

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor
Título del Trabajo Académico

“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”

Trabajo Académico para optar al título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

AUTOR

CAMPANA PÉREZ, ANUSHKA ANELL

ASESOR:

GONZALES CUCHO, JOSÉ CARLOS

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20111960

AÑO

2018

RESUMEN

En los últimos años el mercado del servicio de telefonía móvil ha experimentado cambios importantes, como hecho más significativo, se observa un alto grado de competencia, el mismo que ha guiado el desarrollo y crecimiento del mercado. La competitividad tiene como consecuencia que las empresas se encuentren ante la necesidad de ofertar un servicio diferenciado. En dicha línea, la publicidad comercial constituye como una herramienta esencial para la reducción de la asimetría informativa que existe entre los consumidores y los proveedores de bienes o servicios, procurando que los primeros tomen decisiones de consumo que se ajusten a sus intereses y necesidades. En dicho sentido, se presenta como necesario analizar 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. Para dicho fin, en un primer momento se analiza la competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones y la del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Posteriormente, se efectúa un análisis jurisprudencial de resoluciones emitidas por el INDECOPI con el objetivo de exponer los criterios utilizados para el análisis de las denuncias interpuestas, en primera instancia, ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y posteriormente analizadas por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia. Finalmente, se concluye que no existen lineamientos o guías que permiten a las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o al propio INDECOPI analizar la publicidad, por lo que, el presente trabajo busca presentar una breve guía que podrá ser de utilidad para los agentes involucrados en el mercado.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN	4
II.	EL MERCADO DE TELEFONÍA MÓVIL Y SUS PECULIARIDADES	5
	A. La intensa dinámica del mercado.....	5
	B. El rol decisivo de la publicidad en la nueva dinámica del mercado	8
	C. Contextualización y características del servicio de internet móvil en el Perú.....	12
III.	EL PRINCIPIO DE VERACIDAD Y LA PROSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS DE ENGAÑO EN MATERIA PUBLICITARIA	13
	A. Marco conceptual.....	13
	B. Análisis de la existencia de un marco normativo	15
	1. Análisis de la competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)	18
	2. Análisis de la competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual	19
	C. Breve análisis jurisprudencial.....	20
IV.	ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE CRITERIOS DE REVISIÓN: ¿CÓMO DEBEN SUSTENTARSE LOS ANUNCIOS PUBLICITARIOS?	32
V.	CONCLUSIONES.....	37

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad permite difundir a través de cualquier medio información sobre un proveedor o un producto y tiene como finalidad promover transacciones económicas por parte de los consumidores para satisfacer sus intereses. En dicha línea, la publicidad permite a una empresa del mercado de telecomunicaciones, mercado que será motivo del presente análisis con un mayor enfoque en el servicio de telefonía móvil, obtener nuevos clientes o mantener a los que ya posee.

Ahora bien, cabe cuestionarse cuál es la relación de la publicidad en el mercado telefonía móvil con el derecho. La relación es muy sencilla el mercado de telecomunicaciones actualmente posee un alto nivel de penetración de telefonía móvil, es decir, el mercado peruano registra un alto grado de competitividad. De modo que, este alto grado de competitividad genera que las empresas se vean en la necesidad de presentar un servicio que se diferencie del resto, por ello, en la actualidad las empresas buscan obtener algún tipo de reconocimiento que les permita demostrar sus características particulares y más resaltantes.

El alto grado de competitividad no solo generará que las tarifas de telefonía celular se reduzcan sino que las empresas publiciten, entre otras cosas, mejor tecnología y con ello mejor velocidad. Pero, ¿cómo publicitar mejor tecnología? Pasaremos a dar un ejemplo del tipo de publicidad que será motivo de análisis:

“tú qué harías con el **internet móvil más rápido del Perú**” (el resaltado es nuestro)

La frase previamente indicada nos lleva a analizar si existe información que permite verificar la presunta comparación realizada por el operador en este caso. Lo que sucede muchas veces en la realidad es que las empresas prestadoras de servicios de telecomunicaciones suelen utilizar a empresas certificadoras, quienes se encargan de hacer las mediciones que luego servirán de sustento para sus avisos publicitarios.

