechos principales de la resolución	3
	2.3. Identificación de los principales problemas jurídicos	13
III.	Análisis y posición fundamentada de los problemas de la resolución	15
	3.1. Marco conceptual	16
	3.1.1. Publicidad alusiva	
	3.1.1.1. Publicidad comparativa y actos de comparación indebida	16
	a) Alusión inequívoca	17
	b) Requisitos de la exceptio veritatis	19
	3.1.1.2. Publicidad denigratoria y actos de denigración	20
	3.1.2. Actos de engaño	21
	a) Principio de veracidad	22
	b) Afirmaciones objetivas y subjetivas	23
	c) Deber de sustanciación previa	25
	3.2. Desarrollo de los problemas jurídicos identificados	26
	3.2.1. Primer problema jurídico (principal)	26
	3.2.2. Segundo problema jurídico (secundario)	35
	3.2.3. Tercer problema jurídico (secundario)	37
IV.	Conclusiones	40
V.	Recomendaciones	41
VI.	Bibliografía	42

I. Introducción

Actualmente, nos encontramos ante un contexto en el que las empresas de telecomunicaciones realizan diversas denuncias contra sus competidores en función del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD o la Ley). En ese sentido, esto ha traído como consecuencia más de un caso en el que estos agentes competidores realizan imputaciones ya sea sobre publicidad relacionada al servicio de cable, de internet, de telefonía fija, de telefonía móvil, entre otros. Si bien en algunos casos el desarrollo de estas controversias puede resultar enriquecedor para emitir pronunciamientos y desarrollar criterios sobre la aplicación de la Ley, en otros casos esto resulta una sobrecarga para la autoridad resolutoria, quien termina emitiendo criterios cuestionables e imprecisos, hasta contradictorios. Por ello, el objetivo del presente trabajo de investigación es desarrollar algunos de estos cuestionamientos y analizarlos en el marco de la correcta aplicación de la LRCD.

En este informe jurídico, el caso sobre el que se desarrollará el análisis es la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI, en la cual dos conocidas empresas de telefonía móvil conforman la parte denunciante y la parte denunciada. En ese sentido, si bien en los hechos del caso encontramos diversas imputaciones, el desarrollo se centrará sobre aquellas específicas de actos de competencia desleal en las modalidades de comparación indebida, engaño y denigración, pues son aquellas que presentan mayor relevancia para el análisis jurídico del caso. De este modo, se presentarán los hechos principales, luego se planteará los problemas jurídicos identificados y posteriormente se procederá al análisis fundamentado, a través del desarrollo del marco teórico y desarrollo de cada problema jurídico. Finalmente, se emitirán las conclusiones y recomendaciones desprendidas del trabajo de investigación.

II. Contenido del trabajo

2.1. Justificación de la elección de la resolución

El caso tratado en la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI ha sido seleccionado para ser analizado en el presente informe jurídico debido a que la decisión tomada por la Sala Especializada de Defensa de la Competencia respecto de los actos de comparación indebida puede resultar controversial para un sector de la doctrina en el campo del derecho. Como es sabido, la publicidad comparativa está permitida actualmente; sin embargo, el Decreto Legislativo N° 10444, Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece ciertas limitaciones para su utilización, las cuales pueden ser cada vez más restrictivas, en suma a las recientes decisiones del órgano administrativo. Este tipo de publicidad resulta útil, pues permite que el anunciante pueda comparar su oferta con la de otro competidor; no obstante, esta técnica publicitaria está sujeta a ciertas condiciones establecidas en la Ley, conocidas como la *exceptio veritatis*, término que se desarrollará más adelante. De este modo, considero que esta resolución es útil para realizar un análisis actual de los criterios que ha ido utilizando la Sala y determinar si su aplicación resulta adecuada y razonable.

Asimismo, también se ha considerado interesante desarrollar el tema de los actos de engaño. En este caso, lo que se busca proteger es el principio de veracidad, resguardando que no se induzca al error a los consumidores a través de los anuncios publicitarios y, en consecuencia, las empresas compitan en el mercado sin incurrir en conductas desleales. Es importante mencionar que los actos de engaño también guardan relación con los actos de comparación indebida, pues uno de los requisitos para determinar su licitud es la veracidad del anuncio. En ese sentido, encontramos que no son temas desligados y el desarrollo a nivel administrativo puede generar incluso más cuestionamientos, si se analizan en conjunto. En adición, resulta interesante la decisión de la Sala de la autoridad de declarar la nulidad de la resolución de imputación de cargos en los extremos de imputación actos de denigración, por concurrir con la imputación por comparación indebida, pues al ser ambos subtipos de publicidad alusiva, como se desarrollará más adelante, ambos pueden constituir supuestos similares, pero no iguales.

Por último, es preciso resaltar la importancia del tratamiento de un caso como el presente, pues en los últimos años han surgido diversos conflictos en la vía administrativa respecto de la competencia desleal con las campañas publicitarias de las empresas de telecomunicaciones.

Siguiendo esta línea, el tratamiento de la Sala en los casos de publicidad comparativa ha ido variando respecto de los años anteriores, así también se han desarrollado criterios cuestionables respecto de los actos de engaño. Es por ello que es importante manifestar estas problemáticas y analizar el razonamiento de la autoridad en casos que se dan con bastante frecuencia entre las teleoperadoras.

2.2. Relación de los hechos principales de la resolución

En julio del 2015, la empresa de telefonía América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, “la denunciante”, “América Móvil” o “Claro”) presentó una denuncia contra la empresa competidora Entel Perú S.A. (en adelante, “la denunciada” o “Entel”). El contenido de la denuncia versaba sobre presuntas conductas infractoras, realizadas a través de anuncios publicitarios en prensa escrita, anuncios televisivos, internet, entre otros, principalmente dentro las campañas “Experiencia 4G – Entel” y “Entel Prepago – Super bolsas”.

En ese sentido, realizó la imputación por actos de comparación indebida y denigración, señalando que Entel difundió anuncios en los que se buscaba desprestigiarla, comparando sus servicios a través del uso de la burla, reproduciendo un mensaje en el que indudablemente se hacía referencia a ella. Asimismo, la denunciante señaló que también se configuraba el supuesto de actos de engaño, al haber difundido afirmaciones en sus anuncios publicitarios que no se ajustaban a la realidad. Por último, también imputó actos contra el principio de legalidad, debido a que Entel no había consignado el número de unidades disponibles ni la vigencia de sus promociones, lo cual es una exigencia establecida en la LRCD.

Resolución s/n de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

En agosto del 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, “la Secretaría Técnica”) admitió a trámite la denuncia por actos de competencia en las siguientes modalidades:

- i) *Actos de engaño (artículo 8): “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 (...)”

ii) *Actos de denigración (artículo 11): “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.”*

iii) *Actos de comparación indebida (artículo 12): “Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora (...) se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico (...)*”

iv) *Actos contra el principio de legalidad (artículo 17.f): “Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos”*

No obstante, posteriormente, la denunciada negó todas las imputaciones en su contra a través de sus descargos.

Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI

En abril del 2016, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, “la Comisión”) resolvió sobre cada una de las siguientes imputaciones:

1) Actos de engaño por el anuncio “el equipo Sony Xperia E4G se comercializó primero en Entel” – Fundada en parte

La denunciada sostuvo que, cuando fue publicado el anuncio publicitario, era de su conocimiento que sería la primera empresa de telefonía en ofrecer dicho equipo celular. No obstante, no pudo probarlo y la denunciante procedió a demostrar que ambas tuvieron el equipo a la venta. La Comisión procedió a imponer una multa por el valor de 5 UIT. La denunciada canceló dicho monto y no apeló posteriormente esta imputación.

- 2) Actos de engaño por el anuncio “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G. Muy pronto en todo el Perú” – Fundada en parte

La denunciada realizó un comunicado de fe de erratas en dos diarios locales para rectificar su afirmación, pues no todas las provincias contaban con dicha cobertura. Sin embargo, la Comisión consideró que esto no exoneraba su responsabilidad y que igualmente incurría en una infracción a la norma. En consecuencia, impuso una amonestación.



- 3) Actos contra el principio de legalidad por el anuncio “Huawei P7 a S/.9 en plan de 149 (portabilidad)” – Fundada en parte

La denunciante señaló que Entel no había cumplido con consignar el número de unidades disponibles y la duración de la promoción. La Comisión sostuvo que, si bien en todas las páginas del catálogo estaba consignada la información respectiva al contenido de las promociones, la página del anuncio en específico era la única que no cumplía con esta exigencia. Por lo tanto, impuso una multa de 5 UIT.

- 4) Actos de engaño por el anuncio “Samsung Galaxy Core Prime” tendría el atributo de “doble chip único en el Perú” – Infundada

Esta imputación se declaró infundada debido a que no se pudo demostrar que la denunciada realizó la publicación del anuncio. Asimismo, la denunciante no apeló posteriormente este extremo de la resolución.

Campaña publicitaria “Experiencia 4G – Entel”



5) Actos de denigración – Infundada

La denunciante sostenía que los anuncios de Entel representaban un menoscabo a la imagen de su empresa. No obstante, la Comisión determinó que no existía alusión a la empresa América Móvil. Asimismo, señaló que el uso del humor fue utilizado como parte del anuncio para presentar las características del servicio que estaba ofreciendo Entel y no hacían referencia a su competidora.

6) Actos de comparación indebida – Infundada

Al igual que lo señalado anteriormente, la Comisión sostuvo que, al no haber alusión inequívoca a la denunciante, no se configura un acto de comparación indebida.

7) Actos de engaño – Infundada

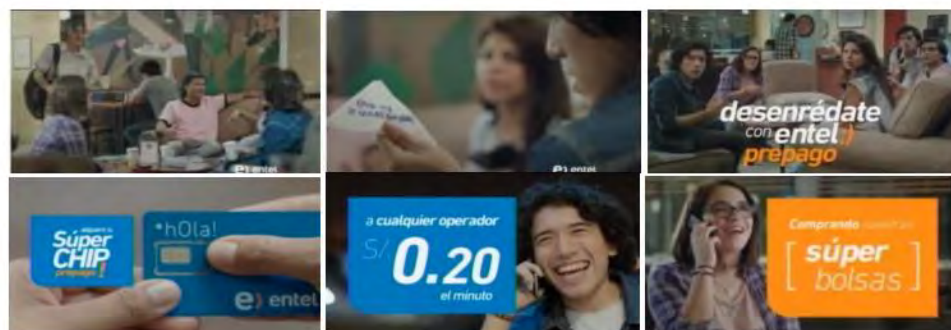
La denunciante señaló que el uso de frases como “Gracias a la experiencia 4G que sólo Entel te ofrece” y “Experiencia 4G” reproducían el mensaje de que Entel era el único operador que brindaba el servicio 4G. No obstante, la Comisión señaló que el uso de dichas frases hacía referencia a la experiencia particular brindada por Entel.

8) Actos contra el principio de legalidad – Infundada

Esta imputación fue realizada debido a que el anuncio de la promoción “por la compra de un equipo Samsung Galaxy S6 o S6 Edge obtén 6 meses gratis de Google Play Music” no contenía el número de unidades disponibles. Luego, la Comisión determinó

que no había una infracción, basando su argumento en que la promoción hacía referencia a una aplicación móvil y no a los equipos celulares.

Campaña publicitaria “Entel Prepago – Super bolsas”



9) Actos de denigración – Infundada

Nuevamente, América Móvil señaló que de los anuncios se desprendía un mensaje alusivo hacia su empresa. Al igual que en el caso anterior, la Comisión sostuvo que no existía alusión por parte de Entel a América Móvil o a su oferta. Además, recalcó que el uso del humor y la exageración fue utilizado como parte del anuncio para presentar las características de su servicio.

10) Actos de comparación indebida – Infundada

Al no haber ningún elemento que identifique a la denunciante, tampoco se configura un caso de comparación indebida, pues un requisito indispensable es alusión inequívoca.

11) Actos de engaño – Infundada

La Comisión señaló que la denunciada no incurrió en actos de engaño, pues el mensaje que se desprendía de la campaña publicitaria era meramente subjetivo. Asimismo, indicó que las afirmaciones de sus anuncios representan la perspectiva del anunciante y solo buscaban presentar el servicio ofrecido, haciendo uso del humor. Por lo tanto, un mensaje subjetivo no se encuentra sujeto al principio de veracidad.

Recurso de apelación interpuesto por parte de América Móvil Perú S.A.C.

La denunciante presentó un recurso de apelación en abril del 2016, sobre los extremos que la Comisión declaró infundados. Los principales argumentos brindados por América Móvil fueron los siguientes:

- Respecto de la alusión inequívoca, la denunciada señaló que Entel hacía reiteradas afirmaciones señalando brindar la mejor experiencia y ofrecer la mejor red 4G. En ese sentido, expresó que la palabra “mejor” se utilizó en un sentido comparativo, además de brindarle una apariencia de superioridad. Asimismo, sostuvo que, aparte de Entel, solo Telefónica y Claro brindaban el servicio 4G, por lo que era clara la referencia.
- En la campaña “Entel Prepago – Super bolsas”, se incentiva a los consumidores a “desenredarse” del servicio que tienen con sus operadoras para contratar el servicio de Entel, que se caracteriza por ser un servicio más accesible. En ese sentido, la denunciante señaló que la mención hacia ella es evidente y comparativa, además de contener un mensaje denigratorio a su reputación en el mercado.
- En adición, Entel se presenta como la solución a los problemas de los usuarios con su promoción de llamadas por s/.0.20 por minuto; sin embargo, Claro ofrece la misma promoción.
- La denunciante reiteró que la frase “la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” induce al error a los consumidores, pues estos creerían que solo Entel puede ofrecer el servicio 4G.
- Respecto al principio de legalidad, si bien este establece que se deben consignar el número de unidades disponibles de los equipos, esto también alcanzaría la promoción de “6 meses gratis de Google Play Music”, pues el uso de la aplicación móvil está supeditada a la compra del equipo.

Recurso de apelación interpuesto por parte de Entel Perú S.A.

Al mismo tiempo, Entel también presentó un recurso de apelación, en los extremos que fueron declarados fundados en la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI. Luego, absolvió la apelación por parte de la denunciante. Los principales argumentos brindados por Entel fueron los siguientes:

- Respecto de la afirmación “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”, esta fue una promoción de su servicio Entel Empresas y el posible daño por la inexactitud fue neutralizado al difundir la fe de erratas en dos conocidos diarios.
- Luego, sobre la infracción al principio de legalidad, la promoción del equipo Huawei P7 se encuentra en la página 8, mas no en la página 9. Sin embargo, un consumidor razonable es capaz de comprender los términos y condiciones de la promoción.
- Sobre la alusión inequívoca, no hay referencia hacia la oferta de otro competidor. Además, América Móvil señala que no solo se hace referencia a su oferta, sino a otros. De este modo, no sería posible identificar a uno en específico y no habría alusión inequívoca.
- El término “desenrédate” se encuentra basado en las experiencias propias de personas que participaron en un estudio de mercado. Por lo tanto, esta frase característica de la campaña tiene connotación subjetiva y se utiliza con sentido humorístico para introducir la nueva oferta de Entel. Además, Entel no afirma ser la única operadora con la promoción de s/.0.20 por minuto, sino que presenta esta promoción como una que no tiene restricciones adicionales.
- Por último, la campaña del servicio 4G que ofrece Entel no tiene como objetivo señalar que únicamente esta operadora lo hace; sino que se refiere a los rasgos propios de la experiencia del servicio particular que brinda.
- Sobre el principio de legalidad, una promoción respecto de un aplicativo móvil no se encuentra sujeta a dicho principio, pues la aplicación es descargable en cualquiera de los equipos móviles Samsung Galaxy S6 o S6 Edge. Por lo tanto, la aplicación forma parte de un servicio adicional y se puede descargar sin determinar el stock.

Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI

El caso llegó a la Sala Especializada de Defensa de la Competencia (en adelante, “la Sala”) en febrero del 2018. En primer lugar, la Sala determinó que Entel no apeló la imputación por actos

de engaño referente al anuncio “el equipo Sony Xperia E4G se comercializó primero en Entel”. Por su parte, América Móvil no apeló la imputación de actos de engaño declarada infundada respecto de que el equipo “Samsung Galaxy Core Prime” tendría el atributo de “doble chip único en el Perú”. Por lo tanto, ambos extremos quedan consentidos por las partes. Luego, la Sala resolvió sobre la nulidad en la resolución que admitió a trámite la denuncia en el extremo de la imputación por actos denigratorios y se pronunció sobre cada una de las imputaciones restantes. Los principales argumentos de la Sala fueron los siguientes:

1) Sobre la nulidad de la Resolución s/n de agosto del 2015

La Sala declaró la nulidad de la Resolución s/n en los extremos de las imputaciones por actos denigración en las campañas “Experiencia 4G – Entel” y “Entel Prepago – Super bolsas”. En primer lugar, señaló que América Móvil denunciaba la presunta comparación de la oferta de Entel con la suya y la de otras operadoras. De este modo, el elemento principal de la conducta denunciada no era la denigración, sino la presentación de una oferta en contraposición a otra. Por ello, el criterio utilizado por la Sala consistió en declarar la nulidad de la imputación por actos de denigración, debido a que se había imputado a la misma vez actos de comparación indebida y prevalecía el elemento comparativo sobre el denigratorio.

Asimismo, la Sala apoyó su decisión en el artículo 252.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y el artículo 31.2 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, los cuales establecen que se debe especificar la calificación jurídica y determinar el tipo correspondiente a la conducta por la cual se realiza la imputación. Además, siguiendo el principio de tipicidad, la autoridad debe encajar la conducta en un tipo determinado para evitar la concurrencia de imputaciones. De este modo, la Sala determinó el encausamiento únicamente por actos de comparación indebida.

2) Actos de engaño por el anuncio “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G. Muy pronto en todo el Perú” – Fundada

La Sala confirmó la resolución anterior, pues de la investigación de los hechos se concluyó que cuando el anuncio fue publicado el departamento de Pasco no contaba con la cobertura mencionada. En ese sentido, a pesar de que la denunciada intentó mitigar su error, publicando una fe de erratas en dos diarios de amplia difusión, esta no

fue la medida idónea para revertir su infracción. En consecuencia, los consumidores fueron inducidos a través de información inexacta.

- 3) Actos contra el principio de legalidad por el anuncio “Huawei P7 a S/.9 en plan de 149 (portabilidad)” – Fundada

La Sala advirtió que la exigencia que establece el principio de legalidad de consignar el número de unidades disponibles del producto y la duración de la promoción se aplica sobre todos y cada uno de los anuncios publicitarios que contengan la oferta. De este modo, a pesar de que la información solo se omitió en la página 9 y sí se encontraba en la página anterior, de igual modo se configura la infracción.

Campaña publicitaria “Experiencia 4G – Entel”

- 4) Actos de comparación indebida – Infundada

La Sala sostuvo que, en primer lugar, para determinar que se trata de un caso de publicidad comparativa, deben cumplirse dos requisitos: la referencia inequívoca hacia uno o más competidores determinados y el objetivo de presentar la oferta propia sobre la del competidor. Una vez que se cumplan estos requisitos, procede el examen de licitud. Sin embargo, la Sala determinó que la palabra “mejor” en frases como “la mejor red 4G” o “la mejor Experiencia 4G” no aluden a América Móvil, sino que se trata de una percepción propia por parte de Entel.

- 5) Actos de engaño – Infundada

Para la configuración de este supuesto normativo, se analizan aquellos mensajes objetivos que contradigan el principio de veracidad, induciendo al error al consumidor. En ese sentido, para determinar la objetividad, la Sala utilizó un criterio basado en el cumplimiento uno de estos requisitos: que la afirmación tenga un parámetro objetivo de comprobación o que pueda ser comprobada a través de un parámetro objetivo y unívoco. Sin embargo, la Sala reiteró que frases como “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” y la frase “Experiencia 4G” son enunciados subjetivos utilizados para describir su propio servicio.

- 6) Actos contra el principio de legalidad – Fundada

La Sala revocó la decisión de la Comisión y declaró fundada esta imputación. En ese sentido, señaló que la promoción de acceso a la aplicación Google Play Music por 6 meses gratis estaba supeditada a la compra de un celular Samsung Galaxy S6 o S6 Edge. Por lo tanto, la exigencia legal de consignar el stock del producto sí es aplicable, pues el consumidor tiene que realizar la compra del equipo para poder acceder a la aplicación.

Campaña publicitaria “Entel Prepago – Super bolsas”

7) Actos de comparación indebida – Infundada

La denunciada promocionaba el producto “Super Chip” en sus anuncios publicitarios, como una solución ante los “enredos” que tenían las personas con sus operadoras de telefonía móvil. Nuevamente, la Sala determinó que no se hacía mención ni referencia implícita a América Móvil, pues los anuncios solo presentaban experiencias típicas de los usuarios. Además, señaló que si bien la estructura del mercado es un indicio para determinar la alusión, en este caso no habían elementos adicionales como características o signos distintivos que permitan identificar a la denunciante.

8) Actos de engaño – Infundada

La denunciante señaló que Entel se presentaba como la única empresa que ofertaba llamadas por s/.0.20 por minuto y que ello no se ajustaba a la realidad, pues Claro también tenía esta promoción. No obstante, la Sala sostuvo que la campaña “desenrédate” no hacía referencia a que Entel se presentara como la única empresa con dicha promoción, sino que solo era una forma de ofrecer su servicio.

Votos en discordia de los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente mencionar que hubo dos votos en discordia por parte de los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza, quienes manifestaron su desacuerdo respecto de los argumentos efectuados por la Sala sobre el análisis de los actos de comparación indebida en la campaña “Entel Prepago – Súper Bolsas”. En ese sentido, los vocales consideraron que sí hubo una alusión inequívoca indirecta a América Móvil y, por lo tanto, un acto comparación ilícita. Por ello, señalaron que correspondía declarar fundada la imputación.

En primer lugar, los vocales sostuvieron que lo predominante es el resultado producido sobre el consumidor y no la intención del anunciante. De modo que, si el destinatario puede identificar al competidor aludido, nos encontramos ante un caso de comparación indebida. Además, argumentaron que, en determinados escenarios, la estructura del mercado es un elemento fundamental para el análisis de la publicidad comparativa, pues permite reconocer a la empresa competidora sin que esta haya sido mencionada. Asimismo, consideraron que otro factor a ser tomado en cuenta era la intensidad con la que se introduce el anuncio, pues los consumidores conocen el mercado y pueden identificar la referencia hacia otro agente.

En aplicación al caso concreto, los vocales alegaron que la campaña publicitaria mencionada contenía el mensaje de que Entel era la solución ante los problemas que tenían los usuarios de telefonía móvil con sus operadoras y los invitaba a “desenredarse”, publicitando su “Super Chip” que brindaba la posibilidad de realizar llamadas por s/.0.20 por minuto sin mayores restricciones. En ese sentido, la campaña presentaba situaciones de la vida diaria en la que los usuarios se veían perjudicados por la poca duración del saldo, la limitación de solo poder comunicarse con personas de su misma operadora o en horarios restringidos o la inexactitud de las promociones. En consecuencia, señalaron que esto podría incentivar a que las personas relacionen estos escenarios con una empresa competidora en específico.

Asimismo, presentaron los porcentajes de participación en el mercado de telefonía móvil del año 2015, en el que se anunció la campaña, en el cual el 52% pertenecía a Telefónica y el 35% a América Móvil, mientras que Entel contaba con un porcentaje de 8.99%. Por lo tanto, la denunciante ocupaba el segundo puesto con un porcentaje significativo en el mercado, lo cual es un criterio para considerarla identificable por los consumidores. En adición, los vocales sostuvieron que las situaciones presentadas por Entel eran subjetivas y no constituían una modalidad lícita de comparación de ofertas. Por ello, concluyeron que sí hubo una alusión inequívoca indirecta a América Móvil y, en consecuencia, se configuró un caso de publicidad comparativa ilícita.

2.3. Identificación de los principales problemas jurídicos

En el presente apartado, se procederá a determinar los principales problemas jurídicos identificados en la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI, tomando en cuenta los hechos relevantes expuestos anteriormente. Para ello, cada problema será planteado a modo de

pregunta, con el objetivo de brindar una respuesta a lo largo del desarrollo de este informe jurídico.