Sin embargo, cabe preguntarse si los resultados emitidos por las aplicaciones, estudios o informes de las empresas certificadoras o las mismas empresas operadoras son

técnicamente idóneos para determinar la superioridad de una red o servicio sobre otro y si existen guías o lineamientos de cómo deberá analizarse a nivel de la entidad competente, en este caso el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, “INDECOPÍ”), los avisos publicitarios.

En dicho sentido, el presente documento tendrá como objetivo analizar la existencia de guías o lineamientos para el análisis de avisos publicitarios en el ámbito del servicio de telefonía móvil y en el defecto de ellas pretenderemos establecer algunos lineamientos que podrían permitirle a las empresas operadoras o al entidad competente tener en consideración cuando se encuentren ante dicha publicidad.

II. EL MERCADO DE TELEFONÍA MÓVIL Y SUS PECULIARIDADES

A. La intensa dinámica del mercado

El modelo ideal de mercado sería uno con competencia perfecta, donde las empresas tienen costos mínimos de producción y maximizan sus beneficios, mientras que los consumidores adquieren los productos o servicios a bajos costos, maximizando su bienestar.

Una de las características más resaltantes de un mercado con competencia perfecta, a efectos del presente documento, reside en la falta de publicidad en el mercado. De tal modo que si un agente efectúa publicidad el mercado deja de ser perfecto¹ debido a que se presenta una forma para influir en los precios y en las decisiones de los consumidores.

Por mucho que algunos, quizás, anhelan la existencia de un mercado con competencia perfecta, dicho concepto vive sólo en el mundo de la teoría económica y no tiene asidero en la realidad. La mayoría de mercados están caracterizados por alguna forma de competencia imperfecta en el que las empresas buscan obtener más beneficios y un mayor posicionamiento en el mercado.

¹ Visto en:

https://www.pucv.cl/uuaa/site/artic/20171106/asocfile/20171106091233/0 teoria_y_derecho_de_la_competencia_v2.pdf

En los últimos años el mercado del servicio de telefonía móvil ha experimentado cambios importantes. En primer lugar, y como hecho más significativo, se observa un grado importante de competencia, el mismo que ha guiado el desarrollo y crecimiento del mercado.

En el Perú la penetración y cobertura del servicio de telefonía móvil han crecido de forma acelerada y continua durante los últimos años, siendo que dicho servicio ostenta la mayor cobertura y el mayor número de usuarios.

Sobre el particular, debemos indicar que se han producido fusiones en el mercado de telecomunicaciones, así como el ingreso al mercado de nuevas marcas de telefonía móvil, situaciones que han tenido efecto sobre la competencia, la misma que a su vez se ha visto reflejada en campañas publicitarias agresivas.

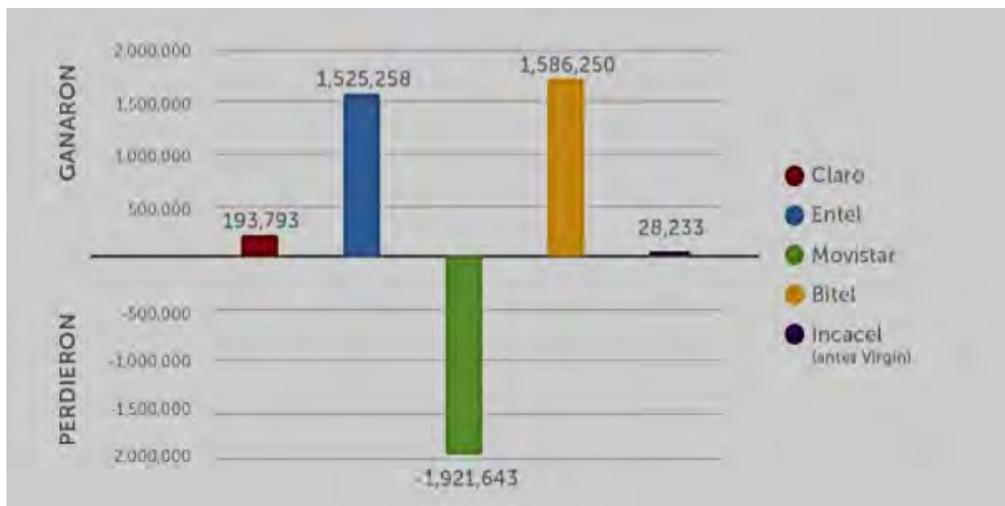
Ahora bien, conforme lo indica el Reporte Estadístico emitido por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, "OSIPTEL")² *"las estrategias desplegadas por las empresas operadoras de telefonía móvil y la actividad reguladora y normativa del OSIPTEL para promover la competencia, han permitido desconcentrar el mercado en niveles nunca antes alcanzados. Al cierre de 2017, Entel y Bitel obtuvieron una participación conjunta del 29.8% del mercado móvil, reduciendo así en 7% la de Telefónica y Claro"*.