- 1) Primer problema jurídico (principal): ¿La campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas” contiene una alusión inequívoca a su competidora América Móvil y, por lo tanto, configura un acto de comparación indebida?

Este problema jurídico será el tema principal de este informe, pues no solo fue objeto de cuestionamiento a través de los votos en discordia, sino que también ha presentado discrepancias a nivel doctrinal. De este modo, si bien la Sala determinó que la denunciada no incurrió en un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida, es posible sostener una posición contraria a este razonamiento con los elementos del caso, tales como la estructura del mercado y el mensaje desprendido de los anuncios con la frase característica “desenrédate”. Por ello, se procederá a determinar la existencia de una alusión inequívoca indirecta. Luego, una vez comprobado que nos encontramos ante un caso de publicidad comparativa, se identificará si es lícita, en términos de los artículos 12 y 11.2 de la LRCD.

En ese sentido, es importante resaltar que, para un análisis completo, los pasos para comprobar que se trata de un caso de publicidad comparativa son, primero, determinar la alusión inequívoca hacia otro agente competidor y, segundo, la finalidad de presentar la oferta propia sobre la oferta del competidor. Una vez comprobado ello, se deben verificar los requisitos de licitud: información verdadera, exacta, pertinente de forma y de fondo. Este conjunto de condiciones es conocido como la “exceptio veritatis”. Si la publicidad comparativa logra cumplir con cada uno de estos requerimientos, será lícita. Por el contrario, basta con que no cumpla con el primero para ser considerada ilícita y convertirse en un acto de comparación indebida.

- 2) Segundo problema jurídico (secundario): ¿Es adecuado el criterio aplicado por la Sala para determinar la objetividad de la afirmación “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” en la imputación por acto de engaño?

Este punto gira en torno a una frase característica de la campaña de Entel: “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece”. Esta frase fue imputada por actos de

competencia desleal en la modalidad de engaño, por lo que la Sala debía analizar si era susceptible de inducir al error al consumidor, al infringir el principio de veracidad. No obstante, para poder realizar dicho análisis, es necesario que el mensaje transmitido en la publicidad sea objetivo. En esta parte de la resolución, la Sala aplica un criterio cuestionable para determinar la objetividad de una afirmación: que esta contenga en sí un parámetro objetivo de comprobación o que su veracidad pueda ser comprobada por un parámetro objetivo y unívoco. Dicho criterio es bastante controversial, motivo por el cual será objeto de análisis como segundo problema jurídico.

- 3) Tercer problema jurídico (secundario): ¿Corresponde la nulidad de la Resolución s/n en el extremo de las imputaciones por actos de denigración?

En un primer momento, las imputaciones por actos de denigración en las campañas “Experiencia 4G – Entel” y “Entel Prepago – Super Bolsas” fueron aceptadas por la Secretaría Técnica a través de la Resolución s/n. Incluso, la Comisión se pronunció respecto a estas. Sin embargo, posteriormente la Sala declaró la nulidad en dichos extremos. Así, determinó que no era necesario imputar actos de denigración, pues América Móvil alegaba la contraposición de una oferta sobre otra en las campañas de Entel, por lo que prevalecía un elemento comparativo, más no uno denigratorio. La Sala apoyó su argumentación en el principio de tipicidad y la exigencia de especificar la calificación jurídica de la presunta infracción, con el objetivo de evitar imputaciones por infracciones similares. En consecuencia, la resolución final se pronunció únicamente sobre actos de comparación indebida. Por lo expuesto, este punto será analizado a mayor profundidad, pues resulta interesante la actuación de la Sala.

III. Análisis y posición fundamentada sobre cada uno de los problemas de la resolución

En este acápite se realizará un desarrollo del marco conceptual de cada uno de los conceptos que nos competen para el análisis de la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI. Posteriormente, se procederá a resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados.

3.1. Marco conceptual

Previamente al análisis, se desarrollará un breve marco teórico sobre los conceptos principales del presente informe jurídico. Por tal motivo, es preciso mencionar que para todas las figuras establecidas por la LRCD, en cada anuncio debe realizarse una interpretación en su totalidad de manera integral y superficial, en función del artículo 21.2 de la Ley. De igual manera, cuando se trate de una campaña publicitaria, deben ser analizadas todas aquellas piezas que formen parte de la misma y sean relevantes para la resolución del caso.

3.1.1. Publicidad alusiva

La publicidad alusiva es aquella en la que se hace alusión a otro agente económico del mercado, quien generalmente es el competidor del anunciante, con el objetivo de obtener un beneficio concurrencial a partir de ello. De este modo, estas técnicas o modalidades publicitarias son utilizadas para mejorar el posicionamiento de la marca o empresa y presentar su oferta frente a los consumidores. En ese sentido, la publicidad alusiva puede ser clasificada en tres diferentes tipos: publicidad comparativa, denigratoria y adhesiva. (Sosa, 2017)

Si bien las tres son tipos de publicidad alusiva, cada una tiene una finalidad distinta. En breves palabras, la publicidad comparativa busca presentar una oferta frente a otra, la publicidad denigratoria genera un menoscabo en la imagen de un determinado agente económico y la publicidad adhesiva busca adherir su oferta hacia los atributos de la oferta ajena. Sin embargo, las tres están sujetas a los mismos requisitos de licitud impuestos por la LRCD.

Sin perjuicio de esta breve introducción, en la siguiente sección se hará mayor énfasis en los actos de comparación indebida a través de la publicidad comparativa, tema central del presente informe jurídico. También se abordará el tema de los actos de denigración. No obstante, no se ahondará en la categoría de publicidad adhesiva como actos de equiparación indebida, pues ello excede el alcance del presente informe.

3.1.1.1. Publicidad comparativa y actos de comparación indebida

La publicidad comparativa está permitida en Perú y está contemplada en el artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal como aquella que presenta ventajas

de su oferta, en contraste a la oferta del agente competidor. Asimismo, se caracteriza por aludir de manera inequívoca a dicha oferta, ya sea de forma directa o indirecta. En adición, la norma señala que para que este tipo de publicidad sea lícita debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 11.2 de la ley. Estos requisitos serán desarrollados más adelante; sin perjuicio de ello, es preciso mencionar que establecen que la publicidad debe ser verdadera, exacta, pertinente de forma y de fondo. De este modo, cuando la publicidad comparativa es realizada de manera ilícita, se configura el supuesto de actos de comparación indebida.

En ese sentido, Stucchi señala que la publicidad comparativa representa una confrontación entre el producto ofrecido por el anunciante en la que es inevitable identificar el producto de la oferta ajena y este acto de comparación trae como resultado que se distinga y sobresalga la oferta del primero respecto del segundo. Además, otras notas características de este tipo de publicidad son la referencia indubitable hacia uno o más agentes competidores y la intención de que esta referencia en conjunto resalte los beneficios de una oferta sobre otra. En adición, el autor señala que la publicidad comparativa no necesariamente es exhaustiva, pues es suficiente con identificar el producto ofrecido por el competidor, a pesar de que no se haya hecho una comparación absoluta de todos los atributos del mismo. (Stucchi, 2007)

a) Alusión inequívoca

La alusión inequívoca es un requisito que establece la LRCD para que se configure un acto de publicidad comparativa. Esta alusión hacia la oferta del competidor puede ser directa o indirecta. No obstante, siempre debe ser inequívoca; es decir, no debe haber duda de que se está refiriendo a la oferta competidora, esto debe ser evidente. En el caso de alusión directa es más sencillo identificarla, pues se hace mención expresa a la oferta del competidor o referencia explícita a algún signo distintivo que lo identifique. Por otro lado, en los casos de alusión inequívoca indirecta esto es más complejo, pues no se expone ni se presenta el producto o servicio de la competencia, sino que se alude incuestionablemente a este a través de otros indicios. A continuación, se ilustra lo señalado.

Un caso relevante para ilustrar esta característica es el contenido en la Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI. En este conocido caso, Telefónica Móviles S.A. denuncia a América Móvil Perú S.A.C. (Claro) por actos de engaño y actos de comparación indebida. El anuncio materia de análisis fue una pieza publicitaria en la que la banda musical “Líbido” decía haberse cambiado a la teleoperadora Claro e invitaba a los usuarios a cambiarse al igual que ellos. En este caso, si bien no se hacía referencia explícita a Telefónica, la Sala determinó, en los fundamentos 57 y 58 de la mencionada resolución, que para determinar la existencia de publicidad comparativa no es indispensable hacer mención expresa al competidor.

Por ello, debido a que el grupo musical “Líbido” fue imagen comercial de Telefónica con reciente anterioridad, los consumidores podían identificar que se estaba aludiendo implícitamente a dicha empresa. En suma, en los fundamentos 61 y 62 se señaló que *“A ello debe agregarse que debido a la estructura oligopólica del mercado de telecomunicaciones, esto es, en el que concurren pocos ofertantes - Telefónica, Claro, Nextel -, los consumidores son conscientes de que las empresas que ostentan las mayores cuotas de este mercado son Telefónica y Claro, de lo cual se advierte que cualquier comparación efectuada por alguna de estas empresas, por más sutil que esta sea, es susceptible de aludir a su competidora.”*

No obstante, posteriormente, este razonamiento parece haber variado para la Sala de Defensa de la Competencia. Para ejemplificar, es posible citar la Resolución 0835-2014/SDC-INDECOPI, en la que América Móvil Perú S.A.C. (Claro), denunció a Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica o Movistar) por actos de denigración y comparación indebida. En este caso, se presentaban dos anuncios denominados por la Sala “Guerreros” y “Carnaval”. En breves palabras, estos anuncios sostenían y resaltaban que Movistar era la red privada móvil más grande del país, a través de frases como *“En grande funciona mejor, así es tu red privada movistar, tu RPM de siempre, la Red Privada Móvil más grande del Perú donde los que formamos parte podemos hablar más pagando menos”*.

Claro alegaba que inevitablemente se hacía referencia a su empresa, pues el mercado de telecomunicaciones en los servicios móviles estaba caracterizado por ser oligopólico en dicho momento, siendo que solo había tres empresas: Claro, Movistar y Nextel.

Además, Claro y Movistar representaban un porcentaje de 95% (55% de Telefónica y 40% de América Móvil) en su participación en el mercado. No obstante, la Sala determinó que, a pesar del factor de estructura del mercado, y si bien se podía identificar una intencionalidad de aludir a Claro, esto no resulta suficiente para determinar actos de comparación indebida. Por el contrario, es necesario que concurren “elementos adicionales” que no se dieron en este caso. No obstante, la Sala no desarrolla a profundidad el contenido de estos criterios.

b) Requisitos de la *exceptio veritatis*

El artículo 12.2 de la LRCD nos remite al artículo 11.2 de la misma ley. En esta parte del texto legal, se establecen los requisitos para que un acto de publicidad alusiva sea considerado lícito; es decir, es aplicable a los actos de comparación, adhesión/equiparación, o denigración. Estos requisitos son conocidos en conjunto como la *exceptio veritatis*, que establece que la información contenida en el anuncio debe ser verdadera, exacta y pertinente (de forma y de fondo). De este modo, la ley que se encontrarán conforme aquellas prácticas publicitarias que cumplan con lo siguiente:

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

De esta manera, el primer requisito establece la exigencia de que las afirmaciones contenidas en el anuncio publicitario deben ser veraces. Luego, el segundo requisito señala que la información también debe encontrarse vigente y evitar caer en imprecisiones. En tercer lugar, el requisito de pertinencia de forma prohíbe el uso de licencias publicitarias como la ironía, sátira, burla o sarcasmo siempre que este no encuentre justificación. Finalmente, el cuarto requisito señala que la pertinencia de fondo establece la prohibición de aludir a situaciones o características personales de los representantes de la empresa competidora, toda vez que ello iría en contra del principio de competencia por eficiencia.

3.1.1.2. Publicidad denigratoria y actos de denigración

La publicidad denigratoria está contemplada en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal como aquella que consiste 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”*. En ese sentido, es posible sostener que esta modalidad busca desacreditar al competidor. Este tipo de publicidad será lícito únicamente cuando se cumplan los requisitos establecidos por la exceptio veritatis en el artículo 11.2, los cuales fueron señalados en el apartado anterior. En consecuencia, cuando la publicidad denigratoria es realizada de manera ilícita, se incurre en el supuesto de actos de denigración.

Un caso relevante para ilustrar esta la publicidad alusiva denigratoria es el contenido en la Resolución 0397-2013/SDC-INDECOPI, en la cual América Móvil Perú S.A.C. (Claro) denuncia a Directv Perú S.R.L. (“Directv”) por actos de denigración y comparación indebida, respecto de la campaña publicitaria denominada “A mí también me ha pasado”. Esta campaña contenía cuatro piezas publicitarias televisivas, para efectos de desarrollar los actos de denigración, desarrollaremos brevemente una de ellas. En este anuncio, se visualizaba una mujer amarrada con una soga a tres hombres vestidos de mariachis, lo cual hacía referencia al “paquete de tres” que ofrecía Claro y los mariachis aludían a los trajes típicos de origen mexicano, siendo que es conocido Claro es una empresa cuyo origen se encuentra en dicho país. De esta manera, la Sala

determinó que Directv incurrió en actos de denigración, toda vez que esto era pasible de menoscabar la imagen comercial de Claro y no se respetó el requisito de pertinencia de forma.

3.1.2. Actos de engaño

Los actos de engaño se encuentran regulados en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Esta modalidad de infracción contra la leal competencia sostiene que son aquellos actos cuyo efecto es inducir al error a los agentes del mercado respecto de las características del producto o servicio, cuyo efecto puede ser real o potencial. Asimismo, la inducción al error puede versar sobre diversas características, como el modo de fabricación, la calidad, la cantidad, el precio o condiciones de venta o adquisición, entre otros atributos.

En adición, el artículo 8.2 señala que también se consideran actos de engaño aquellos testimonios contenidos en la publicidad, cuya autenticidad no pueda ser probada ni sea reciente. El inciso 3 del mismo artículo hace mención al respeto del principio de veracidad y atribuye la carga de la prueba al anunciante. Por último, el inciso 4 hace una precisión importante, pues señala que cuando se difunda publicidad cuyo contenido sea comprobable, el anunciante debe tener de antemano las pruebas para fundamentar sus afirmaciones.

Además, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial señalan que para analizar si la publicidad incurre en actos de engaño se debe seguir dos pasos. Primero, realizar un análisis integral y superficial del anuncio, tal como lo establece el artículo 21 de la LRCD. En segundo lugar, corresponde hacer un contraste entre la realidad y lo sostenido en el anuncio. En caso no se encuentre una correspondencia entre uno y otro, estaremos ante una infracción a la norma. (INDECOPI, 2021)

Ahora, si bien la resolución materia de análisis se emitió en el 2018, para complementar el desarrollo de los actos de engaño, considero pertinente citar de forma breve la Resolución N° 0015-2020/SDC-INDECOPI, la cual hace referencia a la parte captatoria del anuncio. De este modo, establece que es importante tener en cuenta que siempre hay una sección del anuncio que es más llamativa, pues constituye la parte

captatoria, cuyo objetivo es llamar la atención del consumidor. Sin embargo, reconocer esto no significa negar que el anuncio deba ser analizado en su totalidad en todos los casos, sino que esta parte representa aquello que atrae a los destinatarios.

Un ejemplo de actos de engaño es el contenido en la Resolución 0088-2018/SDC-INDECOPI. En este caso, Entel Perú S.A. denuncia a Telefónica del Perú S.A.A. por la campaña “4G LTE ilimitado en todo el Perú”. Es así que la denunciada no pudo demostrar la veracidad de dicha afirmación, pues el servicio no estaba habilitado en la totalidad del territorio peruano. La empresa trató de argumentar que en cada departamento del país, habían líneas con dicha tecnología; sin embargo, la Sala determinó que esto no era suficiente para probar que efectivamente el servicio 4G funcionaba en todo el Perú. Por lo tanto, la denunciada incurrió en actos de engaño.

a) Principio de veracidad

El principio de veracidad se desprende del artículo 8.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el cual señala que *“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.”* No obstante, este cuerpo legal no brinda una definición expresa. Sin embargo, es posible afirmar que el principio de veracidad busca defender la objetividad de aquellas características que le son atribuidas a un bien o servicio, evitando de este modo que se induzca al error por medio de la publicidad.

Asimismo, este principio busca sancionar aquellas conductas publicitarias que contengan una probabilidad de conducir hacia el error a sus destinatarios, sin perjuicio de que esto se concrete o no. Es decir, la finalidad del principio de veracidad es contener aquellos actos por parte de los agentes económicos que, para presentar su oferta ante los consumidores, difundan afirmaciones engañosas a través de la publicidad. Cabe hacer hincapié en que este principio recae únicamente sobre mensajes susceptibles de ser comprobados, excluyendo aquellos de corte subjetivo. (Sosa, 2017) En adición, los Lineamientos Sobre Publicidad Engañosa señalan que *“De acuerdo con el principio de veracidad, las informaciones y/o imágenes que se difundan mediante un anuncio*

publicitario deben ser ciertas y no deben inducir a error al consumidor, ni de manera directa, ni por ambigüedad, ni por omisión, ni por exageración.”(INDECOPI, 2015)

De esta manera, el autor Gabriel González Delgado encuentra que el principio de veracidad no constituye un deber o una obligación de brindar determinada información, sino que proscribe en engaño hacia los consumidores. En ese sentido, este deber recae sobre todos los anunciantes. En otras palabras, no se encuentran obligados a difundir información en específico; por el contrario, este principio les impone una obligación de no hacer, respecto de los actos de engaño. (González, 2009)

b) Afirmaciones objetivas y subjetivas

En la publicidad se hace uso de diversas frases o afirmaciones, estas pueden ser objetivas o subjetivas. Dependiendo de su uso, se podrá determinar en cada caso si se encuentran dentro de los límites aplicables de la ley. A continuación, se desarrollarán los aspectos de ambos tipos de afirmaciones.

En primer lugar, las afirmaciones objetivas son aquellas que transmiten información precisa, la cual es posible verificar y constatar a través de parámetros objetivos. De este modo, otro factor que caracteriza a la publicidad objetiva es que los consumidores realmente toman en serio la información transmitida, por el mismo hecho de que está basada en datos comprobables. Algunos ejemplos sencillos pueden ser aquellos productos de maquillaje que tienen la certificación de cruelty free o una chompa hecha de determinada tela.

Además, es importante señalar que dentro de la publicidad que contiene afirmaciones objetivas, encontramos aquella de tono excluyente. De esta manera, *“la jurisprudencia ha hecho referencia a la figura de la publicidad de tono excluyente, la misma que suscita en el público la idea de que el anunciante o su oferta es única en el mercado o que presentan características que no concurren en otras empresas o en otras ofertas rivales. Con esto se entiende que dicho anunciante guarda preeminencia frente a los demás concurrentes en el mercado.”* (INDECOPI, 2021).

Sin embargo, debemos precisar que este tipo de publicidad es siempre objetiva y cuenta con parámetros para comprobar la afirmación que sostiene; es decir, debe ser comprobable. Asimismo, es resaltante que mediante ella el anunciante busca visibilizar una posición de superioridad en el mercado o una virtud que sus competidores no tienen. Esta figura será lícita siempre y cuando sea comprobable lo afirmado. (Maguiña & Sosa, 2010)

Por otro lado, la publicidad subjetiva es aquella que no representa un riesgo de que los consumidores sean inducidos hacia el error, debido a que no es posible comprobarlas a través de estándares objetivos. Por lo tanto, no se encuentra sujeta al análisis del principio de veracidad y no configura un acto de engaño. De este modo, frases como “el mejor producto” o “el mejor servicio” u otros similares, pueden ser considerados como afirmaciones subjetivas, pues no existe un estándar objetivo para comprobar si respeta el principio de veracidad. A continuación, se cita un extracto de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial que contiene un ejemplo para entender mejor este tipo de afirmaciones:

“Una persona cuestionó la publicidad de un restaurante que afirmaba que su local contaba con un modelo “completo” y “atractivo”. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que estos atributos por sí mismos resultaban ser subjetivos, esto es que se basaban en la opinión del anunciante, siendo que estas frases no estaban acompañadas de elementos que doten a la afirmación publicitaria de parámetros objetivos que permitan su comprobación. Es así que se destacó que hubiera sido distinto si, por ejemplo, a dichos términos se les hubiese agregado la frase “de acuerdo con la encuesta Z efectuada a los consumidores A, B y C”, dado que este elemento es un parámetro que dota de objetividad a las afirmaciones cuestionadas, en tanto tendría que verificarse la existencia de dicha encuesta y analizar si, de su contenido, es posible desprender dichas conclusiones. Sin embargo, debido a que el anuncio cuestionado no se indicaba ningún parámetro objetivo de medición, se consideró que la afirmación difundida por la empresa denunciada era subjetiva, por lo que no inducía a error a los consumidores” (INDECOPI, 2021)

Siguiendo esta línea, forman parte de las afirmaciones subjetivas las siguientes categorías. Primero, la exageración publicitaria, que consiste en engrandecer las cualidades de un producto o servicio. Luego, las expresiones publicitarias triviales y generales, que son aquellas que incitan a contratar la oferta de un producto o servicio, pero solo constituyen frases vacías y genéricas. Y tercero, los juicios estimativos, que son aquellos que muestran la opinión del anunciante, la cual no constituye información comprobable. (Maguiña & Sosa, 2010) Cabe resaltar que el artículo 20 de la LRCD, permite el uso de licencias publicitarias, es decir, del humor, la fantasía y la exageración, siempre y cuando se sujeten a los límites de la ley.

c) Deber de sustanciación previa

El deber de sustanciación previa se encuentra contenido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que señala que *“para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.”* Es decir, este deber presupone que los anunciantes deben contar con las pruebas que acrediten la veracidad de su afirmación de manera previa a la emisión del anuncio. De este modo, no solo nos encontramos ante un acto de engaño cuando se afecta directamente el principio de veracidad, sino también cuando se incumple el deber de sustanciación previa, emitiendo anuncios publicitarios sin tener un medio de prueba preconstituido; tal como fue resuelto en la Resolución 0018-2018/SDC-INDECOPI.

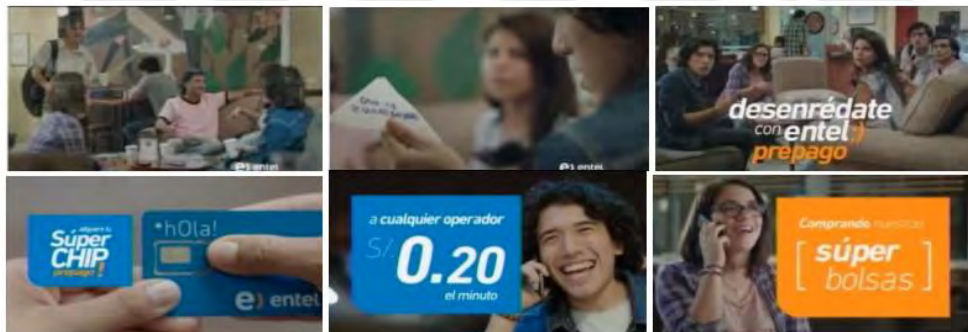
Lo que justifica la existencia de este deber es la idea de que, si no se puede comprobar la información brindada en el anuncio publicitario o si esta no ha sido probada antes, este es susceptible de inducir al error. Asimismo, como se mencionó anteriormente, por ley, esta es la única manera en la que el anunciante puede acreditar la carga de la prueba. Por tal motivo, no deberían ser admitidos medios probatorios que no hayan sido constituidos previamente a la difusión de la publicidad. Además, deben ser medios idóneos para probar la veracidad de la afirmación que se alega. (INDECOPI, 2015)

3.2. Desarrollo de los problemas jurídicos identificados

3.2.1. Primer problema jurídico (principal)

El problema jurídico principal consiste en determinar si la campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas” contiene una alusión inequívoca a su competidora América Móvil y, por lo tanto, configura un acto de comparación indebida.

La campaña “Entel Prepago – Super Bolsas” estuvo compuesta por anuncios televisivos, banners y anuncios virtuales en páginas web, etc. Asimismo, hay una palabra característica que se repite reiteradamente: “Desenrédate”. Los anuncios televisivos presentaban situaciones de la vida cotidiana en las que usuarios de otros operadores tenían diversas dificultades para comunicarse a través de sus líneas de telefonía móvil. Por ello, se les invitaba a “desenredarse” con Entel, presentándose como una solución a los problemas de sus operadoras a través de la oferta de su producto “Super Chip”, mediante el cual se adquiere una “Super Bolsa” y con ella la posibilidad de hablar con cualquier número por s/0.20 por minuto sin restricciones adicionales. A continuación, se citan un extracto del comercial denominado “amigos” a manera de ejemplo:



“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. (...)

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. (...)”

Como puede apreciarse, los personajes presentaban distintas restricciones para utilizar su servicio de telefonía móvil. Por ejemplo, estar limitados a solo poder llamar a un número en específico, estar sometidos a altas tarifas de llamada o presentar dificultades para realizar llamadas en general. De esta manera, el mensaje que se desprendía era que Entel tenía la solución a los “enredos” que tenían con sus operadoras.

Asimismo, la Sala señaló que primero se debe determinar el cumplimiento de dos requisitos primordiales propios de la publicidad comparativa, “(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”. Posteriormente a la comprobación de estas condiciones, se procede a analizar los requisitos de la exceptio veritatis. En ese sentido, el primer paso es determinar si hay alusión inequívoca.

Por ello, corresponde analizar primero si hay una alusión inequívoca al agente competidor. América Móvil alegaba que se hacía indudablemente referencia hacia su oferta, de manera indirecta, pues su porcentaje de participación en el mercado era el segundo más significativo, luego de Telefónica. Sin embargo, tanto la Comisión como la Sala determinaron que la campaña “Entel Prepago – Super Bolsas” no hacía alusión alguna a América Móvil, pues no se identificaba como la empresa causante de los problemas (“enredos”) de los consumidores.

Siguiendo esta línea, los problemas presentados en los anuncios televisivos como la dificultad para llamar a un número de otra operadora o la duración del saldo son situaciones que ocurren con los usuarios en general, no necesariamente solo con los de América Móvil. Además, la Sala mencionó en fundamento 40 de la Resolución que “no se aprecian elementos adicionales al mensaje principal, como imágenes que puedan dar a entender que se está haciendo alusión a los servicios brindados por América Móvil o a características o signos distintivos que puedan

presentar en el mercado al prestar sus servicios.” Así, señaló que se requerían elementos adicionales a la estructura del mercado para determinar alusión indirecta.

Ahora bien, tal como fue mencionado anteriormente en el marco teórico, observamos una variación en el razonamiento por parte de la Sala. De este modo, en casos anteriores la Sala aceptó que el elemento de la estructura del mercado permitía determinar la alusión indirecta al agente competidor. No obstante, ahora aparece la exigencia de elementos adicionales a la estructura del mercado, como si este no fuera suficiente para determinar alusión inequívoca, causando votos en discordia y opiniones en la doctrina.

Recordemos el caso de la Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI, expuesto previamente en el marco teórico, sobre el grupo musical Líbido. La Sala expresó que la estructura oligopólica que se presentaba en el mercado de las operadoras de telecomunicaciones era un factor que permitía identificar a los agentes con mayor porcentaje de participación en el mercado e indubitablemente al agente competidor al que se hacía referencia en dicho caso. Por lo tanto, determinó alusión inequívoca y declaró fundada la imputación por comparación indebida.

Así también, es posible citar el caso de la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, en la que Telefónica Multimedia S.A.C. denunció a Directv Perú S.R.L. por actos de comparación indebida, entre otros. En el año 2013, este caso llegó hasta la Sala con los anuncios denominados “Miss”, “Rock” y “Fútbol”, los cuales formaban parte de la campaña publicitaria “A mí también me ha pasado”. Sin ahondar en el contenido de los anuncios, el cual presentaba situaciones de la vida cotidiana en la que los usuarios de televisión por cable presentaban problemas con su servicio, por un tema de extensión en el presente trabajo de investigación, nos centraremos en exponer el razonamiento de la Sala para determinar actos de comparación indebida.

En ese sentido, en primer lugar, la Sala realizó un análisis integral y superficial de la campaña. De este modo, determinó que si bien no en todos los anuncios había una alusión a Telefónica, el anuncio “Fútbol” sí hacía referencia explícita; por lo tanto, los anuncios fueron analizados en conjunto. Además, hizo referencia a la estructura del mercado como un escenario que aumenta la probabilidad de identificar al agente competidor. De acuerdo a ello, la participación en el mercado de televisión por cable contenía diversos agentes económicos. Sin embargo, el

mayor porcentaje era indudablemente predominante a favor de Telefónica con más del 50%. En suma, el evidente propósito expansivo de Directv y debido a que no pudo probar la veracidad de las afirmaciones de sus anuncios (primer requisito de la exceptio veritatis), se determinó que se trataba de publicidad comparativa ilícita.

De esta manera, se observa como en las resoluciones de los años 2010 y 2013, la Sala mantuvo el elemento de la estructura del mercado como factor para determinar alusión inequívoca. No obstante, al año siguiente la autoridad resolutoria varió su argumento, exigiendo la presencia de elementos adicionales a la participación de los agentes económicos en un determinado sector. Tal es el caso de los anuncios “Guerreros” y “Carnaval”, en el año 2014, a través de la Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI, la cual fue citada y desarrollada en el marco teórico del presente trabajo, en la que se declaró infundada la denuncia por comparación indebida.

Asimismo, en el caso “Guerreros” y “Carnaval”, la Sala alegó que en el caso relacionado al grupo Líbido, la previa vinculación comercial de este grupo musical con el competidor era un elemento adicional a la estructura del mercado. De esta manera, es posible inferir que, en la opinión de la Sala, no hubo una modificación en el criterio utilizado. Además, podría argumentarse que en el citado caso de Directv, también había un elemento adicional, pues uno de los anuncios de la campaña sí tenía una alusión directa, lo cual se interpretó en conjunto a todos los demás comerciales. Por otro lado, igualmente es posible encontrar cuestionamientos a esta exigencia adicional:

“Sin embargo, en los años siguientes, la Sala hizo bastante ambigua su posición respecto de las alusiones indirectas por estructura de mercado, señalando que la estructura oligopólica del mercado de telefonía móvil constituía un indicio insuficiente (por sí solo) para acreditar la existencia de una publicidad alusiva. Así, la Sala señalaba que además de la estructura del mercado, debían existir “elementos adicionales” que permitan inferir al órgano resolutorio que existía una alusión inequívoca. Este cambio de criterio se desarrolló mediante Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI.” (Sosa, 2018)

Ahora bien, en el caso materia de análisis, la Sala ha optado también por repetir la exigencia de fundamentos que complementen los indicios para determinar publicidad comparativa, independientemente de la estructura del mercado. Por tal motivo, teniendo en cuenta todo lo

expuesto, se procederá a realizar nuevamente el análisis de la campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas”.

Sobre la alusión inequívoca

En la campaña “Entel Prepago – Super Bolsas” no existe una mención expresa ni una alusión explícita a la empresa competidora América Móvil. Sin embargo, tal como se desarrolló previamente, la alusión puede ser directa o indirecta, pero siempre debe ser inequívoca. Por ello, nos apoyaremos en el criterio de la estructura del mercado y en el mensaje desprendido de la publicidad de Entel para corroborar la hipótesis de que existe una alusión indirecta al agente competidor y, en consecuencia, un caso de publicidad comparativa.

En ese sentido, al realizar un análisis integral y superficial completo de la campaña publicitaria en cuestión, tenemos que las diversas frases que incentivan a “desenredarse” a los consumidores respecto de sus servicios de telefonía móvil, se emiten en un contexto de comparación hacia situaciones con operadores de las empresas competidoras, pues así lo señala el anuncio televisivo denominado “familia”, del cual se cita un extracto a continuación:



“Mamá: ¿Por qué no me avisaste que llegarías tan tarde anoche?”

Hija: ¡Uy ma! Perdón, si te quería avisar te lo ju...

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.” (El subrayado es nuestro.)

En ese sentido, el mensaje que se desprende del anuncio citado es que Entel es la solución a los problemas de duración de saldo, las limitaciones para llamadas de madrugada, las dificultades presentadas por las tarifas y promociones, las restricciones para hablar con otros usuarios de telefonía móvil, las cuales se le atribuyen a “otro operador”.

De este modo, si bien se hace una alusión indirecta a otro operador, corresponde precisar por qué esta referencia es evidentemente hecha hacia América Móvil. En ese sentido, aplicamos el criterio ya mencionado y desarrollado de la estructura del mercado. Por tal motivo, es preciso reproducir el cuadro de porcentajes basado en el reporte de Líneas de Servicio Por empresa del año 2015, año en el que inició el presente caso, expuesto por los vocales Medina Triveño y Espinoza Espinoza en su voto discordante.

Indicadores del Servicio Móvil de OSIPTEL - Líneas de Servicio por Empresa Año 2015	
Telefónica	52%
América Móvil	35%
Entel	8.99%
Otro (Viettel)	3.6%

Tal como se puede observar en el cuadro anterior, Telefónica y América Móvil representaban la mayor parte de participación en el mercado de las telecomunicaciones, específicamente en el caso de servicios de telefonía móvil, con una cifra de 52% y 35% respectivamente. De este modo, esta situación en particular permite que los consumidores puedan identificar fácilmente a quiénes se hace referencia en la publicidad. Dado que los consumidores tenían conocimiento de que solo había cuatro agentes competidores en el año 2015 y el hecho de que Entel ocupaba el tercer lugar en su porcentaje participativo, es sencillo entender que sus referencias hacia

“otro competidor” se dirigen a quienes compiten por encima de este con una posición de preeminencia. En ese sentido, aunque se trate de una referencia genérica, determinadas circunstancias provocan que el público pueda reconocer a uno o más competidores a través de la publicidad emitida por el anunciante. (Tato Plaza, 1993)

Finalmente, ante todo lo expuesto, es posible concluir que se aprecia una alusión indirecta inequívoca hacia América Móvil y Telefónica, al ser los agentes competidores con mayor porcentaje de participación en un mercado concentrado, en el que los consumidores son capaces de reconocer la referencia hacia ellos. Tal como lo expresa Anxo Tato Plaza, a quien cito a continuación:

*“Los mercados oligopolísticos, en efecto, aparecen caracterizados por la existencia de múltiples competidores; sin embargo, **tan solo dos o tres de ellos tienen poder de mercado**. En estas circunstancias, cualquier comparación genérica realizada por el competidor en su publicidad, **será entendida por el público destinatario como una comparación con los dos o tres competidores que este público conoce**, es decir, con los dos o tres competidores que ostentan el poder de mercado. Estos competidores resultarán, por tanto, identificables para el público destinatario, con lo que ya concurriría el primero de los elementos constitutivos de la publicidad comparativa.”*
(Tato Plaza, 1996)

Asimismo, cabe resaltar que si bien la Sala sostuvo que no habían “elementos adicionales”, no ha brindado un desarrollo pleno sobre esta exigencia adicional. Sin embargo, un argumento adicional puede encontrarse en un dato brindado por los votos discordantes, que señala que Viettel (“Bitel”) entró al mercado nacional recién en julio de 2015, mes en el que se realizó la denuncia. Por lo tanto, se evidencia que los mensajes desprendidos de la publicidad de Entel no hacían referencia a los operadores en general, sino solo a Claro y Movistar que tenía una posición predominante en el mercado. Pues Bitel, aparte de tener un porcentaje de participación mínimo, recién inició sus operaciones en el mes de la denuncia, cuando la publicidad de Entel ya había sido emitida, motivo por el cual su servicio no tenía las características aludidas por Entel y los consumidores tampoco habrían podido relacionarlas con dicho operador.

Además, otro elemento adicional importante es que Entel menciona en el anuncio televisivo “familia” que el personaje del abuelo no puede hablar con nadie, por pertenecer a otro operador.

En ese sentido, es preciso mencionar “*toda vez que en ese entonces eran solo 3 operadores y solo dos de ellos tenían redes privadas (RPM y RPC)*” (Sosa, 2018) Por lo tanto, es evidente que la referencia era hacia Movistar y Claro.

En conclusión, se ha demostrado que el mensaje desprendido de la campaña publicitaria “Entel - Super Bolsas” contenía una alusión a la oferta de su empresa competidora América Móvil. Asimismo, la estructura del mercado es determinante en este caso, pues la denunciante ocupaba el segundo mayor porcentaje significativo en el mercado; además, si ello no fuera suficiente, se han observado elementos adicionales que permiten identificarla. Por todo lo expuesto, se ha comprobado que sí hubo una alusión inequívoca (indirecta) a América Móvil.

Sobre la presentación de las ventajas de la oferta de Entel

Ahora bien, sobre la presentación de ventajas de la oferta de Entel en frente a sus agentes competidores, es preciso recordar la tan repetitiva frase de la campaña: “desenrédate con Entel”. A lo largo de los anuncios televisivos, Entel ha presentado situaciones desventajosas por parte de personas cuya línea móvil corresponde a otra operadora. Como ya fue expuesto, estas otras operadoras son los agentes competidores con mayor participación en el sector. Asimismo, Entel ofrece una y otra vez la posibilidad de liberarse de estos enredos y problemas a través de su servicio, ofreciendo hablar a cualquier operador por s/0.20 por minuto. De este modo, se desprende que Entel brinda un mensaje claro: La solución a los problemas de los usuarios de otras operadoras, tales como quedarse sin saldo, solo poder hablar de madrugada o no poder hablar con otro operador, entre otros, es contratar el servicio de Super Chip Entel.

Sobre la aplicación de la exceptio veritatis

Una vez comprobada la alusión inequívoca indirecta a América Móvil y la presentación por parte de Entel de las ventajas de su oferta, debemos proceder a analizar los requisitos de la exceptio veritatis (artículo 11.2 de la LRCDD), los cuales establecen que la información brindada debe ser verdadera, exacta y pertinente de forma y fondo. No obstante, es preciso mencionar que estos requisitos deben presentarse en su totalidad para que pueda reputarse lícito un caso de publicidad comparativa. De lo contrario, es suficiente que no sea posible comprobar uno de ellos, para detener el análisis y que encaje el supuesto de actos de comparación indebida.

Ahora bien, cabe cuestionarnos: ¿El mensaje publicitario que se desprende de las afirmaciones realizadas por Entel en su campaña “Entel Prepago – Super Bolsas” es verdadero, al contener información objetiva y posible de ser verificada? En este primer paso, nos encontramos frente a la valla del principio de veracidad, que establece que el anuncio debe ajustarse a la verdad, en base a criterios objetivos. Sin embargo, como ha sido señalado, primero debemos determinar si el anuncio es objetivo o subjetivo.

Asimismo, es preciso mencionar que la denunciante también imputó actos de engaño por la misma campaña, por lo que hubo un análisis por parte de la Sala. En ese sentido, Entel ofrecía su servicio como una solución ante los problemas que desencadenaba el servicio de la empresa competidora. Sin embargo, no era la única empresa que brindaba llamadas a cualquier operador a s/0.20 por minuto, sino que América Móvil también contaba con un servicio similar. No obstante, la Sala determinó que Entel no había dado a entender que era el único que brindaba este servicio, sino que solo presentaba su servicio como una solución y una posibilidad de salir del enredo generado por el servicio de su competidor.

Además, la Sala concluyó que la campaña publicitaria de Entel estaba basada en apreciaciones por parte del mismo y carecía de carácter objetivo, encontrándose, al contrario, en el campo de la subjetividad. De esta manera, manifestó que se encontraba de acuerdo con la Comisión y señaló que *“el mensaje publicitario difundido en la campaña bajo análisis es de carácter subjetivo pues son apreciaciones del propio anunciante para resaltar las características de su servicio, utilizando el humor y la exageración. En tal sentido, concluyó que el mensaje difundido no se encuentra sujeto al análisis de veracidad (...).”*

En ese sentido, nos encontramos de acuerdo en que no hay un parámetro objetivo que pueda determinar que el mensaje de Entel era comprobable y posible de ser verificado; pues la duración del saldo de cada persona dependerá del uso particular, la accesibilidad para llamar a uno u otro operador dependerá del tipo de línea que se contrate y así sucesivamente. Por lo tanto, la campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas” no pasaría el primer requisito de la *exceptio veritatis* y sería considerada publicidad comparativa ilícita. En consecuencia, se ha demostrado que hubo un caso de actos de comparación indebida.

3.2.2. Segundo problema jurídico (secundario)

El segundo problema jurídico consiste en analizar si es adecuado el criterio aplicado por la Sala para determinar la objetividad de la afirmación “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” en la imputación por acto de engaño.

América Móvil alegó que la frase “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” incurría en un supuesto acto de engaño, pues reproducía el mensaje de que Entel era la única operadora que brindaba el servicio 4G, lo cual no era cierto pues Telefónica y Claro también lo hacían. La Sala declaró la imputación infundada, por considerarla subjetiva. En ese sentido, la obligación de no inducir al error al destinatario sobre las características del producto o servicio encuentra su fundamento en el principio de veracidad. Sin embargo, para que una afirmación se encuentre sujeta a este principio, debe ser de corte objetivo, según lo establecido en el artículo 8.3 de la LRCD.

En otras palabras, una afirmación debe ser objetiva para encontrarse sujeta al principio de veracidad. Si esta no respeta el mencionado principio y, por el contrario, reproduce un mensaje falso sobre las propiedades del producto o servicio, encaja en el supuesto de acto de engaño. Por otro lado, si la afirmación es subjetiva, no se encontrará sujeta a esta evaluación. Ahora bien, la cuestión es cómo determinar si este mensaje es objetivo o subjetivo; para ello, la Sala utilizó el siguiente criterio:

“(…) 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.”**

De esta manera, se observa que la Sala ha reproducido el mismo razonamiento utilizado en el conocido caso “Esan”, contenido en la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI. Para ilustrarlo, en breves palabras, la universidad Esan publicó un anuncio en el que se atribuía el título de “la mejor escuela de negocios del Perú”. Esto fue denunciado por actos de engaño y la Sala declaró la imputación infundada. No obstante, independientemente de la decisión final,

lo cuestionable es el criterio construido por el órgano resolutor, pues en el presente caso la autoridad lo ha repetido.

Lo controversial de este razonamiento es que puede alterar el análisis de la figura de actos de engaño e interfiere con más de una figura de la LRCO. En primer lugar, bajo este criterio, prácticamente cualquier afirmación, de superioridad u otra, podría ser subjetiva por no contener en sí misma un parámetro objetivo o por existir diversos parámetros de comprobación. Por ejemplo, si un colegio alega ser “El mejor colegio de Lima”, esta afirmación será considerada subjetiva, pues dentro de la misma no contiene el estándar de comprobación: “basada en la encuesta oficial ...” o “según el ranking ...”. Además, al existir más de un parámetro de comprobación, igualmente terminaría siendo subjetiva, pues la exigencia es que sea unívoco.

En adición, *“este criterio prácticamente modifica el principio de substanciación previa (...), toda vez que ahora no será necesario que el anunciante cuente con los medios probatorios de las alegaciones objetivas que utilice en su publicidad, ya que si no incluye la fuente de la misma en la publicidad (o si existe más de una forma de probar su alegación), será un anuncio subjetivo que no se encuentra sujeto al principio de veracidad.”* (Sosa, 2017) Además, podría afectar también los supuestos de publicidad alusiva, toda vez que como se ha desarrollado en el presente trabajo, uno de los requisitos de licitud (exceptio veritatis) en los casos de publicidad comparativa o denigratoria es que esta sea objetiva. Sin embargo, si la mayoría de afirmaciones pueden ser consideradas subjetivas bajo este criterio, esto genera un desincentivo para el uso de este tipo de publicidad.

De este modo, este razonamiento resulta cuestionable, puesto que generalmente hay más de un criterio para determinar la veracidad de una afirmación y ello no le quita la objetividad a un anuncio. Además, se podría argumentar que cualquier afirmación es subjetiva y así los anunciantes podrían tomar provecho de ello para no respetar la figura de actos de engaño, en relación al principio de veracidad y el deber de sustanciación previa; así como afectar los casos de publicidad alusiva. Por estos motivos, considero que no fue adecuado que la Sala utilice este criterio nuevamente.

No obstante, si bien considero que no era necesario recurrir a este criterio para determinar la objetividad de la frase “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece”, me encuentro de acuerdo con la resolución final de la Sala, pues sí es posible calificarla como subjetiva,

mediante otros argumentos. A simple vista podríamos pensar que el uso de la palabra “solo” busca proponer una posición de exclusividad del servicio 4G por parte de Entel, pues esta suele utilizarse para casos de publicidad de tono excluyente, la cual es objetiva:

“Hacen uso del adverbio “solo”, siempre que dicho adverbio aparezca unido a determinadas características de la empresa o producto elogiado. Ejemplo: “la calidad en fibra de algodón que solo podrás encontrar en X” (Maguiña & Sosa, 2010)

Sin embargo, debe realizarse un análisis integral y superficial. En ese sentido, Entel no alega ser el único en brindar el servicio 4G, sino que lo describe como la “experiencia 4G” que “solo” este operador ofrece. De esta manera, como sostuvo la Sala, el mensaje que transmite es que Entel brinda una experiencia particular a los consumidores a través de su servicio. Así, señaló que la palabra “experiencia” es subjetiva, pues es una denominación utilizada por Entel para describir las cualidades del servicio que ofrece en el mercado.

En conclusión, el criterio de objetividad establecido por la Sala no fue adecuado para el análisis de la frase “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece”, pues presenta distintas contradicciones con la LRCD. Sin embargo, me encuentro de acuerdo con la conclusión final de la Sala, y la argumentación posterior, que califica dicha frase como subjetiva y declara infundada la denuncia por actos de engaño.

3.2.3. Tercer problema jurídico (secundario)

El tercer problema jurídico consiste en analizar si corresponde la nulidad de la Resolución s/n en el extremo de las imputaciones por actos de denigración.

De acuerdo a los hechos relevantes, América Móvil denunció actos de comparación indebida y actos de denigración contra Entel. En ese sentido, respecto de la campaña “Experiencia 4G – Entel”, sostuvo que era evidente que se aludía a Claro y Movistar, pues eran las únicas empresas que ofrecían el servicio 4G. También, alegó que el mensaje transmitido por Entel era que los usuarios de otras empresas no recibían el servicio que esperaban. Luego, respecto de la campaña “Entel Prepago – Super Bolsas”, argumentó que el mensaje que se desprendía de los anuncios era que los usuarios estaban enredados ante un servicio que imponía diversas

restricciones y que Entel era la solución para “desenredarse” a través de su promoción de llamadas por s/0.20 el minuto.



Inicialmente, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia por dichas imputaciones. Luego, la Comisión se pronunció sobre el fondo declarándolas infundadas. Sin embargo, posteriormente **la Sala declaró la nulidad de la Resolución s/n en el extremo de las imputaciones por actos denigratorios**. Al respecto, cabe cuestionarnos por qué si en un primer momento estas imputaciones fueron aceptadas, posteriormente fueron declaradas nulas. Por otro lado, la Sala únicamente se pronunció sobre las imputaciones de actos de comparación indebida, declarándolas infundadas.

En ese sentido, el primer argumento de la Sala fue que, en base a lo alegado por la denunciante, prevalece la contraposición de una oferta sobre otra, lo cual constituye elemento característico de la publicidad comparativa. Además, señaló la insuficiencia de un elemento denigratorio predominante. Este razonamiento encuentra sentido, pues es preciso mencionar que, como se desarrolló en el marco teórico, la publicidad comparativa y la denigratoria son subtipos de una misma categoría: la publicidad alusiva. Por tanto, si bien ambos parten sobre la misma base, tienen diferente finalidad y están regulados bajo supuestos distintos.

De este modo, el objetivo de la publicidad alusiva es, como su nombre lo dice, aludir al agente con quien concurre en el mercado; siendo este el elemento en común entre la publicidad comparativa y denigratoria, pues en ambos casos habrá una referencia al competidor. No obstante, la diferencia es que mientras la primera contrasta las ventajas de la oferta propia sobre la de la empresa competidora, la segunda genera un menoscabo en la imagen de otro agente económico. Además, cabe recordar que, en teoría, estos tipos de publicidad no son ilícitos; sino

que configuran infracciones cuando se incumplen los requisitos de licitud de la “exceptio veritatis”, que exige que la información transmitida sea verdadera, exacta y pertinente de forma y de fondo.