Adicionalmente, la referida entidad³ ha indicado que el mercado de telefonía móvil ha alcanzado un nuevo récord de 39 millones 131 mil 588 líneas en el año 2017 y un índice de concentración de 2,913, el más bajo jamás alcanzado.

² Visto en: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/reporte-estadistico_feb2018/files/assets/basic-html/index.html#1

³ Visto en: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/reporte-estadistico_feb2018/files/assets/basic-html/index.html#1

Tras lo indicado y a modo de proveer una imagen de cómo se encontraba el mercado del servicio de telefonía al 2017, presentamos un gráfico que contiene las líneas que ganaron o perdieron las empresas operadoras:



En la línea de lo indicado, las líneas celulares podrían superar las 24 millones al finalizar el año⁵.

Según el OSIPTEL, se “han registrado mejoras en los niveles de competencia de la industria de telecomunicaciones. Las empresas presentan constantes incrementos en los atributos incluidos en sus planes en internet móvil (mayor capacidad de datos) y fijo (mayores velocidades)”⁶.

En relación a lo expresado, la telefonía móvil deberá ser considerada como uno de los servicios de mayor importancia para la sociedad, toda vez que gracias a su expansión se han reducido brechas de acceso, ahora aquellas personas ubicadas en lugares alejados de la capital puede tener acceso a información de forma muy rápida por medio de su teléfono móvil.

⁴ Gráfico obtenido de: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/reporte-estadistico_feb2018/files/assets/basic-html/index.html#2

⁵ Visto en: <https://archivo.gestion.pe/noticia/340274/telefonía-movil-alcanza-penetración-80-nivel-nacional?ref=gesr>

⁶ Visto en: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/not/np-telefonía-movil-supera-40-millones-lineas/files/np-telefonía-movil-supera-40-millones-lineas.pdf>

Las situaciones previamente descritas pueden llegar a ser consideradas como positivas en la medida que generan, de cierta forma, beneficios a los consumidores a razón de que cuentan con un mayor número de ofertas y con ello mejores precios y beneficios.

Actualmente, el mercado se caracteriza por la presencia de una pugna constante por la preferencia de los consumidores, lo que genera o puede generar que se pretenda captar la preferencia por medios ilícitos como podrían ser el engaño y la confusión a través la publicidad.

Pese a los beneficios que produce la publicidad en el mercado de telecomunicaciones se debe tomar en consideración que la incorrecta utilización de la misma, puede afectar a la sociedad que interactúa en el mercado. Ante ello parece necesaria la existencia de regulación que asegure el funcionamiento correcto del mercado.

B. El rol decisivo de la publicidad en la nueva dinámica del mercado

Volvamos a pensar en el consumidor y en cómo toma conocimiento en la realidad sobre las ofertas en el mercado. La respuesta es muy simple, a través de la publicidad, y/o estrategias de fidelización de clientes. Aquí indicamos que cuando hablemos de publicidad nos estaremos refiriendo a aquella efectuada en cualquier medio sea televisión, internet, radio, etc.