Siguiendo esta línea, es pertinente exponer un pronunciamiento en el que también se realizó una denuncia por actos de denigración y actos de comparación indebida a la misma vez. Tal es el caso de la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, citado anteriormente, sobre la campaña “A mí también me ha pasado” de Directv, en el que la Sala también declaró la nulidad de la resolución de imputación de cargos por denigración. La autoridad sostuvo lo siguiente:

*“Si bien los mensajes que trasladan los tres anuncios televisivos **podían causar descrédito en la reputación empresarial de Telefónica** respecto a la calidad de la imagen del servicio de televisión por cable, de los decodificadores y de la capacidad de grabación de estos equipos, **en tanto esta información se difundió contraponiéndola con la oferta de Directv –rasgo distintivo de la publicidad comparativa–, el elemento denigratorio no resulta preeminente, sino aquel que permite advertir las deficiencias del servicio ofrecido por Telefónica frente al de Directv.”***

Por otro lado, la Sala apoyó su posición en el artículo 252.3 (actualmente regulado en el artículo 254.3) del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (“LPAG”), Ley N° 27444, en concordancia con el artículo 31.2 literal b de la LRCD que señala: “*La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener (...) la calificación jurídica de la posible infracción*”. En suma, en función del principio de tipicidad, la autoridad debe elegir el supuesto normativo tipificado expresamente que describa la conducta infractora. Por ello, la Sala alegó que es responsabilidad de la autoridad administrativa definir el tipo exacto en que recae la conducta del posible infractor, con el objetivo de evitar la concurrencia de imputaciones por infracciones similares y la sobrepenalización de una misma conducta.

Para concluir, considero importante hacer mención a la labor de encauzamiento, establecida en el artículo 86.3 de la LPAG, pues es deber del órgano instructor “*encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados*”. Por ello, al momento de admitir a trámite la denuncia, la Secretaría Técnica debió encauzar las imputaciones, tomando en cuenta que predominaba un rasgo comparativo respecto de las

presuntas conductas infractoras. Además, en función del caso citado, es posible seguir el mismo criterio en los casos de denuncia por comparación indebida y denigración. Por todo lo expuesto, se evidencia que sí corresponde la nulidad de la Resolución s/n en el extremo de las imputaciones por actos de denigración, siendo adecuada la actuación de la Sala.

IV. Conclusiones

Luego del análisis de la Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI, se concluye lo siguiente:

1. La campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas” contiene una alusión inequívoca indirecta a su empresa competidora América Móvil y, por lo tanto, configura un acto de comparación indebida.

Se ha demostrado a partir de diversos elementos que el mensaje que se desprendía de los anuncios televisivos contenía una evidente referencia a la denunciante, a través de la representación de escenarios en las que usuarios de otro operador presentaban restricciones en su servicio, para lo cual Entel se ofrecía como la solución a ellos. En esta línea, el criterio de participación en el mercado como aquel que brinda indicios sobre el posible reconocimiento de la empresa competidora en la publicidad comparativa ha sido determinante, pues la denunciante era la segunda empresa con mayor porcentaje en un mercado en el que solo había cuatro operadoras y una inició sus actividades luego de la emisión de los anuncios. Asimismo, los elementos adicionales requeridos por la Sala pueden desprenderse del caso en sí mismo, como el hecho de que solo Claro y Movistar tenían redes privadas, para concluir que sí hubo una alusión inequívoca.

2. El criterio aplicado por la Sala para determinar la objetividad de la afirmación “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece” en la imputación por acto de engaño no resulta ser el más adecuado.

La exigencia de un parámetro objetivo dentro de la misma afirmación o en ausencia de este, un parámetro objetivo y unívoco es bastante cuestionable, pues como se ha demostrado interfiere con el contenido mismo de los actos de engaño, por ejemplo, con el deber de sustanciación previa. En consecuencia, frases que podrían estar sujetas al principio de veracidad, no lo estarán

al considerarse que existe más de un parámetro objetivo. Por último, se ve afectado el análisis de otras figuras relacionadas, tales como aquellas que se desprenden de la publicidad alusiva: los actos de comparación indebida, denigración y equiparación indebida, pues su presupuesto de licitud según la exceptio veritatis es, en primer lugar, la veracidad de la afirmación.

3. Sí corresponde la nulidad de la Resolución s/n en el extremo de las imputaciones por actos de denigración.

Toda vez que las figuras de actos de denigración y actos de equiparación son bastante cercanas al ser subtipos de publicidad alusiva, es correcto el razonamiento de la Sala de buscar prevenir la concurrencia de imputaciones similares y determinar cuándo prevalece un elemento comparativo en la conducta presuntamente infractora.

V. Recomendaciones

A partir del análisis realizado en el presente informe jurídico, se emiten las siguientes recomendaciones, a manera de propuestas:

1. El análisis de la alusión inequívoca puede realizarse partiendo del elemento de participación en el mercado, cuando se trata de porcentajes significativos, para concluir casos de publicidad comparativa.
2. La autoridad resolutoria podría desarrollar a mayor detalle los “elementos adicionales” que requiere en casos en los que la estructura del mercado no resulta elemento suficiente.
3. Es importante replantear el criterio de objetividad que ha venido utilizando la Sala para los casos de actos de engaño, pues como se ha argumentado en el presente trabajo resulta cuestionable e interfiere con otras figuras de la LRCD.
4. El órgano instructor debe tomar en cuenta que, en caso predomine un elemento comparativo, debe optar por encauzar únicamente las imputaciones por actos de comparación indebida, en los casos que concurren imputaciones por actos de denigración, pues no hacerlo genera una sobrecarga administrativa si la Comisión incluso llega a pronunciarse y la Sala posteriormente declara la nulidad en dicho extremo.

VI. Bibliografía

- **Libros, artículos e informes:**

Aramayo, A., Gagliffi, I., Rodas, C., Sosa, A., & Stucchi, P. (2013). *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: INDECOPI.

Campana, A. (2018). *Análisis de la existencia de guías y lineamientos para la aplicación del principio de sustanciación en los avisos publicitarios en el mercado de los servicios de telecomunicaciones*. PUCP. Lima: PUCP.

González, G. (2009). El principio de verdad publicitaria y el deber de información a los consumidores. *Ita Ius Esto*(4), 65-76.

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

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

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

Rodríguez, G. (2017). Lo que es y lo que se entiende: ¿cuál es la pregunta en el derecho publicitario? *Ius 360*°.

Sosa, A. (2012). Apuntes sobre la publicidad comercial alusiva. *Actualidad Jurídica*(223), 345-353.

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*.

Sosa, A. (2018). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. *Foro Jurídico*, 17, 27-46.

Stucchi, P. (2007). 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*, 17(34), 179-200.

Tato Plaza, A. (1993). *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons.

Tato Plaza, A. (1996). *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons.

- **Resoluciones de INDECOPI**

Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI

Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI

Resolución 0397-2013/SDC-INDECOPI

Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI

Resolución 0835-2014/SDC-INDECOPI

Resolución 0018-2018/SDC-INDECOPI

Resolución 0030-2018/SDC-INDECOPI

Resolución 0088-2018/SDC-INDECOPI

Resolución N° 0015-2020/SDC-INDECOPI

Resolución N° 0079-2021/CCD-INDECOPI

Resolución N° 0141-2021/SDC-INDECOPI

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
DENUNCIANTE : AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
DENUNCIADO : ENTEL PERÚ S.A.
MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
ACTOS DE COMPARACIÓN INDEBIDA
NULIDAD
MEDIDA CORRECTIVA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
COSTAS Y COSTOS
ACTIVIDAD : TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en los extremos que declararon fundada las siguientes imputaciones contra Entel Perú S.A.:

- **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.**
- **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”. La razón se sustenta en que no consignó, en cada uno de los anuncios que contenía tal promoción, su duración y la cantidad de unidades disponibles.**

Asimismo, se CONFIRMA las medidas correctivas y sanciones impuestas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal con relación a los actos desleales descritos con anterioridad.

Se CONFIRMA la 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”.

El fundamento radica en que los mensajes difundidos en ambas campañas publicitarias no hacen alusión, de manera directa o indirecta, a otro competidor en particular ni a alguna característica del servicio que otro operador pueda haber estado brindado en el mercado durante el periodo de difusión de las referidas campañas.

Finalmente, se REVOCA la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. 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.

El fundamento radica en que el derecho a gozar del acceso gratuito e ilimitado a la aplicación “Google Play Music” se encontraba condicionado a la compra de los equipos móviles “Samsung Galaxy S6” o “Samsung Galaxy S6 Edge”, con lo cual era necesario que el consumidor conozca previamente con cuántas unidades de dichos equipos contaba Entel Perú S.A., para evaluar si podría acceder a dicha promoción. Sin embargo, la imputada no cumplió con consignar dicha información.

Con base en ello, se ordena a Entel Perú S.A. el cumplimiento de una MEDIDA CORRECTIVA consistente en 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).

SANCIONES:

- **Amonestación por haber difundido el anuncio que indica “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”.**
- **Cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias por haber difundido el anuncio “Huawei P7 a S/. 9 en plan de 149”, sin consignar la duración y la cantidad mínimas de unidades disponibles.**
- **Cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias por haber difundido la 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.**

Lima, 13 de febrero de 2018

I. ANTECEDENTES

1. El 7 de julio de 2015, América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil o la denunciante) denunció a Entel Perú S.A. (en adelante, Entel o la

denunciada) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, denigración y comparación indebida, actos tipificados en los artículos 8, 11 y 12 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Decreto Legislativo 1044) respectivamente; así como por infracción al principio de legalidad contenido en el literal f) del numeral 17.3 del artículo 17 de la referida ley.

2. América Móvil sustentó su denuncia en los siguientes hechos:

- (i) Entel ha difundido dos campañas publicitarias denominadas “*Experiencia 4G – Entel*” y “*Entel Prepago – Super bolsas*” con mensajes denigratorios, que buscarían menoscabar el crédito y prestigio de su empresa, mediante el empleo de afirmaciones en tono de burla o sátira. Asimismo, ha realizado actos de comparación indebida utilizando frases subjetivas y engañosas.
- (ii) El mercado de telefonía móvil en el que desarrollan sus actividades comerciales, su empresa y la empresa denunciada, cuenta con un número reducido de operadores, razón por la cual los mensajes difundidos en ambas campañas publicitarias harían una alusión inequívoca a los competidores de la imputada, entre ellos, América Móvil.
- (iii) En el supuesto en el que se considere que las referidas campañas no hacen alusión indirecta a su empresa, estas seguirían siendo ilícitas, en tanto inducirían a error a los consumidores respecto de los beneficios que ofrecería la denunciada, supuestamente, de forma exclusiva¹, cuando ello no sería cierto. Asimismo, Entel estaría informando que sería el único operador de telefonía móvil capaz de prestar el servicio de transmisión de datos 4G LTE, cuando ello tampoco sería cierto, incurriendo así en un acto de engaño².
- (iv) Por otro lado, Entel habría incurrido en una infracción al principio de legalidad al no haber consignado el número de unidades disponibles y duración de las siguientes 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)*”.

¹ Refiriéndose al servicio promocionado por Entel en el que sus usuarios prepago podrían efectuar llamadas a usuarios de otro operador, sin restricción horaria, a nivel nacional y a una tarifa de S/. 0.20 el minuto.

² Ello toda vez que, en el anuncio televisivo “Samsung Galaxy S6 y Samsung Galaxy S6 Edge” se difundiría la frase “Gracias a la Experiencia 4G que solo Entel te ofrece”.

- (v) Finalmente, se habría incurrido en acto de engaño al difundir tres anuncios en los que se consignarían los siguientes mensajes: (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 disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G _ Muy pronto en todo el Perú*”; cuando todo ello no sería cierto.
3. Mediante Resolución s/n del 5 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por América Móvil e imputó a Entel la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de engaño, denigración, comparación indebida e infracción al principio de legalidad.
4. El 23 de septiembre de 2015, Entel presentó sus descargos negando y contradiciendo los hechos imputados.
5. Mediante Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI del 6 de abril de 2016, la Comisión declaró:
- (i) Fundada en parte la imputación formulada contra Entel en la modalidad de engaño, respecto de los siguientes anuncios: (a) “el equipo Sony Xperia E4G se comercializó primero en Entel”³; y, (b) “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G _ Muy pronto en todo el Perú”⁴.
 - (ii) Fundada en parte la imputación formulada contra Entel en la modalidad de infracción al principio de legalidad, con relación al anuncio del equipo “Huawei P7 a S/.9 en plan de 149 (portabilidad)”⁵.
 - (iii) Infundada la imputación formulada contra Entel por la difusión de un anuncio en el que se informaría que el equipo “*Samsung Galaxy Core Prime*” tendría el atributo de “*doble chip único en el Perú*”, toda vez que no se habría acreditado que Entel haya sido quien difundió el referido anuncio⁶.

³ La razón considerada por la Comisión fue que Entel no pudo demostrar que, al momento de difundir el anuncio, tuvo conocimiento de que sería la primera operadora en poner a disposición dicho equipo. Asimismo, Entel manifestó que había puesto a disposición el referido equipo el 26/05/2015; sin embargo, América Móvil probó que el 26/5/2015 tuvo a disposición en diferentes puntos de venta el mismo equipo. Al respecto, dicho extremo de la resolución no ha sido apelado por Entel, por lo que ha quedado consentido.

⁴ A decir de la Comisión, aun cuando Entel haya corregido el error mediante la publicación de una fe de erratas en los diarios La República y Expreso al día siguiente, ello no la exime de la responsabilidad incurrida.

⁵ La Comisión indicó que el catálogo donde se incluye el referido anuncio contenía, en cada una de sus páginas, información sobre las condiciones y restricciones difundidas por Entel en su promoción. Sin embargo, la única página que contenía el anuncio imputado no consignaba las restricciones ni condiciones.

⁶ Asimismo, la Comisión precisó que el hecho de que Entel se vea beneficiada con las transacciones que se den como consecuencia de la difusión del anuncio, no era suficiente para atribuirle responsabilidad.

(iv) Infundada la imputación formulada contra Entel por 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”. Al respecto, indicó lo siguiente:

- No existe alusión alguna en la campaña publicitaria que permita identificar la red privada móvil de América Móvil o su servicio de telefonía en general. La campaña ha tenido como finalidad informar a los consumidores sobre las características del servicio de un nuevo operador móvil en el mercado de telecomunicaciones, que, a través de figuras como el humor o exageración, transmite beneficios y novedades propios del servicio.
- La frase “Experiencia 4G” constituye una denominación comercial sobre un servicio particular que brinda Entel.
- Con relación al presunto engaño en la frase “*Gracias a la experiencia 4G que sólo Entel te ofrece*”, un consumidor entenderá que Entel estaría brindando una experiencia de servicio particular y no que sería el único operador móvil del mercado capaz de prestar el servicio de transmisión de datos 4G LTE.
- No existe infracción al principio de legalidad en la promoción “*por la compra de un equipo Samsung Galaxy S6 o S6 Edge obtén 6 meses gratis de Google Play Music*”, pues el beneficio promocionado es respecto del uso de una aplicación y no de los equipos “Samsung Galaxy S6” y “Samsung Galaxy S6 Edge”. En tal sentido, no se encuentra sujeto a consignar el número de unidades disponibles.

(v) Infundada la imputación formulada contra Entel 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”. Al respecto, indicó lo siguiente:

- No existe alusión alguna que permita identificar la red privada móvil de América Móvil o a su servicio de telefonía en general. La campaña difundida tuvo como finalidad graficar los beneficios de una red privada móvil en particular, utilizando para ello el humor y la exageración.

- Con relación a la imputación por presuntos actos de engaño, el mensaje publicitario difundido es de carácter subjetivo pues, tal como ha sido manifestado, las afirmaciones que lo conforman provienen de una apreciación del propio anunciante que tiene como finalidad resaltar las características propias del servicio, utilizando el humor y la exageración. En tal sentido, el mensaje difundido no se encuentra sujeto al análisis de veracidad propio de los actos de engaño.
6. Asimismo, la Comisión impuso 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.
7. Asimismo, la Comisión dispuso lo siguiente: (i) ordenó a Entel en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores; (ii) declaró improcedente el pedido de las costas y costos formulado por Entel; y, (iii) ordenó el pago de las mismas a favor de América Móvil.
8. El 28 de abril de 2016, América Móvil interpuso recurso de apelación contra la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en los extremos que declaró infundada su denuncia y solicitó se convoque a un informe oral. La denunciante manifestó lo siguiente:

Sobre la alusión inequívoca en ambas campañas

- Con relación a la alusión inequívoca que la campaña publicitaria *“Experiencia 4G - Entel”* hace sobre su empresa, se debe tener en cuenta que las expresiones *“la mejor experiencia 4G”, “la mejor red 4G”* o *“la experiencia 4G que sólo Entel ofrece”* contienen el término “mejor”, el cual conlleva una connotación comparativa (*¿es mejor que quién?*).
- Las dos únicas operadoras móviles que contaban con el servicio 4G durante la difusión de la campaña *“Experiencia 4G - Entel”* eran Telefónica y su empresa⁷. Por tanto, es evidente que la referida campaña publicitaria hacía referencia a estas.

⁷ Al respecto, América Móvil indicó que desde el año 2000 cuenta con un Contrato de Concesión suscrito con el Ministerio de Transportes y Comunicación (MTC), mediante el cual se le otorgó autorización para prestar el servicio público móvil en la banda de 1900 MHz utilizando la tecnología 4G-LTE. Asimismo, precisó que dicho uso fue

- Por otro lado, la campaña “*Entel Prepago – Super bolsas*”, recurre a la sátira para retratar que los usuarios de telefonía móvil se encontrarían “enredados”. De esta manera, se motiva a los actuales usuarios que se “desenreden” de sus operadores (Claro, Movistar y Bitel) para pasarse a Entel, la cual brindaría un servicio más simple y sin restricciones.
- Por lo expuesto, las campañas denunciadas sí hacen una alusión inequívoca e indirecta a su empresa y a su oferta comercial, no solo denigrando su reputación comercial sino además comparando la oferta comercial de Entel con la suya, en base a afirmaciones que no se ajustan a la realidad.

Sobre los actos desleales desarrollados en la campaña publicitaria “Experiencia 4G- Entel”:

Actos de denigración y de comparación indebida

- El análisis de los actos de denigración y el de comparación indebida desarrollado por la Comisión resulta nulos por falta de motivación, toda vez que se han considerado otros mensajes que no correspondían a dicha campaña sino a la campaña Entel Prepago - Súper Bolsa.
- Sin perjuicio de ello, los actos de denigración en la campaña “*Experiencia 4G – Entel*” se evidencian cuando, a través de frases subjetivas, Entel manifiesta que antes de su entrada al mercado, los usuarios tenían un servicio de mala calidad y por debajo de sus expectativas. De esta manera, se menoscaba la reputación de su empresa.
- Entel alega que la frase “*Gracias a la experiencia 4G que sólo Entel te ofrece*” hace alusión a la “*Experiencia 4G*” que brinda como nueva compañía de servicio y no a que es la única empresa que ofrece el servicio 4G; sin embargo, Entel no ha explicado en qué basa esta supuesta “Experiencia”. Un consumidor razonable entendería por “Experiencia 4G” como la percepción que tendría en el uso de tal tecnología, lo cual es subjetivo; por lo que no podría ser materia de comparación.
- La comparación efectuada por Entel en la presente campaña no se basa en un criterio objetivo ni presenta información que permita a los consumidores tomar una decisión de consumo favorable. La publicidad presenta al servicio 4G LTE prestado por Entel, calificándolo como superior, sin sustento alguno.

reconocido por el MTC mediante el Oficio 218-2014-MTC/03, que adjunta el Informe 107-2014-MTC/26 del 9 de abril de 2014.

- Finalmente, en el Perú, la calidad de los servicios 4G se encuentra específicamente regulada. No podría resultar objetivo comparar la calidad del servicio 4G LTE entre operadores⁸.

Actos de engaño

- La frase "*la experiencia 4G que solo Entel te ofrece*" contenida en la campaña publicitaria hace alusión a que únicamente Entel brinda este servicio, lo cual no sería cierto, pues también lo ofrecían su empresa y la empresa competidora Telefónica⁹.

Actos contra el principio de legalidad

- Con relación al anuncio publicitario en el que se difunde información de los equipos móviles "Samsung Galaxy S6" y "Samsung Galaxy S6 Edge" promocionando el beneficio de contar con "*6 meses gratis de Google Play Music*", se debe tener en cuenta que el uso gratuito de tal aplicación estaba condicionado a la adquisición de los referidos equipos móviles. Por lo tanto, si un consumidor no conocía el número de equipos disponibles, le impedía conocer las probabilidades que tendría para acceder a dicha promoción.

Sobre los actos desleales desplegados en la campaña publicitaria "*Entel/Prepago – Súper Bolsas*"

- La campaña publicitaria presenta imágenes que estarían aludiendo a las tarifas de las operadoras móviles competidoras, manifestando que se consumen rápido, que sólo permiten hablar en horarios restringidos y no permiten comunicarse con todos y menos con usuarios de otra operadora. Asimismo, se hace uso de la sátira para representar a personas migrando hacia la red de Entel.
- Entel se presenta como la única operadora en el mercado con tarifas transparentes y permite a los usuarios "desenredarse" de sus actuales operadoras móviles para comunicarse de una forma irrestricta a un precio base de S/. 0.20 el minuto. Dicha afirmación no es cierta ya que su empresa también contaba con una promoción denominada "*Llama nomas*", vigente durante el mismo periodo, que tampoco presentaba restricciones para las llamadas entre operadores.
- La referida campaña denigra a su empresa, así como a las demás operadoras móviles del mercado, al presentarlas como empresas cuyas

⁸ América Móvil hace alusión a lo establecido en las bases de licitación emitidas durante el concurso que concluyó con la suscripción del contrato de concesión a su favor. En ellas se establecían las obligaciones de velocidad mínima que los operadores debían de brindar a los usuarios.

⁹ Ver pie de página 7.

tarifas se consumen rápido, que solo permiten comunicarse en horarios restringidos y no les permiten comunicarse entre distintos operadores.

9. El 28 de abril de 2016¹⁰, Entel interpuso recurso de apelación contra la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI, en los extremos que se declaró fundada la imputación realizada en su contra, solicitó se convoque a un informe oral e indicó lo siguiente:

(i) Con relación al presunto acto de engaño en el anuncio publicitario “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G”:

- La Comisión no ha tomado en cuenta que el anuncio se difundió a través del catálogo “Entel Empresas”, el cual es repartido a sus clientes. Estos últimos tienen un contrato suscrito y regulado por OSIPTEL, en el cual se consigna la cobertura y el alcance del servicio 4G y 3G. En tal sentido, el error que tuvo su empresa al consignar provincias que no tenían dicho servicio no constituye un engaño a sus clientes sobre las prestaciones ofrecidas.
- La Comisión no ha constatado la existencia de un daño potencial. Los presuntos efectos de las inexactitudes publicadas fueron neutralizados de manera inmediata a través de la fe de erratas publicada al día siguiente en dos diarios de amplia difusión.

(ii) Con relación a 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 149”:

Su empresa ha consignado el número de unidades del equipo Huawei P7, así como la vigencia de la referida promoción, en la página 8 de su catálogo. Si bien no repitió dicha información en la página 9, un consumidor razonable entenderá que al ser el mismo equipo que el contenido en la página 8, se encontraba sujeto a las mismas restricciones previamente publicadas.

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

La Sala debería tener en consideración que, de acuerdo a la naturaleza jurídica de las costas y costos, el pago debe imponerse a la parte vencida. Con base en ello, se podría considerar como parte vencida a la denunciante al haberse declarado infundada en parte su denuncia. Asimismo, se debe tener en cuenta que, América Móvil ha sido denunciada ante la Comisión por presentar una denuncia maliciosa contra su empresa.