Al respecto, parece oportuno indicar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, "LRCD"), aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1044, protege y analiza la publicidad comercial, la misma que de acuerdo al artículo 59 inciso d) se encuentra definida como:

"(...) toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para

satisfacer sus intereses empresariales (...)”.

De esta forma, la publicidad comercial es toda forma de comunicación realizada al público que procura fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores.

Ahora bien, según lo señalado por el INDECOPI⁷ para que una forma de comunicación constituya publicidad comercial deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que se trate de una comunicación dirigida a un público de potenciales consumidores y (ii) que la comunicación tenga como propósito o por efecto fomentar en el destinatario del mensaje el consumo de los bienes o la contratación de los servicios anunciados.

De las líneas previamente esbozadas y de la definición reconocida por la mencionada Ley se desprende que la publicidad posee un papel sumamente relevante en la transferencia de información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

De esta forma como lo indica NODA YAMADA la aludida definición “*reconoce implícitamente su trascendente función en la transparencia del mercado, y se evidencia la necesidad de que la publicidad no sea vehículo de distorsión informativa respecto de las ofertas en el mercado*”⁸.

Sobre al particular, en una economía social de mercado, la actividad publicitaria es uno de los principales mecanismos con el que cuentan los agentes económicos para competir, en la medida que por medio de ella pueden dar a conocer sus ofertas y persuadir a los consumidores para que adquieran sus bienes o servicios.

Entonces, uno de los roles de dicha figura reside en la finalidad de influenciar en las decisiones de consumo. De este modo, el interés del emisor de la publicidad se localiza en la promoción, sea indirecta o directa, de la contratación.

⁷ Visto en: <https://www.indecopi.gob.pe/web/fiscalizacion-de-la-competencia-desleal/-/que-tipo-de-publicidad-supervisa-la-comision-?inheritRedirect=true>

⁸ NODA YAMADA, Carlos Ramón. “Libertad de expresión, competencia y publicidad: consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa”. Revista Ius et Veritas. N° 27, 2005. Lima.

De manera paralela, el INDECOPI⁹ ha indicado que debe evitarse que, por medio de la publicidad “*se afecte o limite el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y/o el derecho a la información de los consumidores*”. Al respecto, debemos indicar que la publicidad juega un papel fundamental en el mercado en la medida que pone a disposición de los consumidores información sobre los bienes y servicios disponibles, así como de los proveedores existentes.

En dicha línea, la publicidad comercial se instituye como una herramienta esencial para la reducción de la asimetría informativa que existe entre los consumidores y los proveedores de bienes o servicios, procurando que los primeros tomen decisiones de consumo que se ajusten a sus intereses y necesidades.

Por lo tanto, es inevitable manifestar que la publicidad comercial emerge como un elemento fundamental para que nuestro sistema económico funcione adecuadamente.

Por su parte, el mercado de telecomunicaciones ostenta diversas estrategias de competencia que se modifican constantemente a medida que se intensifica el mercado, por lo tanto, los consumidores y potenciales consumidores se encuentran expuestos de forma continua a cambios.

La dinámica del mercado puede verse reflejada en las constantes compañías publicitarias que actualmente abarrotan los diferentes medios de comunicación. De esta forma, se observa cómo un operador ofrece un servicio o producto con determinadas características y otro u otros ofrece(n) un producto o servicio muy parecido pero con alguna característica o promoción adicional, constituyéndose una intensa lucha entre las empresas operadoras.

La mencionada disputa beneficia, en cierta forma, al consumidor debido a que los proveedores pueden anunciar sus servicios, ofreciendo la combinación más llamativa, ya sea a nivel de costos o de características de los servicios o productos.

⁹http://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1

Como se han indicado MAGUIÑA y SOSA, “los anunciantes utilizan en su publicidad diversos tipos de alegaciones y afirmaciones de tipos altisonantes, exagerados, excluyentes, acompañados de humor y fantasía con la finalidad de promocionar los productos o servicios que ofertan pues se busca provocar un gran impacto en el público destinatario para hacerse notar entre la multitud de competidores”¹⁰.