¹⁰ Complementado mediante escrito del 16 de diciembre de 2016.

(iv) Con relación al pago de las costas y costos otorgadas a favor de América Móvil

La Comisión no ha motivado los criterios que fundamentan su decisión. Tampoco ha considerado otros criterios como, por ejemplo, la conducta procesal de su empresa, la cual ha estado presta para colaborar y dar cumplimiento a lo ordenado por la autoridad. Asimismo, debió considerar que, de las 11 infracciones denunciadas, sólo 3 fueron declaradas fundadas, siendo dos de ellas apeladas.

10. Mediante escrito del 18 de agosto de 2016, Entel absolvió la apelación interpuesta por América Móvil, indicando lo siguiente:

Con relación a la alusión inequívoca

La publicidad comparativa indirecta se presenta cuando el consumidor se encuentra en la capacidad de identificar, de manera inequívoca, al competidor. Sin embargo, la denunciante ha indicado que la publicidad hace alusión tanto a sus servicios como al servicio de los demás competidores. Es decir, no precisa a qué competidor estaría haciendo referencia de manera inequívoca en las campañas publicitarias denunciadas.

Sobre la campaña Experiencia 4G

- La finalidad de la campaña ha estado dirigida a presentar a su empresa como un nuevo operador en el mercado que ofrece una nueva experiencia de consumo posible. Así, la campaña expresa lo que su empresa opina sobre sus servicios, exaltando sus ventajas: facilidad de los usuarios para comunicarse con otros operadores y conectarse a una red 4G sin necesidad de comprar un paquete adicional o cambiar de chip o de SIM Card.
- Tal como lo manifiesta América Móvil, los anuncios de la referida campaña se basan en frases subjetivas y en opiniones no verificables ni sujetas a comprobación.
- La frase “*la experiencia 4G que solo ENTEL te ofrece*” no hace referencia al servicio 4G en sí mismo, sino a todas las características de los servicios que brinda, lo cual se traduce en una “experiencia” particular del servicio que ofrece.
- Finalmente, sobre el presunto acto infractor al principio de legalidad, el mensaje que capta el consumidor en el anuncio es que todos y cada uno de los equipos “*Samsung Galaxy S6*” y “*Samsung Galaxy S6 Edge*” contarán con el beneficio de tener 6 meses gratis de Google Play Music. En tal sentido, dicho anuncio no estaba sujeto a que se consigne la cantidad de unidades de equipos móviles sujetos a la promoción. La aplicación promocionada es un servicio accesorio y descargable, no tiene un stock definido.

Sobre la campaña Entel Prepago – Super bolsas

- El objetivo de la campaña ha estado dirigido a presentar a Entel como un nuevo participante en el mercado, con nueva imagen y con planes prepago que serían sencillos y sin límites de horarios, lo que facilitaría su comunicación con otros operadores.
- El término “desenrédate” se basa en las experiencias que los usuarios percibieron sobre los servicios prepago. Dicha afirmación se ve respaldada en los estudios de satisfacción de mercado que realizó y en los que se demostró que los usuarios antes de la llegada de Entel, se encontraban confundidos.
- De esta manera, la afirmación “desenrédate” tiene una connotación subjetiva, incentivando a los usuarios a que no se compliquen con los servicios móviles que utilizan. Dicho término se encuentra en un contexto de humor y exageración.
- Por otro lado, el mensaje transmitido no ha estado referido a que Entel sea el único operador que ofrezca una tarifa de S/. 0.20; sino que incursiona en el mercado con una tarifa baja, la cual no está sujeta a restricciones de horario ni a un número limitado de usuarios de otros operadores.
- No obstante, la tarifa ofrecida en la campaña referida a las llamadas a S/. 0.20 el minuto fue lanzada al mercado por primera vez el 13 de mayo de 2015. Frente a ello América Móvil lanzó inmediatamente la misma oferta, que entró en vigencia el 15 de mayo de 2015, tal como se aprecia de la consulta del SIRT de OSIPTEL.

11. Por su parte, el 19 de agosto de 2016, América Móvil absolvió el recurso de apelación interpuesto por Entel, manifestando lo siguiente:

- Entel no ha negado la falta de veracidad de la afirmación “22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”. Asimismo, no existe certeza de que los consumidores hayan tenido acceso a los medios informativos alternativos en donde se publicó la Fe de Erratas.
- Si bien los clientes de Entel cuentan con un contrato de servicios, el contrato adjuntado no detalla la cobertura, sino que indica que dicha información estaría consignada en su página web. Al dirigirse al mapa de cobertura contenida en la página web, se verifica que Entel sigue con el error de indicar que la provincia de Madre de Dios no cuenta con dicho servicio, cuando ello no sería cierto.
- Finalmente, sobre las costas y costos que le fueron denegadas a Entel, se debe tener en cuenta que el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 precisa que será el “infractor” el que asuma el pago de las costas y costos del procedimiento. Asimismo, con relación a la denuncia maliciosa, la Comisión la ha declarado infundada.

12. 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 presenta cuando el mensaje principal de la campaña da 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”*. Considerando ello, Entel debería presentar medios probatorios en los que demuestre que efectivamente todos los usuarios están migrando y disfrutando de su red 4G LTE y que brinda una mejor experiencia que la de sus competidores.
13. 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 presuntamente desplegados durante la difusión de las campañas publicitarias denunciadas.
14. El 2 de mayo de 2017, Entel reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación.
15. El 13 de diciembre 2017, Entel absolvió el requerimiento formulado por la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala)¹¹ y presentó el monto de los ingresos brutos expresados en soles, percibidos en todas sus actividades económicas durante el año 2016. Asimismo, solicitó la confidencialidad sobre dicha información.
16. El 15 de diciembre de 2017, se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en la cual las partes expresaron sus alegaciones.
17. El 22 de diciembre de 2017, Entel presentó sus alegatos finales.

II. CUESTIÓN PREVIA: EXTREMOS DE LA RESOLUCIÓN 074-2016/CD1-INDECOPI QUE NO HAN SIDO OBJETO DE APELACIÓN

18. En su escrito de apelación, Entel manifestó que ha decidido no apelar el extremo de la resolución que declaró fundada la imputación por actos de engaño al haber difundido el anuncio *“el equipo Sony Experia E4G se comercializó primero en Entel”* y le impuso una sanción ascendente a 5 UIT. Asimismo, indicó que ha procedido a cancelar la referida multa.
19. Por otro lado, de la revisión del escrito de apelación de América Móvil se advierte que no ha apelado el extremo de la resolución que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por actos de engaño al haber difundido el

¹¹ Requerimiento 0085-2017/SDC del 7 de diciembre de 2017, mediante el cual la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia solicitó a Entel brinde información relacionada con el monto de los ingresos brutos, expresado en soles, percibidos en todas sus actividades económicas, durante el año 2016.

anuncio en el que se informaría que el equipo “*Samsung Galaxy Core Prime*” tendría el atributo de “*doble chip único en el Perú*”.

20. De acuerdo con lo expuesto, dichos extremos de la resolución han quedado consentidos, por lo que no serán materia de análisis en la presente resolución.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

21. Teniendo en cuenta lo desarrollado, las cuestiones en discusión sobre las cuales corresponderá a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) emitir pronunciamiento son las siguientes:

- (i) Determinar si corresponde declarar la confidencialidad sobre la información referida al monto de los ingresos brutos de Entel percibidos en todas sus actividades económicas durante el año 2016.
- (ii) Si Entel ha cometido actos de competencia desleal en la modalidad de engaño al difundir el anuncio publicitario en el cual se afirma “*22 provincias que ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G*”.
- (iii) Si Entel infringió el principio de legalidad en la modalidad prevista en el artículo 17.3 literal f) del Decreto Legislativo 1044 al haber difundido la promoción “*Huawei P7 a S/.9 en plan de 149*” sin consignar la cantidad mínima de unidades disponibles y su duración.
- (iv) Si la Resolución s/n del 5 de agosto de 2015 incurre en algún vicio de nulidad en el extremo que admitió a trámite la denuncia interpuesta por América Móvil contra Entel por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración en las campañas publicitarias “*Experiencia 4G - Entel*” y “*Entel Prepago- Super Bolsas*”.
- (v) Con relación a la campaña publicitaria “*Experiencia 4G – Entel*”:
 - a. Si la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI ha incurrido en algún vicio de nulidad al analizar la imputación referida a los actos de denigración y de comparación indebida en la campaña “*Experiencia 4G - Entel*”.
 - b. Si mediante la difusión de la campaña publicitaria “*Experiencia 4G - Entel*”, Entel ha incurrido en actos de competencia desleal en las siguientes modalidades:
 - Comparación indebida, tipificado en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1044.

- Engaño, tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, al haber difundido un anuncio como parte de la campaña publicitaria en el que se consigna la frase “*Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece*”.
 - Infracción al principio de legalidad en la modalidad tipificada en el artículo 17.3 literal f) del Decreto Legislativo 1044, al haber difundido, como parte de la campaña, una promoción consistente en contar con 6 meses gratis de *Google Play Music* sin consignar la cantidad mínima de unidades de equipos móviles disponibles.
- (vi) Con relación a la difusión de la campaña publicitaria “*Entel Prepago – Super bolsas*”:
- Si Entel ha incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida, tipificado en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1044.
 - Si Entel ha cometido actos de engaño, tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, al haber difundido anuncios en la campaña “*Entel Prepago – Súper Bolsas*” que inducirían a error a los consumidores respecto de los beneficios que ofrecería supuestamente de forma exclusiva, cuando ello no sería cierto, en la medida que Entel no sería la única operadora que permitiría a sus usuarios prepago efectuar llamadas a usuarios de otro operador, sin restricción horaria, a nivel nacional y a una tarifa de S/. 0.20 minuto.
- (vii) De ser el caso, si corresponde confirmar la sanción y las medidas correctivas impuestas por la Comisión a Entel por los siguientes actos de competencia desleal:
- Engaño, al difundir el mensaje “*22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G*”; e,
 - infracción al principio de legalidad, por la difusión del anuncio “*Huawei P7 a S/.9 en plan de 149*”.
- (viii) De ser el caso, si corresponde ordenar alguna otra medida correctiva o imponer una sanción a Entel.
- (ix) Si corresponde confirmar el pago de las costas y costos del procedimiento a favor de América Móvil.
- (x) Si corresponde ordenar el pago de las costas y costos del procedimiento a favor de Entel.

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

IV.1 Sobre la solicitud de confidencialidad presentada por Entel

22. El artículo 40.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que se 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 y cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública¹².
23. De forma similar, 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 artículo 2.1 que podrá declararse confidencial aquella información cuya divulgación implique una afectación para su titular o un tercero del que la hubiera recibido, u otorgue una ventaja significativa para un competidor; entre la que se encuentra, por ejemplo, aquella que califica como secreto comercial¹³.
24. De otro lado, el artículo 17 de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública estipula que se exceptúan del derecho de acceso a la información pública, entre otras, la información reservada protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil¹⁴.

¹² **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 general, la prevista como tal en la Ley de Acceso y Transparencia a la Información Pública.
(...)

¹³ **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. Podrá declararse confidencial aquella información presentada por las partes o terceros en el marco de un procedimiento seguido ante INDECOPI, 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.

Entre ésta:

- a) 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;
- b) 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;
- c) Información que afecte la intimidad personal y familiar de las partes involucradas en un procedimiento; y
- d) Información proveniente de terceras personas ajenas al procedimiento de investigación, cuya divulgación sin previa autorización podría ocasionarles perjuicios.

Será confidencial de pleno derecho la información declarada como reservada por ley.

¹⁴ **DECRETO SUPREMO 043-2003-PCM. LEY DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA.**

25. Sobre el particular, el artículo 85 del Texto Único Ordenado del Código Tributario¹⁵ establece expresamente que la información sobre la cuantía, las fuentes de las rentas, los gastos, la base imponible o cualquier otro dato relativo a ellos, tiene carácter reservado.
26. En el presente caso, mediante escrito del 13 de diciembre de 2017, Entel solicitó la confidencialidad de la información referida a los ingresos brutos obtenidos en todas sus actividades económicas durante el año 2016.
27. Teniendo en cuenta que la referida información guarda relación con la cuantía de sus rentas, se concluye que la misma se encuentra protegida por el secreto tributario, conforme a lo establecido por el Texto Único Ordenado del Código Tributario. En tal sentido, corresponde declarar la confidencialidad de la información en cuestión.

IV.2. De los actos de engaño

28. El artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que los agentes no deben ejecutar conductas que tengan por efecto, real o potencial, inducir a error al consumidor respecto de las características o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, o de los atributos que tiene su negocio¹⁶.
29. De acuerdo con ello, toda información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, evitando de este modo que se desvíen indebidamente las preferencias de los consumidores, en virtud de las falsas expectativas generadas sobre las condiciones del bien o servicio anunciado.
30. El artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece las

Artículo 17.- Excepciones al ejercicio del derecho: Información confidencial

El derecho de acceso a la información pública no podrá ser ejercido respecto de lo siguiente:

(...)

2. La información protegida por el secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil que están regulados, unos por el inciso 5 del artículo 2 de la Constitución, y los demás por la legislación pertinente.

¹⁵ Aprobado por Decreto Supremo 133-2013-EF.

¹⁶ **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. (...).

pautas de enjuiciamiento de los actos en su manifestación publicitaria, precisando que el análisis de los anuncios se debe efectuar de manera integral, esto es, a partir del significado que en conjunto un consumidor atribuiría a todos los elementos comprendidos en el anuncio, y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influido mediante un examen superficial de la pieza publicitaria¹⁷.

31. En el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Entel la presunta comisión de un acto de engaño al haber difundido el siguiente anuncio en el que informaría que el departamento de Pasco contaría cobertura 4G, 3G y 2G, así como que, próximamente, el departamento de Madre de Dios contaría con dicha cobertura. A su consideración, ello no sería cierto, pues el departamento de Pasco no contaría con dicha cobertura, mientras que el departamento de Madre de Dios no estaría entre sus planes próximos de expansión, en tanto ya contaría con la mencionada cobertura.



32. En la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI, la Comisión precisó que, aun cuando Entel haya publicado una Fe de Erratas reconociendo y subsanando los errores incurridos, ello no la eximiría de responsabilidad sobre la comisión de una infracción; por lo que considero que el anuncio emitido indujo a error a

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-**

(...)

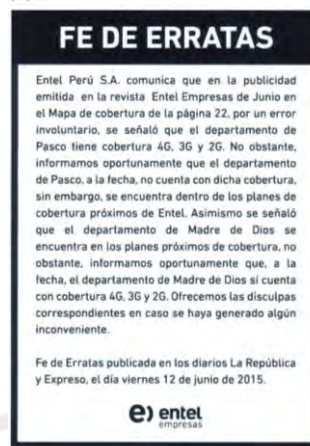
21.2. Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario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

los consumidores ya que no contó con información veraz desde el momento de su difusión.

33. De un análisis superficial e integral de la pieza publicitaria se aprecia que el anuncio muestra cuál es la cobertura 4G, 3G y 2G con la que Entel contaba en el 2015 a nivel nacional, verificándose que los departamentos de Madre de Dios y Apurímac se encontraban próximos a tenerla y que el resto de departamentos del Perú (incluyendo Pasco) ya contarían con el referido servicio. No obstante ello, al momento de la publicación de dicho anuncio, el departamento de Madre de Dios ya contaba con dicha cobertura y el departamento de Pasco, no. Por tanto, dicha circunstancia fue susceptible de inducir a error a los consumidores y atraer indebidamente sus preferencias sobre la base de información falsa.
34. En apelación, Entel ha indicado que no se ha tomado en cuenta el medio en el cual se difundió el referido anuncio, es decir, el catálogo "*Entel Empresas*", que fue dirigido únicamente a sus clientes. Así pues, Entel indicó que sus clientes contaban con un contrato suscrito y regulado por OSIPTEL en el cual se consignaba la cobertura brindada, por lo que el referido anuncio no habría podido inducirlos a error.
35. Al respecto, si bien el anuncio infractor se publicó en un catálogo dirigido a los clientes de Entel, esto no la exime de haber incurrido en una infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal por consignar información con una cobertura que no era cierta. La referida revista contiene información acerca de sus ofertas en equipos celulares y planes de internet y pueden tener acceso al anuncio no solo sus clientes-empresas, sino también cualquier tercero que tenga vinculación con estos y que puedan acceder a la pieza publicitaria¹⁸. Esta situación pudo generar una afectación a las expectativas de los potenciales usuarios, al considerar la cobertura publicitada como factor decisivo para la adquisición de equipos móviles.
36. Sin perjuicio de ello, Entel indicó que al día siguiente de haber difundido el errado anuncio publicó en dos diarios de alta difusión (La República y Expreso) una Fe de Erratas precisando el error cometido y la exacta cobertura brindada.

IMAGEN EN LA SIGUIENTE PÁGINA

¹⁸ Ejemplos de ello podrían presentarse en salas de recepción, salas de espera, préstamos de las revistas a otros clientes.



37. Como puede apreciarse, la Fe de Erratas tenía la finalidad de corregir las distorsiones generadas con ocasión de la difusión de la publicidad infractora, precisando cuál era la verdadera cobertura de los servicios 4G, 3G y 2G que ofrecía Entel a nivel nacional.
38. Al respecto, el literal f) del artículo 255 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 (en adelante, TUO de la Ley 27444), aplicable al presente caso de acuerdo a la Primera Disposición Complementaria Transitoria del mismo cuerpo legal¹⁹, precisa lo siguiente:

TUO DE LA LEY 27444

Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:
- (...)
- 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 253.
39. Si bien a la fecha de la presente resolución, la subsanación voluntaria de la imputada con anterioridad a la notificación de la imputación resulta ser un eximente de responsabilidad, se deberá tomar en consideración la eficacia de la medida adoptada por el transgresor para revertir los efectos dañinos que la conducta infractora ocasionó en el mercado.

¹⁹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL - LEY 27444**

Disposiciones Complementarias Transitorias

Primera: Regulación transitoria

(...)

2. No obstante, son aplicables a los procedimientos en trámite, las disposiciones de la presente Ley que reconozcan derechos o facultades a los administrados frente a la administración, así como su Título Preliminar.

40. Así pues, si la medida adoptada por el administrado resulta eficaz para corregir las distorsiones generadas en el mercado con ocasión de la realización de la conducta infractora, entonces corresponderá que la autoridad exima de responsabilidad a la imputada.
41. Al respecto, del análisis del anuncio “Fe de Erratas” publicado se aprecia que hace referencia al error cometido señalando expresamente que el departamento de Madre de Dios contaba con cobertura 4G, 3G y 2G y que el departamento de Pasco estaba próximo a contar con la misma. Sin embargo, este Colegiado considera que dicho mecanismo de corrección no presentó una dimensión equivalente, así como tampoco un alcance de difusión igual al de la revista distribuida.
42. En efecto, si bien la difusión de la Fe de Erratas a través de los diarios La República y Expreso representaba un medio de fácil acceso para los consumidores, debe recordarse que la publicidad infractora fue difundida por la denunciada a través de su revista “Entel – Empresas”. De acuerdo a ello, el segmento al cual fue dirigido el anuncio analizado, se encuentra delimitado a un determinado público consumidor.
43. Considerando lo anterior, resultaba pertinente que la rectificación publicitaria se realice también bajo dicha modalidad u otras de alcance similar, con el fin de garantizar en una mayor medida que el público segmentado al cual estuvo dirigido el anuncio pudiera conocer los términos reales de la oferta difundida por Entel.
44. No obstante, la denunciada publicó una Fe de Erratas en los diarios La República y Expreso lo cual generó que se diluya el efecto sobre el referido público segmentado y sobre los terceros vinculados con este último; por lo que, a criterio de este colegiado **no constituyó una medida idónea para revertir los efectos generados en el mercado**
45. En atención a ello, corresponde confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la imputación por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño por la difusión del anuncio que promocionaba que *“22 provincias que ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”*.

IV.3. Con relación al principio de legalidad

IV.3.1. Marco normativo

46. El artículo 17.1 del Decreto Legislativo 1044 establece que los anunciantes, al realizar la difusión de sus anuncios, deben respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria en cuanto a su contenido y alcances²⁰.
47. En particular, el artículo 17.3 literal f) del Decreto Legislativo 1044²¹ establece que constituye un acto de competencia desleal, bajo la modalidad de infracción al principio de legalidad, omitir en cada uno de los anuncios que difundan la publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos.
48. La exigencia de consignar el *stock* busca trasladar al consumidor información relevante respecto de las probabilidades que tiene de acceder a una promoción. En efecto, la indicación del número de unidades disponibles les advierte de las restricciones cuantitativas de la promoción, evitando que, debido a su desconocimiento, se generen expectativas incorrectas. Por ello, mediante la difusión de esta información, un consumidor conocerá la verdadera magnitud de las ofertas y promociones publicitadas y podrá calcular las posibilidades que tiene de adquirir o contratar los productos o servicios anunciados²².
49. En ese sentido, para el legislador basta que un anuncio publicitario que difunde una “promoción de ventas”²³ no indique o consigne de manera imperceptible para el consumidor el *stock* mínimo y la vigencia aplicables para que esta sola omisión genere una infracción al principio de legalidad.

²⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad**
17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
(...)

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad**
17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:
(...)
f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos;
(...)

²² Asimismo, puede señalarse otras funciones del *stock*. Por ejemplo, la indicación del número de unidades disponibles puede servir como un mecanismo para que los consumidores exijan a los proveedores el cumplimiento de su oferta durante el período de vigencia de la promoción o, de lo contrario, que le acrediten de forma fehaciente que el producto ofertado se ha agotado. En el mismo sentido, esta información traslada al consumidor información sobre la actividad empresarial del anunciante que incide en su reputación comercial. En este sentido, a un consumidor podría resultarle más atractiva aquella empresa que ofrece un mayor número de productos ofertados.

²³ El artículo 59 literal h) del Decreto Legislativo 1044 define como “promoción de ventas” a toda aquella acción que tenga como objeto incentivar la transacción sobre bienes o servicios en condiciones de oferta excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria o estándar, pudiendo consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares.

IV.3.2. Aplicación al presente caso

50. Sobre el particular, de la revisión del anuncio publicitario materia de imputación se aprecia lo siguiente



51. Al respecto, la Sala considera que, dado que la norma precedentemente señalada trata de un supuesto de infracción al principio de legalidad, el solo incumplimiento de la misma acarreará una infracción sancionable, esto es, si en el contexto de un anuncio publicitario en el que se difunde una promoción, se omite indicar el *stock* y la vigencia, existirá una afectación al principio de legalidad.
52. En este sentido, se advierte que en la publicidad materia de cuestionamiento, no se ha consignado el número de unidades disponibles de los equipos Huawei P7 (objeto de promoción), así como tampoco la vigencia de la promoción publicitada, contraviniendo lo dispuesto expresamente por el artículo 17.3 literal f) de la Decreto Legislativo 1044.
53. Entel ha manifestado en su recurso de apelación que, si bien en la página 9 del catálogo donde se difundió el anuncio cuestionado, no se consignó el stock ni la duración de la promoción publicitada, en la página anterior (la página 8) que también consignaba la referida promoción, sí cumplió con consignar el número de unidades móviles y su vigencia. En tal sentido, considera que un consumidor razonable entenderá que el equipo contenido en la página 9 es el que se encuentra en la página 8 sujeto a una promoción.