Asimismo, Sosa¹¹ enuncia que serán la publicidad de tono excluyente y la publicidad comparativa, las que transmiten como información una que oferta presenta una ventaja frente a las de sus competidores.

Por otro lado, consideramos que la publicidad también debe ser entendida como una barrera la entrada, en la medida que termina siendo una condición que impide, restringe o la entrada a un mercado¹². Sobre el particular consideramos que sin publicidad no es posible la subsistencia o crecimiento en el mercado subsistes, debido a que el consumidor tendría menos posibilidades de obtener información sobre el servicio y las ofertas de los operadores.

En dicho contexto, resulta indudable que la publicidad comercial es un elemento fundamental para que nuestro sistema económico funcione adecuadamente.

Adicionalmente, somos de la opinión que la publicidad comercial da lugar a la existencia de una constante guerra de campañas, en la creencia que la publicidad tiene un enorme efecto sobre el consumidor, quien en muchas ocasiones toma como referencia los avisos publicitarios para adquirir algún producto o, en el caso del mercado del servicio de telefonía móvil, para la elección entre una empresa operadora u otra. Debe tener presente que la publicidad posee una poderosa fuerza de persuasión.

¹⁰ MAGUIÑA PARDO, Ricardo y SOSA HUAPAYA, Alex. “El mejor del Perú”: ¿exageración publicitaria o engaño? escoja usted”. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10, Pág. 4.

¹¹ SOSA HUAPAYA, Alex. Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). Revista Derecho & Sociedad. 2017

¹² http://biblio3.url.edu.gt/Libros/2012/org_indu/5.pdf

C. Contextualización y características del servicio de internet móvil en el Perú

El servicio de internet móvil se encuentra dentro la categoría de los servicios públicos, los mismos que constituyen una categoría especial de servicios cuya provisión pretende satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos, e impulsar el desarrollo de la sociedad, su suministro debe estar garantizada por el Estado.

Los servicios esenciales, como el de telecomunicaciones, han sido administrados por el Estado en el pasado. Con el devenir del tiempo, el desarrollo del mercado y la evidente incapacidad del Estado para administrar el servicio eficientemente, la actividad pasó a ser prestada por el sector privado.

El mercado de las telecomunicaciones se revela como uno de los más importantes para los consumidores, su masividad puede encontrarse sustentada en el papel que desempeñan las comunicaciones en la vida diaria de los peruanos.

Como ha sido indicado previamente el servicio de internet móvil en nuestro país ha alcanzado un alto nivel de penetración a nivel nacional. El dinamismo en el mercado de internet móvil se refleja en la evolución de la tecnología y ofertas que ofrecen las operadoras de telecomunicaciones a los usuarios.

Así, por ejemplo, si se analizan superficialmente las ofertas del mercado parecería ser que los operadores del mercado de telecomunicaciones han arribado a la conclusión que uno de los factores que es determinante en la elección de una empresa opera y otra, será la cantidad de megabytes que se ofrecen.

Adicionalmente, en el mercado actual la mayoría de ofertas vienen acompañadas de la oferta de una mejor cobertura o mayor velocidad del servicio. Resaltamos que para ofrecer éstos últimos es necesario que las empresas operadoras desarrollen sus infraestructuras.

El mercado de telecomunicaciones es un mercado dinámico, donde las empresas proveedoras del servicio actualizan constantemente sus ofertas en atención a la nueva tecnología que presentan sus servicios y productos.

Tras lo indicado, si se analiza el desempeño del mercado del servicio de internet móvil en nuestro país, puede observarse que existe: (i) competencia por incrementar la cobertura a nivel territorial, ii) competencia por mejoras en la tecnología; y, iii) una ligera eficiencia dinámica, en la medida que son los propios agentes quienes que buscan presentar mejores beneficios. Ante ello, obtenemos un mercado con un gran grado de competencia.

Podría sonar, quizás, un tanto apresurado pero la realidad parece demostrarnos que es el propio mercado quien define, por medio de las preferencias de los usuarios, qué agentes económicos “captan” y cuáles “pierden” de acuerdo a la calidad, velocidad y mejores ofertas de servicios.

En un mercado como el del servicio de internet móvil, la competencia es provechosa para los ciudadanos, dado que a en atención ésta los agentes brindan mejores servicios y productos (como sería el caso de los teléfonos móviles de alta gama) a menores costos, menores precios, ofreciendo mayor información y mejor calidad.

III. EL PRINCIPIO DE VERACIDAD Y LA PROSCRIPCIÓN DE LOS ACTOS DE ENGAÑO EN MATERIA PUBLICITARIA

A. Marco conceptual

El principio de veracidad publicitaria, impide inducir a error a los consumidores mediante la difusión de publicidad comercial. El mencionado principio no determina el tipo de información que deberá difundirse en un anuncio publicitario. En dicho sentido, no establece un deber de informar de forma detallada, sino que establece la prohibición de no engañar.

Este principio, no prohíbe formas de publicidad sino que se enfoca en el contenido del mensaje que transmite la publicidad, ello con el objetivo de evitar la inducción a error

sobre aquello que es ofertado.

El aludido principio establece que “las afirmaciones o mensajes publicitarios deben respetar la verdad y evitar que se deformen los hechos o que se induzca a error a los destinatarios del mensaje, a los eventuales consumidores de los productos o servicios promovidos o al público en general (...), las normas que exigen el cumplimiento del principio de veracidad en materia publicitaria protegen además del interés de los consumidores, a los propios anunciantes, ya que cuando una empresa trata de convencer al público, mediante alegaciones publicitarias que envuelven cuestiones contrarias a la verdad, para que adquiera sus productos o contrate sus servicios, está ejerciendo en cierta forma una competencia desleal”¹³.

Al respecto, STUCCHI ha señalado que “El principio de veracidad recae únicamente sobre aquellas afirmaciones o imágenes que son capaces de comunicar datos verificables, mensurables o comprobables. Este principio, en consecuencia, recae únicamente sobre atribuciones objetivas respecto de alguno de los aspectos de la oferta o transacción que se presenta en publicidad. Por esta razón exige que el anunciante sea siempre capaz de probar los datos objetivos que presenta su mensaje”¹⁴.

De ahí que, se deba contar de manera previa con las pruebas que sustenten la veracidad de los mensajes con el objetivo de garantizar un correcto ejercicio de la libertad de comunicación a nivel comercial¹⁵.

Lo que se busca es resguardar el ejercicio de la libertad de comunicación comercial, por medio de la imposición de la obligación de recabar la información que respalde el contenido de las afirmaciones o datos contenidos en los avisos publicitarios.

¹³ HUNG VAILLANT, Francisco. La Regulación de la actividad publicitaria. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1982. Pág. 80.

¹⁴ STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. “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, 2007.

¹⁵ ARAMAYO, Abelardo; GAGLIUFFI, Ivo; MAGUIÑA, Ricardo; SOSA, Alex; y, STUCCHI LOPEZ, Pierino. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. INDECOPI, Lima, 2013, Pp. 97-98.

Por lo tanto, el Principio de Veracidad sólo es aplicable y exigible a la publicidad objetiva y comprobable. Ante lo cual, con el objetivo de cumplir con el referido principio es necesario que los elementos que constituyen el mensaje publicitario ostenten una carga objetiva, es decir, deberán de contener una base comprobable (fáctica o científica).

Es relevante indicar que tampoco es factible que se pueda afirmar que el ofertante o anunciante ostenten una libertad de expresión ilimitada. Lo que sucede es que los anuncios deben ser sometidos a las exigencias mínimas del principio de veracidad, vale decir, que el mensaje que se pretenda difundir debe ser verificable y comprobable. De esta forma, se suprimen los anuncios que puedan inducir a error a los consumidores, ya sea directa o directamente.