54. Al respecto, se debe tener en cuenta que, tal como ha sido desarrollado en el párrafo 47 de la presente resolución, la norma ha dispuesto, con expresa mención, que el hecho de omitir **en cada uno de los anuncios**, la duración y cantidad de las unidades disponibles de los productos ofrecidos, constituirá una infracción al principio de legalidad.
55. En tal sentido, si bien el anuncio cuestionado se encuentra dentro de un catálogo en cuyas páginas se habría consignado la promoción “*HUAWEI P7 a S/. 9 en plan de 149*” precisando su stock y vigencia, el hecho de no haberlo consignado en la página 9 del mismo catálogo incurre con lo establecido en el artículo 17.3 literal f) del Decreto Legislativo 1044.
56. Por lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la imputación por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de legalidad al haber difundido la promoción “*Huawei P7 a S/.9 en plan de 149*” sin consignar la cantidad mínima de unidades disponibles y su duración.
- IV.4. Sobre los vicios de nulidad de la Resolución s/n del 5 de agosto de 2015 en los extremos que imputó a Entel el presunto acto de competencia desleal en la modalidad de denigración en las campañas publicitarias “*Experiencia 4G - Entel*” y “*Entel Prepago- Super Bolsas*”
57. De la revisión del escrito de denuncia interpuesto por América Móvil con relación a la campaña publicitaria “*Experiencia 4G - Entel*” se aprecia lo siguiente:

Denuncia interpuesta por América Móvil el 7 de julio de 2015

En efecto, según se explicará más adelante, pese a que dicha campaña publicitaria alude inequívocamente a las ofertas 4G LTE de Claro y el único otro competidor que ofrece tecnología 4G (MOVISTAR), no transmite información relevante u objetiva, sino por el contrario información subjetiva, que, por su propia naturaleza, no resulta verificable y menos aún ajustada a la realidad. Por otro lado, resulta del mismo modo denigratoria pues pretende dar a entender que antes de la llegada de ENTEL al país, los usuarios no habrían tenido “la señal que esperaban” o, peor aún, el “servicio que merecían”, afirmaciones que no sólo figuran en los anuncios publicitarios antes presentados sino también en los anuncios televisivos que adjuntamos al presente escrito en calidad de medio probatorio.

(Subrayado agregado)

58. Asimismo, con relación a la campaña publicitaria “*Entel Prepago – Super Bolsas*”, América Móvil precisó lo siguiente:

Denuncia interpuesta por América Móvil el 7 de julio de 2015

Puede advertirse de las publicidades mostradas en diferentes medios de difusión, que adjuntamos como Anexo 1-E de la presente denuncia, que más allá de los detalles particulares de cada anuncio, el mensaje publicitario de la campaña es uno solo: que los usuarios de otros operadores (CLARO, MOVISTAR y BITEL) se encuentran enredados con planes tarifarios restrictivos que les impedirían comunicarse libremente entre ellos (particularmente entre usuarios de diferentes operadores), razón por la cual el plan SUPER BOLSAS de ENTEL les permitiría ahora desenredarse de estos planes y comunicarse de forma irrestricta y simple en base a una tarifa de S/. 0.20 el minuto. (Subrayado agregado)

59. Al respecto, la denuncia plantea que los mensajes que difunden las campañas publicitarias “Experiencia 4G - Entel” y “Entel Prepago - Super Bolsas” podrían causar descrédito en la reputación empresarial de América Móvil respecto a la calidad del servicio móvil que ofrece, la señal brindada, la atención al cliente o la posibilidad de conectarse con usuarios de otros operadores. Asimismo, América Móvil indica que esta información se habría difundido contraponiéndola con la oferta de Entel, lo cual es un rasgo distintivo de la publicidad comparativa. En tal sentido, el elemento denigratorio no resulta preeminente en el presente caso, sino aquel que permita advertir las supuestas deficiencias del servicio ofrecido por América Móvil frente al de Entel.
60. Este criterio ha sido adoptado en pronunciamientos anteriores²⁴ en los que la Sala concluyó que la imputación de cargos formulada por el órgano instructor devenía en nula en tanto se había efectuado la imputación por la presunta comisión de actos de comparación indebida y por denigración. En dichos pronunciamientos se indicó que no era necesaria la imputación de cargos respecto de actos denigratorios, dado que el rasgo definitivo de la publicidad denunciada era el comparativo, por lo que solamente se debía admitir a trámite la denuncia en este extremo.
61. Los artículos 252.3 del TUO de la Ley 27444²⁵ y 31.2 del Decreto Legislativo 1044²⁶ precisan que toda resolución de imputación deberá contener, entre

²⁴ Ver: Resolución 0088-2008/SC1-INDECOPI del 12 de noviembre de 2008, emitida en el procedimiento seguido por Repsol YPF Comercial del Perú S.A. contra Anta Gas S.R.L. y Alfredo Salinas Bellido y Resolución 303-2013/SDC-INDECOPI del 21 de febrero de 2013, emitida en el procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Entel Perú S.R.L.

²⁵ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 252.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

(El subrayado es añadido)

otros requisitos, la calificación jurídica de las infracciones que los hechos denunciados podrían constituir. De esta manera, es obligación de la autoridad administrativa determinar, el tipo preciso que corresponde a la conducta presuntamente infractora.

62. En esta línea, uno de los principios que rige el procedimiento administrativo sancionador es el principio de tipicidad, el cual resulta indispensable para la calificación de infracciones y la aplicación de sanciones. La tipicidad consiste en la descripción expresa, detallada y clara de la conducta infractora y la indicación de la sanción específica para dicha infracción.
63. Así, en armonía con la garantía constitucional y legal de tipicidad que debe guiar todo procedimiento sancionador²⁷, corresponde a la autoridad administrativa que, en su resolución de imputación de cargos, elija por especialidad normativa el tipo preciso que corresponde a la conducta presuntamente infractora, a fin de evitar la concurrencia de infracciones idénticas y la sobrepenalización de la conducta.
64. Asimismo, en el marco de un procedimiento sancionador iniciado por denuncia de parte, la formulación de la notificación preventiva de cargos deberá recoger e integrar adecuadamente las conductas descritas por el denunciante,

²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 31.- Resolución de inicio del procedimiento.-

31.2.- La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

- a) La identificación de la persona o personas a las que se imputa la presunta infracción;
- b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;
- c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,
- d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.

(El subrayado es añadido)

²⁷ El principio de tipicidad en materia sancionadora se consagra en los siguientes dispositivos:

CONSTITUCIÓN POLITICA DEL PERÚ DE 1993.

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho:

(...)

- d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. 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:

(...)

- 4. Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

debiendo ajustar y reconducir los hechos narrados por este hacia un tipo infractor o calificación jurídica específica (labor de encausamiento).

65. En atención a lo anterior y de conformidad con el marco legal vigente, la autoridad competente -en el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión- debió analizar los hechos planteados por la denunciante y, en función de los mismos, determinar el tipo preciso de acto de competencia desleal que, por especialidad, correspondía a la conducta presuntamente infractora.
66. Teniendo ello en cuenta, aun cuando América Móvil denunció que, dentro de ambas campañas publicitarias, existirían actos de denigración y de comparación indebida, era obligación de la Secretaría Técnica de la Comisión encausar la denuncia y subsumirla a la modalidad de infracción pertinente, contemplada en el Decreto Legislativo 1044.
67. De la revisión de la Resolución s/n del 5 de agosto de 2015 que admitió a trámite la denuncia interpuesta, se verifica que la Secretaría Técnica de la Comisión, sobre la base de los mismos hechos, imputó a Entel la comisión de actos de denigración y de comparación indebida en cada una de las campañas publicitarias denunciadas. No obstante, tal como ha sido analizado previamente, la calificación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión fue incorrecta, toda vez que, jurídicamente, correspondía que los hechos denunciados fueran encausados únicamente como actos de comparación indebida. En tal sentido, se ha configurado una vulneración del principio de tipicidad.
68. Al respecto, el artículo 10.1 del TUO de la Ley 27444²⁸ establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad de pleno de derecho es la contravención a la ley, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto establecidos en el artículo 14 de la mencionada norma, supuesto que no se advierte en el presente caso.
69. Por tanto, corresponde declarar la nulidad de la Resolución s/n del 5 de agosto de 2015, en los extremos que imputó a Entel la presunta comisión de actos de denigración tanto en la campaña “*Experiencia 4G – Entel*” como en la campaña “*Entel Prepago – Super Bolsas*”. Asimismo, de conformidad con lo

²⁸ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. 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.

(...)

dispuesto en el artículo 13.1 del TUO de la Ley 27444²⁹ corresponde declarar todos los actos posteriores vinculados a dichos extremos de la imputación.

IV.5. Campaña publicitaria “Experiencia 4G – Entel”

IV.5.1. Sobre los presuntos vicios de nulidad de la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI

70. América Móvil indicó en su recurso de apelación que la Comisión incurrió en un vicio de nulidad en el extremo referido a la presunta comparación indebida, al considerar en su evaluación otros mensajes que no correspondían a dicha campaña sino a la campaña “Entel Prepago – Súper Bolsas”.
71. Al respecto, de la revisión de la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI se aprecia que, si bien durante el análisis de la campaña “Experiencia 4G - Entel”, la Comisión hizo referencia a los mensajes difundidos en la campaña publicitaria “Entel Prepago – Super Bolsas”, se debe tener en cuenta que también analizó los mensajes difundidos en la campaña “Experiencia 4G - Entel”.
72. Así pues, en el segundo párrafo de la página 45 de la resolución apelada la Sala aprecia que la Comisión sí analizó los mensajes “Experiencia 4G que solo Entel te ofrece”, “Migra a Entel la señal que estabas esperando. Vinimos a escucharte y dejar que te conectes con todos por igual, con el servicio que mereces y la mejor experiencia 4G”, tal como se aprecia a continuación:

RESOLUCIÓN 074-2016/CD1-INDECOPI

“(…)

Con respecto de las frases “Experiencia 4G que sólo Entel te ofrece”, esta Comisión se aprecia que, en el caso en particular, el uso del término “solo” no tiene una connotación comparativa que haga una alusión directa o indirecta a un competidor, sino que el mismo cumple la función de resaltar una cualidad propia de uno de los servicios de Entel, tal como es la “Experiencia 4G”, la cual constituye una denominación comercial sobre un servicio particular (4G). Finalmente, en el caso de la frase “migra a Entel la señal que estaba esperando. Vinimos a escucharte y dejar que te conectes con todos por igual, con el servicio que mereces y la mejor experiencia 4G”, este órgano colegiado aprecia que la misma es meramente descriptiva en el sentido que permite transmitir a un consumidor la característica del servicio que Entel ofrecerá como nuevo operador en el mercado de telecomunicaciones peruano, sin realizar una alusión directa o indirecta a un competidor de dicho rubro.”

²⁹

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.

Artículo 13.- Alcances de la nulidad.

13.1 La nulidad de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento, cuando estén vinculados a él.

(…)

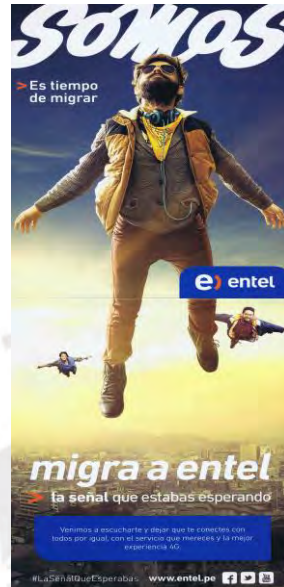
73. De acuerdo a lo expuesto, la Comisión concluyó en su análisis que la referida campaña publicitaria no contenía alusión alguna que permita a los consumidores identificar plenamente que se estaba aludiendo a la red privada móvil de América Móvil, razón por la cual declaró infundada la denuncia en este extremo.
74. Con base en ello, la mención a frases alusivas a la campaña “Entel Prepago – Super Bolsas” no invalida la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI pues del análisis de fondo se advierte que estuvo dirigido a analizar la campaña “Experiencia 4G - Entel”. En tal sentido, si bien la referencia a frases ajenas a la campaña analizada no resulta pertinente en el análisis desarrollado, ello no altera lo sustancial del contenido del acto ni el sentido de la decisión.
75. Por tanto, se concluye que la Comisión no incurrió en vicio de nulidad, debiendo desestimarse los argumentos invocados por América Móvil en ese extremo.

IV.5.2. De los anuncios que forman parte de la campaña

76. De acuerdo con la información proporcionada por América Móvil en su escrito de denuncia, la campaña “Experiencia 4G – Entel” ha sido difundida a través de siguientes medios:

A. Prensa escrita





B. Internet



C. Anuncios televisivos

C.1 Timbradores anónimos

IMÁGENES EN LA SIGUIENTE PÁGINA



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”*.

C.2. Árbol de navidad



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...*

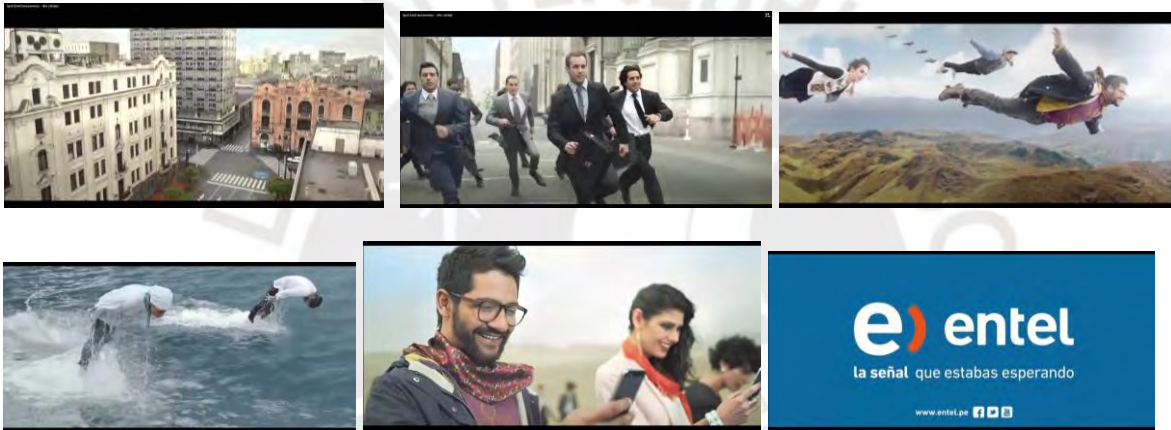
Árbol: *¡Qué fue!*

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.”*

C.3. Entel lanzamiento



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.”*

C.4 Experiencia 4G que sólo Entel te ofrece:

IMÁGENES EN LA SIGUIENTE PÁGINA



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.”

Análisis de una campaña publicitaria

81. El artículo 21 del Decreto Legislativo 1044³⁰ establece las pautas de enjuiciamiento de los anuncios, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, teniendo en consideración el referido mensaje en su conjunto. De este modo, dicho consumidor aprehenderá todos los elementos comprendidos en el anuncio.
82. En el caso particular de las **campañas publicitarias**, el enjuiciamiento de la publicidad exige que **se analicen los anuncios en conjunto**, considerando

³⁰

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.

las particularidades de los anuncios que las conforman y **teniendo en consideración el mensaje principal de la campaña publicitaria.**

83. De acuerdo a la definición recogida por el Decreto Legislativo 1044, 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 principal³¹.
84. Por ello, 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. Este mensaje permitirá interpretar los alcances de cada anuncio de manera individual y llegar a determinar si con ellos se incurre en la comisión de actos de competencia desleal.
85. De la realización de un análisis integral de los anuncios difundidos y de los argumentos manifestados, esta Sala aprecia lo siguiente:
- Entre los meses de **[CONFIDENCIAL]** Entel divulgó publicidad relacionada con su servicio de telefonía móvil³².
 - Los medios de comunicación utilizados fueron escritos, televisivos y digitales (internet).
 - Todos transmitían un solo mensaje unificador: incentivar la migración de los usuarios de telefonía móvil hacia una nueva operadora en el mercado (Entel), quien ofrecía servicios de telefonía móvil que serían diferentes a los que se venían ofertando en el mercado y que traerían ventajas tales como equipos nuevos, llamar a cualquier operador por igual y contar con tecnología 4G.
86. De acuerdo con lo descrito, se verifican elementos propios que caracterizan una campaña publicitaria. Con lo cual, la publicidad difundida y descrita en el apartado IV.5.2 será analizada como una campaña publicitaria.

IV.5.3. Actos de comparación indebida en la campaña publicitaria “Experiencia 4G - Entel”

Marco teórico

³¹ **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;

³² Fecha manifestada por Entel en su escrito de descargos, así como en el CD adjuntado y declarado confidencial por la Comisión mediante Resolución 1 del 27 de enero de 2016.

87. Mediante Resolución 0547-2004/TDC-INDECOPI³³, la Sala ha indicado que la publicidad comparativa con dos elementos característicos: (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 competidora³⁴.
88. Por el lado de los efectos, la publicidad comparativa, lícita o ilícita, genera necesariamente un daño al competidor aludido por diferenciación, puesto que ello supondrá una detracción potencial o real de su clientela. No obstante, tal como se ha señalado en el pronunciamiento citado precedentemente, este daño se justifica y se transforma en un daño tolerado, en la medida que contenga un carácter informativo que beneficie el interés superior del consumidor, lo cual releva de protección el derecho privado del competidor afectado, siempre que la publicidad comparativa se encuentre dentro de los límites que la licitud le impone.
89. La falta de carácter informativo de la publicidad comparativa se produce cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas -por ejemplo, belleza, sabor, aroma, elegancia- existen en realidad. La carencia de contenido informativo provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello con alguna información. Puede observarse que el efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal.
90. Recogiendo los criterios expuestos en la citada resolución³⁵ y el desarrollo doctrinario al respecto³⁶, el marco normativo en materia de represión de la competencia desleal definió en el artículo 12.1. del Decreto Legislativo 1044 a

³³ Dicha resolución aprobó un precedente de observancia obligatoria. Si bien el mismo estuvo referido a la anterior normativa aplicable a la publicidad comercial (Decreto Legislativo 691), lo señalado aun es aplicable, considerando la regulación contenida en el artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal vigente.

³⁴ La Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI fue emitida el 10 de diciembre de 2003, en el marco del procedimiento seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.

³⁵ La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1044 deja claramente establecido que el nuevo marco de represión de la competencia desleal recoge los criterios expuestos en el precedente de observancia obligatoria al señalar "[e]s necesario que se consagre legislativamente lo establecido en el referido precedente de observancia obligatoria".

³⁶ A nivel doctrinario, Tato define la publicidad comparativa como "*aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos*" (TATO PLAZO, Anxo, *La publicidad comparativa*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 41).

los actos de comparación indebida como aquellos que se exteriorizan vía publicidad u otros medios, a través de los cuales el proveedor presenta las ventajas de su oferta propia en productos o servicios frente a la oferta competidora de otro agente económico en el mercado³⁷.

91. Como señala el propio artículo 12.2 del Decreto Legislativo 1044, los actos de comparación indebida se reputan ilegales, salvo que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la ley³⁸. Este dispositivo establece cuatro requisitos de licitud³⁹, que son los siguientes⁴⁰:
- (i) la comparación debe darse respecto de características objetivas y comprobables, no admitiéndose que se efectúen sobre la base de atributos subjetivos. En caso la comparación verse sobre un aspecto objetivo, no debe faltar a la verdad ni inducir a error a los consumidores;
 - (ii) la comparación debe ser exacta, es decir, que los datos en los que se apoye deberán ser exactos y actuales;
 - (iii) la comparación debe ser pertinente en cuanto a la forma, esto es, evitar la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado; y,

³⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

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

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos. (subrayado agregado)

³⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 12.- Acto de comparación y equiparación indebida.-

(...)

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

³⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 11.- Actos de denigración.-

(...)

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

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

⁴⁰ Mediante Resolución 0929-2011/SC1-INDECOPI, emitida el 26 de abril de 2011, en el procedimiento seguido por Corporación Inca Kola Perú S.R.L. contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Jeyo Producciones S.A.C., esta Sala expuso los requisitos de licitud para verificar si un acto de equiparación configuraba un acto de competencia desleal. De acuerdo al numeral 12.2 del artículo 12, del Decreto Legislativo 1044, estos mismos requisitos son aplicables para la determinación de la licitud de los actos de comparación indebida.

- (iv) debe existir pertinencia en cuanto al fondo, esto es, la comparación no debe contener alusiones a la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualquier otra circunstancia estrictamente personal del agente aludido.
92. A partir de lo expuesto y considerando los elementos característicos de la publicidad comparativa antes mencionados, se pueden extraer los factores que permiten determinar la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida. Así, se puede sostener que estaremos frente a estos casos siempre que conjuntamente concurren: (i) la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; y, (ii) la alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico. Y será lícita cuando concurren los requisitos de licitud previstos en artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1044.
93. 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 comparación indebida, supuesto de infracción tipificado específicamente en el artículo 12 del Decreto Legislativo 1044, corresponde evaluar en primer lugar si la información contenida en los anuncios cuestionados que conforman la campaña publicitaria de Entel alude inequívocamente a la oferta competidora de América Móvil.
94. Una vez determinada la alusión de los anuncios a la oferta competidora, corresponderá verificar si efectivamente se presentan las ventajas de la oferta propia de Entel frente a la oferta de América Móvil. Si ello ocurre, corresponderá verificar si la información trasladada al mercado es veraz, exacta y pertinente.
- a) La alusión inequívoca
95. En el presente caso, la Comisión indicó que de un análisis superficial e integral de los anuncios difundidos en la campaña “*Experiencia 4G- Entel*” no se aprecia que exista alusión alguna en la publicidad imputada que permita a los consumidores identificar a la red privada móvil de América Móvil.
96. Al respecto, la denunciante ha indicado que el término “*mejor*” que presentan las expresiones difundidas en la campaña conlleva una connotación comparativa. Preciso que, a la fecha de difusión de dicha campaña, únicamente, existían dos operadoras móviles que contaban con el servicio 4G en el mercado. Tomando en cuenta ello, es evidente que Entel está haciendo referencia a su empresa y a la otra empresa competidora.
97. De acuerdo al Decreto Legislativo 1044, para efectos de verificar la existencia de un acto de comparación se requiere percibir una alusión inequívoca, sea

directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico. La referida alusión puede advertirse incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

98. Por tanto, no es impedimento para considerar que estamos frente a un supuesto de publicidad comparativa la falta de indicación del nombre de la empresa competidora o del producto que comercializa, bastando con que a partir de los elementos evaluados los consumidores puedan entender inequívocamente que se alude a las empresas que compiten con el anunciante en un determinado mercado.
99. Un importante sector de la doctrina⁴¹ estima que existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad. En otras palabras, en algunos casos la referencia a los productos o servicios de la competencia en los anuncios publicitarios puede ser intensa y, en otros, simplemente muy tenue, de modo que no permita que los consumidores identifiquen en la publicidad la alusión a algún producto o servicio de la competencia.
100. Un parámetro del que se vale un consumidor para definir el contenido de una publicidad es la estructura del mercado en el que esta se difunde. En efecto, la estructura y comportamiento del mercado es un elemento importante que permite identificar cuál es la empresa aludida en una publicidad, pese a que en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos.
101. Al respecto, la doctrina sostiene que *“(...) debe tenerse presente que este (el público) conoce la estructura del mercado y, por tanto, conoce también quiénes son los competidores del anunciante. En estas circunstancias, cualquier referencia, por genérica que resulte, a los competidores, puede provocar que el público identifique a uno o varios de ellos como afectados por la publicidad del anunciante”⁴². (subrayado)*
102. Este razonamiento ha sido utilizado por este colegiado con ocasión de la emisión de la Resolución 2758-2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010. En dicha oportunidad, se analizó una publicidad difundida por América Móvil y se concluyó que, pese a que no existía en la pieza publicitaria denunciada siquiera una mención a Telefónica Móviles S.A., el comportamiento del mercado y su estructura oligopólica permitían presumir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa⁴³.

⁴¹ TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 20-39.

⁴² TATO PLAZA, Anxo. *“La publicidad Comparativa”*. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 20-30.

⁴³ En los numerales 61 y 62 de la referida resolución se indicó lo siguiente:

103. Considerando lo expuesto, del análisis del mensaje difundido en la campaña “*Experiencia 4G – Entel*”, esta Sala aprecia que el mismo está dirigido a promover la migración de usuarios bajo la premisa de que Entel brinda servicios con características especiales. De esta manera, no se aprecia que el mensaje de la campaña aluda, de manera directa, a América Móvil o a su marca comercial. Asimismo, tampoco se advierten expresiones que sugieran al usuario que se está haciendo alusión a características del servicio que la denunciante pueda haber estado brindando en el mercado durante el periodo de difusión de la campaña.
104. Por otro lado, con relación a la estructura del mercado alegada por América Móvil, si bien es un factor que en otras oportunidades esta Sala ha tomado en cuenta para determinar la alusión inequívoca indirecta hacia algún competidor⁴⁴, se debe resaltar que en dichos casos se contaban con elementos adicionales, como la procedencia de los personajes principales de las campañas publicitarias (por ejemplo, grupo Líbido para identificar a Telefónica o un grupo de mariachis para identificar a América Móvil) que permitieron concluir que se estaba frente a una publicidad alusiva, los cuales no se advierten en la presente campaña.
105. En efecto, del análisis de la campaña publicitaria “*Experiencia 4G - Entel*” no se aprecian elementos adicionales al mensaje principal difundido, como imágenes que puedan dar a entender que se está haciendo alusión indirecta a

“A ello debe agregarse que debido a la estructura oligopólica del mercado de telecomunicaciones, esto es, en el que concurren pocos ofertantes - Telefónica, Claro, Nextel -, los consumidores son conscientes de que las empresas que ostentan las mayores cuotas de este mercado son Telefónica y Claro, de lo cual se advierte que cualquier comparación efectuada por alguna de estas empresas, por más sutil que esta sea, es susceptible de aludir a su competidora. Ello, con mayor razón si se considera que hasta antes de la difusión de la publicidad controvertida, el grupo “Líbido” era identificado por los consumidores como la imagen comercial de Telefónica, al haber sido el protagonista de los spots publicitarios de dicha empresa.”

En este escenario, las afirmaciones “Nosotros nos cambiamos a Claro, ¿Qué esperas? cámbiate tú también” consignadas en la publicidad analizada no se limitaban a resaltar una posición de preeminencia a favor de Claro respecto a sus demás competidores, como lo determinó la primera instancia, sino más bien evocaban una referencia innegable a Telefónica con la finalidad de comparar y destacar la superioridad de los servicios ofrecidos por Claro frente a los de la denunciante, por las siguientes razones: “(...) la calidad de su señal”, “(...) te atiende mejor” y “(...) tiene la mayor cobertura del Perú”. (subrayado agregado)

44

Al respecto ver:

- Resolución 397-2013/SDC-INDECOPI del 28 de febrero de 2013, procedimiento iniciado por América Móvil Perú S.A.C. contra Directv Perú S.R.L. A efectos de determinar si existió una alusión inequívoca en este caso, se tomó en cuenta la estructura del mercado de televisión por cable, la agresividad del mensaje al exaltar las deficiencias del servicio que brindan los competidores y la procedencia de los mariachis que formaron parte del mensaje principal de la campaña publicitaria.
- Resolución 2758-2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010, procedimiento iniciado por Telefónica Móviles S.A. contra América Móvil Perú S.A.C. En este caso, también se tomó en cuenta la estructura del mercado, pero se consideró que, antes de la difusión de la publicidad controvertida, el grupo “Líbido” era identificado por los consumidores como la imagen comercial de Telefónica, al haber sido el protagonista de los spots publicitarios de dichas empresas.

los servicios brindados por los competidores o a características o signos distintivos que puedan presentar en el mercado al prestar sus servicios.

106. Asimismo, contrariamente a lo señalado por América Móvil, el término “mejor” en los mensajes difundidos no contiene una connotación comparativa sino subjetiva. En efecto, las expresiones “*la mejor Experiencia 4G*” y “*la mejor red 4G*” difundidas en la campaña objeto de análisis, aluden a una percepción que Entel tendría respecto del servicio 4G que brinda, la cual pretende trasladar a los consumidores. Por tanto, dichas frases no podrían ser objeto de verificación al tratarse de una opinión o juicio estimativo del anunciante.

107. De acuerdo con lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida.

IV.5.4. Acto de engaño al difundir como parte de la campaña publicitaria “Experiencia 4G que sólo Entel te ofrece” un anuncio que consigna la farse “Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece”

108. Tal como ha sido desarrollado en el acápite IV.2 de la presente resolución, el Decreto Legislativo 1044 dispone que los agentes no deben ejecutar conductas que tengan por efecto, real o potencial, inducir a error al consumidor respecto de las características o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, o de los atributos que tiene su negocio⁴⁵.

109. Respecto de la publicidad, en particular, y de los actos de competencia, en general, recae la obligación de no inducir a error al consumidor respecto de las características, atributos o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado. A esta prohibición se le conoce en doctrina como la exigencia de respeto al Principio de Veracidad Publicitaria.

110. Sin embargo, este Principio de Veracidad no es absoluto pues la propia norma de Competencia Desleal limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que estemos frente a publicidad que transmita un mensaje objetivo. En efecto, ello se desprende de los artículos 8.3 y 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que señalan que solo aquellas afirmaciones objetivas pueden ser evaluadas a la luz del Principio de Veracidad⁴⁶.

⁴⁵ Ver pie de página 16.

⁴⁶ **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.”

111. Al respecto, 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.
112. En el presente caso, la Comisión indicó que el anuncio en el que se consigna la frase "*Gracias a la experiencia 4G que solo Entel te ofrece*" no resulta ser engañosa toda vez que, un consumidor al escucharla y/o leerla entenderá que Entel está brindando una experiencia 4G en "particular" y no que Entel sería el único operador móvil del mercado capaz de prestar el servicio de transmisión de datos 4G LTE. Por lo tanto, concluyó que dicha frase constituye una expresión subjetiva no sujeta al principio de veracidad.
113. En su escrito de apelación, América Móvil ha indicado que la frase "*Gracias a la Experiencia 4G que solo Entel te ofrece*" refiere a que Entel sería la única operadora que presta el servicio 4G y que ello resulta ser engañoso ya que su empresa, al igual que Telefónica, también ofrecían dicho servicio.
114. Al respecto, al visualizar el anuncio televisivo descrito en el numeral 80, apartado C.4 de la presente resolución, se advierte que Entel está presentando los nuevos equipos móviles "*Samsung Galaxy S6*" y "*Samsung Galaxy S6 Edge*", los cuales son catalogados como "*el futuro*". Posteriormente se indica que los referidos equipos móviles se encuentran potenciados con una nueva experiencia 4G que sólo Entel ofrece, lo cual los convierte en "*el futuro del futuro*".
115. Del anuncio se aprecia que el mensaje transmitido está haciendo referencia a la tecnología moderna que presentan los nuevos equipos móviles "*Samsung Galaxy S6*" y "*Samsung Galaxy S6 Edge*", los cuales serían potenciados con el servicio 4G que Entel ofrecería en el mercado. Así, el hecho que se resalte a la "Experiencia 4G" como algo exclusivamente brindado por Entel hace referencia a las características particulares y diferenciadas del servicio que brindaría esta empresa en el mercado, lo cual potenciaría la funcionalidad de los referidos celulares.
116. De acuerdo a ello, el término "experiencia" califica como un término subjetivo, en la medida que está referido a la denominación por la cual Entel designa al conjunto de características particulares de su servicio en el mercado; por lo

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."

que, en concordancia con lo manifestado por la Comisión, no está sujeto al análisis de veracidad.

117. Finalmente, América Móvil ha manifestado en su escrito del 16 de diciembre de 2016 que el acto de engaño cometido por Entel también está vinculado con la campaña “*Experiencia 4G – Entel*” al transmitir el mensaje que todos los usuarios de telefonía móvil están migrando a Entel y que la experiencia y tecnología que esta brinda sería la mejor, lo cual no sería cierto. Con base en ello, solicitó que Entel acredite la veracidad de dicho mensaje.
118. Con relación a dicho argumento, no se aprecia que el mismo haya formado parte del escrito de denuncia de América Móvil. Por lo que, tampoco se aprecia que la Secretaría Técnica de la Comisión lo haya imputado como acto de engaño y, consecuentemente, que la Comisión lo haya analizado como tal en la resolución final.
119. Considerando que la Sala es un órgano revisor que conoce en segunda y última instancia las apelaciones interpuestas⁴⁷, corresponde desestimar el argumento invocado por América Móvil dado que la Sala no puede emitir un pronunciamiento respecto de un acto que no fue materia de denuncia.
120. En tal sentido, corresponde confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño al haber difundido un anuncio como parte de la campaña publicitaria en el que se consigna la frase “*Gracias a la experiencia 4G que sólo Entel ofrece*”.
- IV.5.5. Con relación a la presunta infracción al principio de legalidad al difundir como parte de la campaña publicitaria “Experiencia 4G que sólo Entel te ofrece” una promoción consistente en adquirir equipos móviles para acceder a la aplicación “Google Play Music”
121. Tal como ha sido desarrollado en el acápite IV.3 de la presente resolución, una de las obligaciones de los anunciantes al momento de publicitar sus productos es consignar, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, el número de unidades disponibles de los productos ofrecidos; caso contrario, su omisión constituirá un acto de

⁴⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI**
Artículo 14.- Funciones de las Salas del Tribunal. -

14.1 Las Salas del Tribunal tienen las siguientes funciones:

a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda. (...)

competencia desleal bajo la modalidad de infracción al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 17.3 literal f) del Decreto Legislativo 1044.

122. Sobre el particular, la Comisión ha indicado que el beneficio promocionado en el anuncio en cuestión es respecto del uso de una aplicación de música (“*Google Play Music*”) y no de los equipos “*Samsung Galaxy S6*” o “*Samsung Galaxy S6 Edge*”. En tal sentido, la Comisión concluyó que dicha aplicación no se encontraba ligada a un número determinado de equipos móviles, toda vez que un consumidor entendería que el beneficio será aplicable para todos los equipos ofertados que estén a disposición durante la vigencia de la promoción.
123. Por su parte, América Móvil ha indicado que al condicionar el uso de la aplicación a la compra de un equipo “*Samsung Galaxy S6*” o “*Samsung Galaxy S6 Edge*” sí se debió consignar el stock de estos productos.
124. De la revisión del anuncio publicitario materia de imputación, el cual se encuentra descrito en el numeral 80 apartado C.4 de la presente resolución se aprecia que Entel está anunciando que por la compra de un equipo “*Samsung Galaxy S6*” o “*Samsung Galaxy S6 Edge*” regalará 6 meses de acceso gratuito a la aplicación “*Google Play Music*”. Asimismo, de las letras pequeñas que se consignan en la parte inferior de la pantalla durante la emisión del anuncio, se aprecia lo siguiente:

Promoción válida hasta el 30-09-15. Por la compra de Samsung Galaxy S6 o S6 Edge el usuario recibirá 6 meses gratis de acceso ilimitado al servicio Google Play Music, siendo necesario que ingrese sus datos de tarjeta de crédito o débito al finalizar el segundo mes de la promoción. Después del periodo de promoción, el servicio será cobrado de manera regular. El usuario podrá suspender o cancelar el acceso a Google Play Music sin cargo alguno antes de finalizar el periodo de promoción. Válido para ofertas que no hayan redimido alguna otra oferta de Google Play en lo último 365 días y para usuarios que rediman la oferta durante el periodo de promoción. Google Play es una marca comercial de Google Inc.

(Resaltado agregado)

125. Así pues, si bien lo ofrecido por Entel está relacionado con el acceso ilimitado a la aplicación Google Play Music - la cual resulta ser una aplicación de internet que dada su naturaleza, no puede ser cuantificada - el beneficio a gozar de dicho acceso gratuito e ilimitado se encuentra vinculado con la compra de los equipos móviles publicitados. Es decir, un consumidor atraído por la promoción ofertada (el acceso gratuito a Google Play Music) tendría que adquirir previamente el equipo móvil para luego acceder al beneficio, con lo cual sería necesario que conozca con cuántas unidades de dichos equipos cuenta Entel, a efectos de evaluar si podrá acceder a dicha promoción.

126. De esta manera, Entel se encuentra obligada a consignar el número de unidades de los equipos móviles “Samsung Galaxy S6” y “Samsung Galaxy S6 Edge” con los que cuenta en stock, en la medida que un consumidor podrá conocer las probabilidades que tiene de acceder a dicha promoción y evitar así, que se generen expectativas incorrectas. Sin embargo, se verifica que no cumplió con hacerlo.
127. En tal sentido, contrariamente a lo manifestado por la primera instancia, este Colegiado considera que corresponde revocar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por la presunta infracción al principio de legalidad por la difusión del anuncio “*Experiencia 4G que solo Entel te ofrece*” y declararla fundada.

IV.6. Campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”

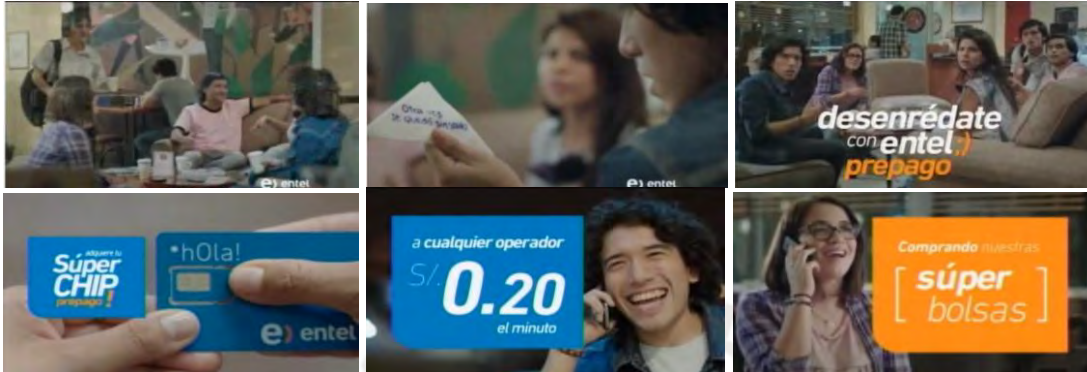
IV.6.1. De los anuncios que forman parte de la campaña

128. De acuerdo con la información proporcionada por América Móvil en su escrito de denuncia, la campaña “Entel Prepago – Súper Bolsas” fue difundida a través de siguientes medios:

Banners animados



Anuncio televisivo: Amigos



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:

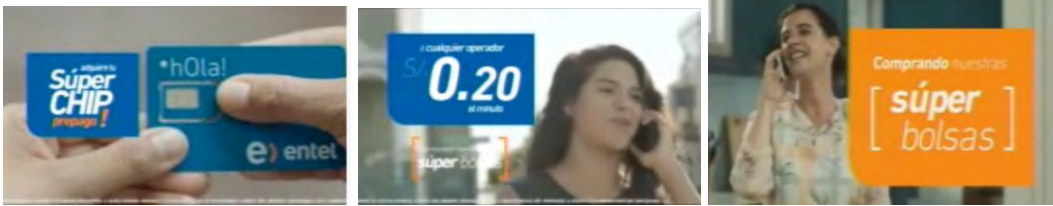
Persona A: *Ya pues, siempre con esos mensajitos, ¿tú no eres capaz de llamar a nadie no?*

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.”*

Anuncio televisivo: Familia





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.”*

Anuncio en página Facebook



Anuncio página web “Trome”



Anuncio en el diario “Trome”



131. Tomando como referencia lo detallado en los numerales 81 a 86 de la presente resolución respecto al análisis de una campaña publicitaria y del análisis integral de los anuncios descritos se verifica que lo siguiente:
- Durante los meses **CONFIDENCIAL** Entel divulgó publicidad relacionada con su servicio de telefonía móvil⁴⁸.
 - Entel ha divulgado publicidad relacionada con el servicio de telefonía móvil, utilizando medios escritos, televisivos y digitales (internet).
 - Todos los medios utilizados transmitían un solo mensaje unificador: la posibilidad de “desenredarse” de los líos que presentan para comunicarse con usuarios prepagos de otras empresas. Esta posibilidad se da a través de la adquisición de un “Super Chip” el cual, por la compra de cualquier “Super Bolsa” permitirá al usuario pre-pago hablar S/. 0.20 el minuto con usuarios de cualquier operador.

48 Fecha manifestada por Entel en su escrito de descargos y en el CD adjuntado, cuyo contenido ha sido declarado confidencial por la Comisión mediante Resolución 1 del 27 de enero de 2016.

132. De acuerdo con lo descrito, se verifican elementos propios que caracterizan una campaña publicitaria. Con lo cual, la publicidad difundida y descrita en el presente apartado será analizada como una campaña publicitaria.

IV.6.2. Actos de comparación indebida en la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”

133. Con relación a los presuntos actos de comparación indebida en la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”, se tendrá en cuenta el marco teórico desarrollado en acápite IV.5.3. de la presente resolución.

134. En tal sentido, corresponderá evaluar si la información contenida en los anuncios detallados, que conforman la campaña publicitaria de Entel, aluden inequívocamente, de manera directa o indirecta, a la oferta competidora de América Móvil.

a) Alusión inequívoca

135. En el presente caso, la Comisión indicó que, de un análisis superficial e integral de los anuncios difundidos en la campaña no se aprecia que exista alusión alguna en la publicidad imputada que permita a los consumidores identificar a la red privada móvil de América Móvil. A decir de la Comisión, la publicidad cuestionada tenía como finalidad graficar los beneficios de una red privada, utilizando para ello el humor y la exageración.

136. Por su parte, América Móvil ha indicado que la campaña de Entel está haciendo alusión, de manera indirecta, a su empresa, ya que hace referencia a las tarifas y características del servicio que ofrecen los agentes del mercado de telefonía móvil, encontrándose su empresa como la segunda operadora móvil del Perú. Según la denunciante, Entel estaría indicando que las empresas operadoras no permiten comunicarse con los usuarios de otras empresas y recurre a la sátira para representar a personas migrando a otros operadores.

137. Tal como ha sido desarrollado en la presente resolución, se estará frente a un caso de alusión indirecta 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. Con base en ello, la referencia inequívoca se deberá tomar de la interpretación que los usuarios otorguen sobre la campaña difundida.

138. En la presente campaña, se advierte que Entel está promocionando la venta del producto “Super Chip” el cual, por la compra de una “Súper Bolsa”,

permitía a los usuarios prepago comunicarse con usuarios de otros operadores a S/. 0.20 el minuto. El producto “*Súper Chip*” se ofertaba como una solución ante el “enredo” que presentaban los usuarios de telefonía móvil para comunicarse con usuarios de otros operadores, al ser dicho servicio costoso y con saldo que se agotaría rápidamente.

139. Teniendo ello en cuenta, se aprecia que la campaña “*Entel Prepago – Súper Bolsas*” no especifica ni hace alusión, de manera directa, a América Móvil o a su marca comercial. En efecto, del mensaje difundido no se advierte que se esté nombrando a la denunciante como la operadora de telefonía móvil que “enreda” a sus usuarios.
140. De otro lado, con relación a una posible alusión indirecta, el hecho que la campaña haga referencia a lo costoso que puede resultar para un usuario prepago comunicarse con usuarios de otros operadores o que su saldo se consume con rapidez, no significa que se esté haciendo alusión indirecta a alguna empresa de telefonía móvil en particular. Dichas características son apreciaciones que presentarían los servicios de los usuarios de telefonía móvil en general, pero que no evidencian alguna particularidad del servicio que brinda América Móvil. Así pues, no se aprecian elementos adicionales al mensaje principal difundido, como imágenes que puedan dar a entender que se está haciendo alusión a los servicios brindados por América Móvil o a características o signos distintivos que puedan presentar en el mercado al prestar sus servicios.
141. Finalmente, sobre la estructura del mercado alegada por América Móvil, al igual como ha sido desarrollado en la campaña “*Experiencia 4G - Entel*”, no se advierte que la campaña publicitaria “*Entel Prepago – Súper Bolsas*” presente elementos adicionales que permitan concluir la existencia de una publicidad alusiva.
142. De acuerdo con lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida en la campaña publicitaria “*Entel Prepago – Súper Bolsas*”.

IV.6.3. Acto de engaño al difundir anuncios en la campaña “Entel Prepago – Súper Bolsas”

143. Con relación a los actos de engaño, se tendrá en cuenta el marco teórico desarrollado en el acápite IV.5.4 de la presente resolución.

144. En el presente caso, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Entel la presunta comisión de actos de engaño ya que los anuncios que conformarían la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas” inducirían a error a los consumidores respecto de los beneficios que ofrecería, supuestamente, de forma exclusiva, cuando ello no sería cierto. Este beneficio sería que Entel es la única operadora que permite a sus usuarios prepago efectuar llamadas a usuarios de otro operador, sin restricción horaria, a nivel nacional y a una tarifa de S/. 0.20 minuto.
145. Al respecto, la Comisión indicó que el mensaje publicitario difundido en la campaña bajo análisis es de carácter subjetivo pues son apreciaciones del propio anunciante para resaltar las características de su servicio, utilizando el humor y la exageración. En tal sentido, concluyó que el mensaje difundido no se encuentra sujeto al análisis de veracidad propio de los actos de engaño.
146. En su escrito de apelación, América Móvil reiteró que Entel se está presentando como la única operadora en el mercado con tarifas que permiten a sus usuarios comunicarse de una forma irrestricta a un precio base de S/. 0.20 el minuto. A decir de la denunciante, ello no sería cierto ya que su empresa también contaba con una promoción denominada “Llama nomas”, vigente durante el mismo periodo, la cual tampoco presentaba restricciones para las llamadas entre operadores.
147. Con relación al mensaje transmitido a través de los anuncios de la campaña “Entel Prepago – Súper Bolsas”, tal como ha sido detallado en acápite IV.6.1. de la presente resolución, Entel está ofreciendo a los usuarios de telefonía móvil la posibilidad de “desenredarse” de los líos que presentan para comunicarse con usuarios prepagos de otras empresas. Esta posibilidad se da a través de la adquisición de un “Super Chip” el cual, por la compra de cualquier “Super Bolsa” permitirá al usuario prepago hablar S/. 0.20 el minuto con usuarios de cualquier operador.
148. En tal sentido, no se advierte que Entel se esté publicitando como la única operadora en el mercado que ofrece la posibilidad de comunicarse con usuarios de cualquier operador a una tarifa de S/. 0.20 por minuto. Por el contrario, Entel está promocionando la contratación de su servicio pues ello incentivaría que sus usuarios puedan comunicarse con otras operadoras. Ello sin perjuicio de que las demás empresas de telecomunicaciones estén ofreciendo el mismo servicio en el mercado.
149. De acuerdo a lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI del 6 de abril de 2016, en el extremo que declaró infundada la imputación contra Entel por la presunta comisión de actos de engaño al difundir la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”.

IV.7. Con relación a las medidas correctivas y sanciones impuestas por la Comisión

150. Sobre el acto de engaño cometido por Entel al difundir el anuncio que indica “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G” y la infracción contra el principio de legalidad cometida por la difusión del anuncio “*Huawei P7 a S/. 9 en plan de 149*”, la primera instancia resolvió lo siguiente:
- Impuso una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores, en tanto: (i) no cuente con los medios probatorios que acrediten que la ciudad de Cerro de Pasco cuenta con cobertura 4G, 3G y 2G; y (ii) no consigne la información relacionada con la cantidad mínima de unidades disponibles y la duración de la promoción.
 - Sancionó a Entel con una multa de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por haber difundido el anuncio “*Huawei P7 a S/. 9 en plan de 149*” sin consignar el número de unidades disponibles ni la vigencia de la promoción.
 - Sancionó a Entel con una amonestación al haber difundido en el mercado el anuncio que indica “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G”.
151. Sobre el particular, en la medida que Entel no ha presentado argumentos que cuestionen las medidas correctivas y las sanciones previamente señaladas, y toda vez que esta Sala ha confirmado la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en los extremos que halló responsable a Entel por la comisión de actos de engaño y por infracción al principio de legalidad, corresponde confirmar la referida resolución en los extremos de las medidas correctivas citadas y las sanciones impuestas.

IV.8. Medidas correctivas dictadas por la Sala

152. En la presente resolución, la Sala ha revocado el extremo de la resolución de la Comisión referido a la infracción al principio de legalidad por la difusión de la promoción “*acceso gratuito por 6 meses a la aplicación Google Play Music*” sin consignar el número de equipos móviles disponibles; por lo que corresponderá realizar un análisis sobre la medida correctiva que deberá ser impuesta contra dicho acto.
153. Al respecto, el artículo 55.1 del Decreto Legislativo 1044 dispone que, además de la sanción que corresponda ante el incumplimiento de sus disposiciones, la

autoridad administrativa podrá ordenar las medidas correctivas necesarias para corregir las distorsiones producidas y restablecer la leal competencia⁴⁹.