Las afirmaciones que se difunden por medio de los anuncios publicitarios influyen en las decisiones de consumo. Por ello, los agentes tienen la obligación de contar, de forma previa al inicio del lanzamiento del aviso publicitario, con el sustento que le permita probar que las características atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios publicitados. Por ello, lo que se busca mediante la aplicación del principio de veracidad es que no se genere en los destinatarios una idea errónea en base a la cual determine su comportamiento. Ello en la medida que la publicidad tiene como uno de sus objetivos ser un mecanismo de información en el mercado.

El principio es de utilidad para dilucidar cuando un mensaje publicitario no respeta la verdad, y deforma la realidad de las cosas, convirtiéndose de este modo en uno de los principios más importantes de la publicidad. Es por ello que, ante el incumplimiento del principio de veracidad se sancionará al anunciante.

B. Análisis de la existencia de un marco normativo

En nuestro país la normativa referida a publicidad es regulada a través de dos vías. La primera se encuentra relacionada con la protección de las afectaciones individuales de los intereses de los consumidores por medio de la normativa referida a la protección al

consumidor y la segunda referida a la supervisión general de la publicidad, contenida en la legislación de represión de la competencia desleal. Esta última no requiere la acreditación de alguna afectación individual debido a que bastara con la potencialidad de daño.

En muchas ocasiones se ha subestimado la verdadera importancia de la actividad publicitaria y se generan excesos – ya sea por aprovechamiento, confusión o simple desconocimiento – en su ejercicio. Es ante dichos excesos que surge la necesidad de regulación, es indiscutible que la correcta aplicación de la legislación en materia publicitaria por parte de la autoridad administrativa y parte de los agentes que se desarrollan en el mercado resulta de vital importancia para que la actividad no se desvíe de su auténtica función.

En dicha línea, en nuestro país, la actividad publicitaria se encuentra regulada a nivel legal por la Ley de Represión de la Competencia, aprobada Decreto Legislativo N° 1044 y por los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad comercial, aprobados mediante Resolución N° 001-2016-LIN-CD1/INDECOPI.

Por su parte, el Código de Protección y Defensa del Consumidor en su artículo 12 referido a la protección del consumidor frente a la publicidad, reafirma que la publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo N° 1044.

La norma previamente citada, en lo referido a la protección al consumidor frente a la publicidad, en el artículo 13 establece que la protección tiene como objetivo salvaguardar a los consumidores de la asimetría informativa en la que puedan encontrarse y de la publicidad engañosa o falsa.

El Estado permite a los anunciantes elegir la información que formará parte de sus avisos, siempre que no induzcan a error a través de éstos. Por lo tanto, Desde un primer análisis parecería ser que no existen mayores criterios que los indicados en el acápite anterior referidos al principio de veracidad. Recordemos de dicho principio solo se aplicará a

afirmaciones objetivas, es decir, aquellas que sean verificables.

Aunque la Constitución garantiza la libertad de empresa, los proveedores deben ejecutar sus operaciones cumpliendo con el marco regulatorio establecido, en este caso consistirá en cumplir con el principio de veracidad, y con las normas de defensa de la competencia.

El marco constitucional actual tiene como guía base la idea de la liberalización de la economía, hecho que supone que el Estado interviene como ente regulador en el mercado para garantizar que los agentes se desenvuelvan en el límite de lo permitido por la norma constitucional y por las normas especiales aplicables, y que, adicionalmente, desarrollen su actividad respetando el régimen de libre competencia. Ello con la finalidad de asegurar que el mercado funcione eficientemente y que los consumidores se beneficien.

La regulación de la publicidad no se opone a la libertad de las empresas sino que busca que ésta libertad no se practique afectando o limitando el adecuado funcionamiento del mercado.

Cuando el contenido de la publicidad sobrepasa los límites del principio de veracidad y pasa a tener una incidencia directa en el buen funcionamiento del mercado es necesaria la intervención del regulador para garantizar el cumplimiento de los principios básicos de libre competencia y protección de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, si analizamos el mercado de telecomunicaciones, en especial en el servicio de internet móvil, descubrimos que podrían presentarse mayores inconvenientes en el análisis de los avisos publicitarios. Ello en la medida que, en muchos casos, las afirmaciones publicitarias se encuentran referidas a temas técnicos que no sólo pueden generar confusión en el consumidor sino alterar el mercado.

En atención a lo indicado, es claro que la regla general consiste en que los agentes del mercado se desarrollen en el marco de las libertades constitucionales, siempre dentro de los límites del principio de veracidad. No obstante, existen supuestos en los cuales el

Estado deberá intervenir mediante la regulación para corregir determinadas conductas.

Como se ha sido indicado en el caso del mercado de telecomunicaciones nos encontramos ante un mercado con características particulares, no solo desde un aspecto legal (por ejemplo, que se encuentre relacionado con actividades esenciales), sino desde el punto de vista técnico y de la propia dinámica del mercado.

Ante ello, se han creado entidades para regular ciertos comportamientos, para el caso la publicidad en el marco del servicio de internet móvil pacerían encontrarse involucradas dos entidades. Por ello, con la finalidad de verificar sus competencias pasaremos a examinar a dichas entidades.

1. Análisis de la competencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)

El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) es un organismo técnico especializado del Estado Peruano que regula y supervisa el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones; y vela por los derechos del usuario.

Por su parte, el OSIPTEL ejerce las siguientes funciones: i) supervisora, ii) reguladora, iii) normativa, iv) fiscalizadora y sancionadora, v) de solución de controversias, y vi) de solución de reclamos de usuarios.

El OSIPTEL, como ente regulador del mercado de las telecomunicaciones, tiene entre sus funciones la vigilancia del servicio ofrecido a los usuarios para de esta forma garantizar una adecuada protección de los intereses de los agentes involucrados.

No obstante, no se encuentra dentro de la lista de sus funciones la fiscalización en temas de publicidad, ello en la medida que dicha función se encuentra reservada de forma exclusiva para una autoridad administrativa diferente, como será la que analizaremos a continuación.

Sin embargo, consideramos que debido a la naturaleza de los servicios de

telecomunicaciones el OSIPTEL podría tener un rol importante, ello debido a su calidad de organismo técnico especializado.

La publicidad en el sector de telecomunicaciones al estar referida, en la mayoría de casos, a información de corte técnico (como por ejemplo, referencias a la tecnología 3G y 4G) puede hondar la brecha de desigualdad en el manejo de la misma – reconocida como Asimetría Informativa –, de tal forma que aun el consumidor razonable puede llegar a tomar una decisión de consumo en base a información no veraz, errada o incompleta.

Lo previamente mencionado, debería obligar al regulador del sector de telecomunicaciones a tomar en cuenta el poder que tiene las empresas proveedoras de servicios de telecomunicaciones sobre la información que brindan por medio de su actividad publicitaria.

Por lo tanto, si bien por temas de competencia el OSIPTEL no puede fiscalizar puede ayudar a la entidad competente a que comprenda mejor el contenido de la publicidad. Las competencias parecen estar delimitadas pero la particularidad de los servicios de telecomunicaciones debe motivar que exista un vínculo entre OSIPTEL y INDECOPI, con la finalidad de que la fiscalización de la actividad publicitaria se produzca en mejores condiciones.

2. Análisis de la competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

El Estado peruano posee organismos constitucionalmente autónomos y especializados, como es caso del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Resulta importante advertir que el INDECOPI es una institución particular, puesto que tiene diversas competencias agrupadas. Siendo esto así, el artículo 45 del Reglamento de

Organización y Funciones del INDECOPI¹⁶, establece que:

“La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal vela por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores”.

En dicha línea será la autoridad competente para evaluar de forma posterior la actividad publicidad será el INDECOPI a través de Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal. Dicha evaluación será desarrollada de forma integral y superficial conforme lo establece el artículo 21 de la LRCD.

Por su parte, el artículo 17