154. Con relación a la infracción al principio de legalidad por haber difundido, como parte de la campaña “Experiencia 4G - Entel”, una promoción consistente en acceder, de manera gratuita, durante 6 meses a la aplicación “*Google Play Music*” sin consignar la cantidad mínima de equipos móviles disponibles, corresponde ordenar a Entel, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio infractor o de cualquier otro de igual naturaleza, en tanto no cumpla con consignar de manera clara y comprensible, el número de equipos móviles disponibles con los que cuenta para acceder a dicha promoción.

IV.9 Graduación de la sanción por infracción al principio de legalidad al haber difundido Entel como parte de la campaña publicitaria “Experiencia 4G que sólo Entel te ofrece” una promoción consistente en adquirir equipos móviles para acceder a la aplicación “Google Play Music”

IV.9.1 Marco legal

155. A efectos de graduar la sanción aplicable, el artículo 53 del Decreto Legislativo 1044⁵⁰ establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear

⁴⁹ **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:

- El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- El cierre temporal del establecimiento infractor;
- La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- 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,
- La publicación de la resolución condenatoria.

55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas. (subrayado agregado)

⁵⁰ **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:

- El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- 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;

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.

156. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad, recogido en el numeral 3 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública⁵¹. Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre procurando que la comisión de las conductas sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento.
157. En ese sentido, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto Legislativo 1044, en concordancia con el numeral 3 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros objetivos en la imposición de las sanciones, evitando que se vulneren los derechos de los administrados.
158. Al respecto, un primer factor de graduación que ha sido utilizado en diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁵² 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. En tal sentido, se puede concluir que para desincentivar una conducta ilegal la sanción esperada debe ser siempre igual o mayor que el beneficio ilícito que el infractor espera obtener producto de la comisión de la conducta sancionable.
159. Sin embargo, este Colegiado conviene en precisar que esta metodología no resulta aplicable a todos los casos sin excepción, pues existen algunos

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.

⁵¹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. 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. (...).

⁵² Al respecto ver Resolución 119-2008/SC1-INDECOPI del 2 de diciembre de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Panificadora Bimbo del Perú S.A.; Resolución 059-2009/SC1-INDECOPI del 12 de febrero de 2009, correspondiente al procedimiento de oficio contra Quality Productos S.A.; Resolución 0307-2009/SC1-INDECOPI del 14 de mayo de 2009, que resolvió el procedimiento seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Merck Peruana S.A.

supuestos en los cuales la infracción, o no es idónea como para modificar la conducta del consumidor y aumentar los niveles de ventas del producto o servicio en cuestión, o produce un efecto muy residual en la variación de las preferencias de consumo⁵³.

160. Un claro supuesto de la situación descrita se configura, en aquellos casos que conllevan una infracción al principio de legalidad por omitir indicar el stock mínimo y/o duración de una promoción. En efecto, en estos casos la infracción lo que provoca es que aquellos consumidores que se vieron motivados por la promoción podrían encontrarse que esta ya no aplica al haber expirado o ser insuficiente para la totalidad de personas. En estas circunstancias, no adquirirán un producto ligado a la promoción, por lo que no habrá beneficio ilícito que se mida o refleje en los ingresos obtenidos por ventas promocionales. En tal sentido, no existe un beneficio ilícito derivado de la comisión de la infracción que deba ser tomado en cuenta para graduar la sanción en el presente caso.

IV.9.2. Aplicación al caso en concreto

161. Tal como ha sido desarrollado anteriormente, para graduar la sanción a imponer a un agente infractor por contravenir al principio de legalidad, no resulta idóneo utilizar el criterio de beneficio ilícito. Por el contrario, tal como ha señalado esta Sala en reiterados pronunciamientos⁵⁴, para este tipo de casos, uno de los criterios que resulta idóneo es el alcance del anuncio publicitario infractor.
162. Para determinar dicho alcance, se puede atender a distintos factores ya precisados por este colegiado en anteriores oportunidades⁵⁵, tales como el nivel de repetición de la pieza publicitaria; el grado de cobertura del anuncio

⁵³ A modo de ejemplo puede verse las Resoluciones 1617-2010/SC1-INDECOPI del 21 de mayo de 2010, 1678-2010/SC1-INDECOPI del 26 de mayo de 2010 y 1692-2010/SC1-INDECOPI del 31 de mayo de 2010.

⁵⁴ Al respecto, ver las Resoluciones 3168-2010/SC1 del 6 de diciembre de 2010, 3270-2010/SC1 del 21 de diciembre de 2010, 3302-2010/SC1 del 27 de diciembre de 2010, 0003-2011/SC1 del 4 de enero de 2011.

⁵⁵ 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.

respecto del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores que hayan percibido mensaje, la cual es muy elevada en el cine o la televisión y más baja en medios gráficos fijos; las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; entre otros criterios.

163. En el presente caso, de la información proporcionada por Entel en su escrito de descargos se aprecia que el anuncio infractor fue difundido a través de medios escritos (revistas y diarios) y anuncios televisivos transmitidos en señal cerrada (cable). **[CONFIDENCIAL]**⁵⁶.
164. Otro criterio que debe tomarse en cuenta en este tipo de actos es el efecto de la conducta infractora sobre los consumidores. Al respecto, la exigencia de consignar el número mínimo de unidades disponibles de una promoción publicitada busca evitar que los consumidores incurran en costos de búsqueda de información sobre las posibilidades que tienen de adquirir un bien o contratar un servicio promocionado, cuando esta puede ser proporcionada por el anunciante.
165. Este costo de búsqueda de información que, en virtud de la Ley de Represión de la Competencia Desleal debería ser asumido por el anunciante al colocar las condiciones de promoción, por ser la solución más eficiente desde la perspectiva del legislador⁵⁷, es uno de los aspectos que precisamente pretende ser disminuido a través de la regulación publicitaria que impone deberes de información mínima sobre las condiciones para adquirir el bien ofrecido.
166. Así, la falta de especificación de Entel al consignar las unidades mínimas disponibles en la promoción destinada a la venta de sus productos “Samsung Galaxy S6” y “Samsung Galaxy S6 Edge” genera un perjuicio en los consumidores que quieran acceder a dicha promoción, toda vez que necesitan acercarse a otros medios complementarios o preguntar de manera directa para conocer con precisión los alcances de la promoción del proveedor.

⁵⁶ Ver Anexo 25 de su escrito, cuyo contenido ha sido declarado confidencial por la Comisión mediante Resolución 1 de 27 de enero de 2016.

⁵⁷ Como sostiene Frisciale: “La producción de información implica un costo que podría ser cargado al proveedor o al consumidor. Una asignación eficiente del costo de información debe tener en cuenta a cuál de los dos sujetos le resulta menos costoso, en comparación con los proveedores, la norma que se le asigna el proveedor el deber de informar es una solución eficiente”. FRISCALE, María Laura. “El principio de prevención en el dercho del consumidor y su relación con la carga de la prueba”. En: XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2011. La Comisión de Daños. Texto accesible a través de <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias2011/C3/C3-025.pdf> (Página web visitada el 16 de enero de 2012).

Esta posición es una expresión de la doctrina de Análisis Económico del Derecho conocida como “Cheapest Cost Avoider”. Al respecto, ver CALABRESI, Guido. “The costs of accidents. A legal and Economic Analysis”. New Heaven: Yale University Press, 1ra edición, 1970.

167. De acuerdo a ello, se aprecia que la difusión del anuncio infractor tuvo un alcance amplio y un alto nivel de recordación entre los consumidores, toda vez que por su nivel de repetición, expresividad y cobertura era capaz de causar un efecto significativo en el mercado.
168. Teniendo en cuenta lo anteriormente desarrollado, así como otros pronunciamientos de esta Sala en los se sancionaron anuncios difundidos en medios escritos y televisivos que transgredían el principio de legalidad⁵⁸, este Colegiado considera que la multa a imponer en mérito a tales factores **asciende a cinco (5) UIT**.

IV.10. Sobre las costas y costos

169. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807, señala que la Comisión podrá **ordenar al infractor** el pago de las costas y costos incurridos por el denunciante en el procedimiento seguido ante el INDECOPI.

DECRETO LEGISLATIVO 807- FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI

“Artículo 7.- Pago de costas y costos

En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la comisión o dirección competente, además de imponer la sanción que corresponda, puede ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el INDECOPI. En los procedimientos seguidos de parte ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se podrá ordenar el pago de costas y costos a la entidad que haya obtenido un pronunciamiento desfavorable. (...).” (Subrayado agregado)

170. Al respecto, Entel ha manifestado que la Comisión no ha motivado las razones por las que decidió otorgar las costas y costos del procedimiento a favor de América Móvil. Asimismo, indicó que no se ha considerado la conducta procesal que su empresa ha tenido durante el presente procedimiento, así como tampoco se ha tenido en cuenta que, de las once (11) infracciones imputadas, únicamente tres (3) fueron declaradas fundadas.
171. De acuerdo con lo analizado por la Comisión, el artículo 7 del Decreto Legislativo 807 dispone que, en caso la autoridad lo considere, será **el infractor** quien asuma el pago de las costas y costos del procedimiento en el que haya incurrido el denunciante o el Indecopi.
172. Asimismo, no se aprecian como criterios atenuantes o eximentes a la imposición de las costas y costos de un procedimiento, la conducta

⁵⁸ Al respecto ver Resolución 314-2015/SDC-INDECOPI del 4 de junio de 2015 y Resolución 614-2014/SDC-INDECOPI del 17 de julio de 2014.

procedimental del denunciado o que se hayan declarado infundadas algunas de las imputaciones realizadas en su contra.

173. En tal sentido y en aplicación del principio de legalidad⁵⁹, la Comisión basó su decisión en lo dispuesto en la citada norma, por lo que no era necesario incluir razones adicionales a las dispuestas en la Ley. De acuerdo con lo expuesto, corresponde desestimar el argumento invocado por Entel en este extremo.
174. Por otro lado, Entel ha indicado que, de acuerdo con la naturaleza jurídica de las costas y costos, su pago deberá ser impuesto a la parte vencida. Al ser la denunciante una parte vencida en el presente caso – pues se ha declarado en parte infundada su denuncia – le correspondería pagar las costas y costos en los que ha incurrido su empresa durante el presente procedimiento.
175. Tal como ha sido desarrollado, las costas y costos que la autoridad considere ordenar dentro de un procedimiento deberá ser asumida únicamente por la parte infractora y no, como lo ha interpretado Entel, por la parte vencida.
176. En tal sentido, el hecho de que la denuncia interpuesta por América Móvil haya sido declarada en parte infundada, no la convierte en parte infractora, por lo que no le corresponderá asumir el pago de las costas y costos en los que habría incurrido Entel.
177. De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar la solicitud de costas y costos del procedimiento a favor de Entel.

Silvia Lorena Hooker Ortega
Vicepresidenta

José Francisco Martín Perla Anaya
Vocal

⁵⁹ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Los vocales Mónica Eliana Medina Triveño y Juan Espinoza Espinoza se encuentran de acuerdo con lo desarrollado precedentemente con excepción del análisis relacionado a los actos de comparación indebida en la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”. Los referidos vocales consideran que dicha campaña sí hacía alusión inequívoca e indirecta a América Móvil dentro de un contexto comparativo, el cual no se ajustaba a un contexto lícito de comparación de ofertas. En tal sentido, correspondía revocar el extremo de la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI que declaró infundada la imputación contra Entel por actos de comparación indebida y declararla fundada.

1. En el presente caso, se ha determinado que la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas” emitida por Entel, no especifica ni hace alusión, de manera directa o indirecta, a América Móvil, a otro competidor o a alguna característica que otro operador pueda haber estado brindando en el mercado durante el periodo de difusión de la referida campaña, por medio de la cual puede vincularse con el mensaje publicitado.
2. Contrariamente al pronunciamiento de la mayoría, somos de la opinión que la referida campaña publicitaria sí aludía inequívocamente, de manera indirecta, a América Móvil y, por lo tanto, se requería de un análisis sobre el presunto acto de comparación indebida imputado a Entel.
3. Dado que el acto analizado se circunscribe a una presunta comparación indebida, se debe tener en cuenta que la determinación de la alusión inequívoca en este tipo de actos no se encuentra reflejada en la intencionalidad comparativa del anunciante, sino en el resultado concreto que produce en el público consumidor. En el supuesto que el público destinatario, o una parte significativa de este, identifique a los competidores como afectados por la comparación publicitaria, existirá publicidad comparativa⁶⁰.
4. Conforme ha sido desarrollado, un sector de la doctrina estima que existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad⁶¹.
5. Un parámetro del que se vale un consumidor para definir el contenido de una publicidad es la estructura del mercado en el que esta se difunde. En efecto, la estructura y comportamiento del mercado es un elemento importante que permite identificar cuál es la empresa aludida en una publicidad, pese a que

⁶⁰ TATO PLAZA, Anxo, op cit., 1996, p. 34.

⁶¹ TATO PLAZA, Anxo. “La publicidad comparativa”. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 20-39.

en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos.

6. Otro parámetro para determinar la alusión a otro competidor consiste en el público destinatario del mensaje publicitario, en el entendido que estos tienen conocimiento de la oferta en el mercado y de sus características. Asimismo, la agresividad e intensidad con la que se presenta el mensaje publicitario es un factor que permitirá al consumidor vincular las frases difundidas con alguna(s) empresa(s) competidora(s).
7. En el presente caso, la campaña “*Entel Prepago – Súper Bolsas*” transmite el mensaje de que Entel está ofreciendo a los usuarios de telefonía móvil la posibilidad de “*desenredarse*” de los líos que presentan para comunicarse con usuarios prepagos de otras empresas. Esta posibilidad se da a través de la adquisición de un “*Super Chip*” el cual, por la compra de cualquier “*Super Bolsa*” permitirá al usuario prepago hablar S/. 0.20 el minuto con usuarios de cualquier operador.
8. Estos “líos” aludidos en la campaña están enfocados a situaciones particulares de los usuarios: (i) limitación en cuanto al saldo, ya que se consume rápido; (ii) su operadora sólo permite comunicarse en horarios restringidos; (iii) resulta costoso comunicarse con usuarios de otro operador; y, (iv) las promociones resultan ser confusas.
9. Teniendo ello en cuenta, a diferencia de la campaña “*Experiencia 4G - Entel*”, la presente campaña está haciendo referencia indirecta, con especial énfasis, a escenarios personales de los usuarios con otros operadores. Por tanto, dicha referencia aunada a otros elementos podría incentivar a que el público consumidor identifique o relacione dichas alegaciones con un competidor y/o competidores de manera concreta.
10. Con relación a la estructura del mercado, en el año 2015 – periodo en el que se difundió la campaña - la estructura del mercado de telefonía móvil estaba conformada por Telefónica, América Móvil, Entel y Viettel⁶². De acuerdo con el reporte de Líneas de Servicio por Empresa – Indicadores del Servicio Móvil de OSIPTEL, durante dicho año el mercado se encontraba conformado por:

Indicadores del Servicio Móvil de OSIPTEL - Líneas de Servicio por Empresa Año 2015	
Telefónica	52%
América Móvil	35%

⁶² Se debe tener en cuenta que la empresa Viettel entró al mercado peruano en julio de 2015.

Entel	8.99%
Viettel	3.6%

11. Como se puede advertir, si bien Telefónica gozaba de una posición predominante en el mercado, el segundo operador con mayor participación en ese segmento era América Móvil, por lo que la difusión de la publicidad alusiva a un proveedor indeterminado podría ser entendida también respecto de dicha empresa. Si bien América Móvil no era la única competidora de Entel, dada la composición del mercado se advierte que el propósito expansivo a nivel nacional de Entel constituye un elemento que conduce a considerar que en su campaña existía un propósito alusivo a la oferta de América Móvil.
12. Si bien la estructura de mercado permite desprender una alusión inequívoca a la oferta competidora de América Móvil, debe tomarse en consideración, además, que esta alusión se evalúa atendiendo a la interpretación que de los anuncios pueda efectuar los consumidores, los cuales tenían conocimiento de la composición del mercado y de los competidores que existían en dicho periodo.
13. Por otro lado, a efectos de difundir el mensaje principal de la campaña, Entel utilizó frases como *“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!”*.
14. Luego de exponer dichas frases, los anuncios publicitarios invitaban a los usuarios a *“desenredarse con Entel prepago”* ¿De qué manera? Adquiriendo un Súper Chip y comprando cualquiera de las Súper Bolsas que Entel ofrecía, lo cual les permitía comunicarse a S/. 0.20 el minuto con cualquier operador. Esta invitación presupone la existencia de un servicio que Entel está ofreciendo como solución a los problemas preexistentes que presentaban las demás operadoras en el mercado.
15. Con base en lo expuesto y atendiendo a la estructura del mercado, el mensaje principal transmitido y la agresividad e intensidad en el que el mismo fue difundido somos de la opinión que, al transmitirse la campaña publicitaria *“Entel Prepago – Súper Bolsas”* el público consumidor identificó a América Móvil como una de las operadoras del mercado que ofrecía servicios en términos enredados y confusos dentro de un contexto comparativo con Entel.
16. Ahora bien, conforme ha sido desarrollado por el voto en mayoría, la comparación de una oferta frente a otra debe darse respecto de

características objetivas y comprobables, no admitiéndose que se efectúen sobre la base de atributos subjetivos.

17. No obstante lo expuesto, las presuntas desventajas que difunde Entel sobre el servicio brindado por América Móvil se enfocan en situaciones subjetivas (poca duración del saldo, alto costo para poder comunicarse con usuarios prepago de otros operadores, confusión respecto de las promociones ofertadas). No existe un criterio unívoco de medición respecto de qué se considera como “poca duración del saldo”; “alto costo” o “confusión en las promociones”. Por lo que, cada usuario podrá determinar lo que, a su parecer, defina mejor cada una de estas desventajas.
18. En tal sentido, se concluye que parte del mensaje difundido en la campaña objeto de análisis estaba dirigido a resaltar las presuntas desventajas del servicio brindado por América Móvil con base en apreciaciones subjetivas, las cuales no se ajustan a un contexto lícito de comparación de ofertas.
19. Por otro lado, con relación a la posibilidad de adquirir un Súper Chip para comunicarse con cualquier operador a S/. 0.20 el minuto por la compra de una Súper Bolsa; dicho servicio ha sido presentado por Entel como una vía para que los usuarios puedan “desenredarse” o superar las presuntas desventajas que presentarían las demás operadoras. Teniendo ello en cuenta y en la medida que estas presuntas desventajas se enfocan en situaciones subjetivas, no resulta posible acreditar la veracidad de tal afirmación.
20. De acuerdo con lo expuesto, el acto de comparación realizado por Entel en la campaña publicitaria “*Entel Prepago – Súper Bolsas*” no contiene información verdadera al no presentar una condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad. Por lo que, carecería de relevancia determinar si el mensaje difundido fue exacto y pertinente en el fondo y en la forma, ello en la medida que, la licitud de la publicidad comparativa requiere la presencia concurrente de todos sus requisitos, hecho que no se presenta en el caso bajo análisis.
21. Por las consideraciones expuestas, nuestro voto es porque se considere que la campaña publicitaria “*Entel Prepago – Súper Bolsas*” sí hacía alusión inequívoca e indirecta a América Móvil dentro de un contexto comparativo, el cual no se ajusta a un contexto lícito de comparación de ofertas. En tal sentido, correspondía revocar dicho extremo de la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI y declararlo fundado.

Mónica Eliana Medina Triveño
Vocal

Juan Alejandro Espinoza Espinoza
Vocal

Dado que en la presente resolución se ha producido un empate en el extremo relacionado con los actos de comparación indebida en la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”, la Vicepresidenta de la Sala, en sustitución del Presidente, dada su abstención⁶³, hace ejercicio de su voto dirimente en aplicación de lo establecido en el artículo 15 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, aprobada mediante Decreto Legislativo 1033⁶⁴.

En consecuencia, mediante el presente pronunciamiento se resuelve lo siguiente:

V. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar la confidencialidad de la información proporcionada por Entel Perú S.A. mediante escrito del 13 de diciembre de 2017 referida al monto de los ingresos brutos, expresado en soles, percibidos en todas sus actividades económicas durante el año 2016.

SEGUNDO: declarar la nulidad de la Resolución s/n del 5 de agosto de 2016, emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, mediante la cual formuló la imputación de cargos contra Entel Perú S.A. por la presunta comisión de actos de denigración en las campañas publicitarias “Experiencia 4G- Entel” y “Entel Prepago – Súper Bolsas”. Asimismo, se declara la nulidad de los actos posteriores vinculados a estos extremos de la imputación de cargos, lo cual incluye la nulidad parcial de la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI.

TERCERO: confirmar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI del 6 de abril de 2016 en los extremos que:

- (i) Declaró fundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de

⁶³ Abstención aprobada mediante Resolución 0003-2012/SC1-ABSTENCIÓN.

⁶⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
Artículo 15.- De la organización de las Salas del Tribunal.-

15.1 Cada Sala del Tribunal elegirá a un Presidente y Vicepresidente por el período de un año, siendo posible su reelección. Los Vicepresidentes sustituirán a los Presidentes en caso de ausencia, recusación o abstención y, en dicha circunstancia, suscribirán las resoluciones, correspondencia y documentos correspondientes.
15.2 Cada Sala requiere la concurrencia de cuatro (4) vocales para sesionar. Aprueba sus resoluciones con tres (3) votos conformes. El Presidente de Sala tiene voto dirimente en caso de empate.
15.3 En caso de ausencia o impedimento de algún vocal de una Sala, dicho cargo podrá ser reemplazado por un vocal de otra Sala para completar el quórum necesario, a solicitud de la primera y por acuerdo de la segunda.

engaño al difundir el anuncio publicitario que indica “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G”.

- (ii) Declaró fundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. por 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.
- (iii) Declaró infundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de comparación indebida y engaño en la campaña publicitaria “Experiencia 4G-Entel”.
- (iv) Declaró infundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida y engaño en la campaña publicitaria “Entel Prepago – Súper Bolsas”.
- (v) Ordenó en calidad de medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores.
- (v) Sancionó a Entel Perú S.A. con una multa ascendente a cinco (5) UIT por haber difundido el anuncio “Huawei P7 a S/. 9 en plan de 149” sin consignar la cantidad de unidades mínimas disponibles y su duración.
- (vi) Sancionó a Entel Perú S.A. con una amonestación por haber difundido el anuncio que indica “22 provincias ya disfrutan de la mejor experiencia 4G y 3G”.
- (vii) Ordenó a Entel Perú que asuma el pago de las costas y costos incurrido por América Móvil Perú S.A.C. en el trámite del procedimiento.

CUARTO: revocar la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI del 6 de abril de 2016, en el extremo que declaró infundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. por infracción al principio de legalidad al haber difundido como parte de su campaña publicitaria “Experiencia 4G - Entel”, una promoción consistente en la adquisición de los equipos “Samsung Galaxy S6” o “Samsung Galaxy S6 Edge” que permitían acceder de manera gratuita a la aplicación “Google Play Music” sin consignar la cantidad mínima de equipos móviles disponibles; y, en consecuencia, declarar fundado dicho extremo.

QUINTO: ordenar a Entel Perú S.A.C. la medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio publicitario denominado “Experiencia 4G que solo Entel te ofrece” conteniendo la promoción consistente en la adquisición de los equipos “Samsung Galaxy S6” o “Samsung Galaxy S6 Edge”

que permitían acceder de manera gratuita a la aplicación “*Google Play Music*” durante 6 meses, o de cualquier otro de igual naturaleza, en tanto incumpla con consignar de manera clara y comprensible, el número de equipos móviles disponibles con los que se cuenta para acceder a dicha promoción.

SEXTO: sancionar a Entel Perú S.A. con la multa ascendente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por infracción al principio de legalidad al haber difundido como parte de su campaña publicitaria “*Experiencia 4G - Entel*”, una promoción consistente en la adquisición de los equipos “Samsung Galaxy S6” o “Samsung Galaxy S6 Edge” que permitían acceder de manera gratuita a la aplicación “*Google Play Music*” sin consignar la cantidad mínima de equipos móviles disponibles.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta

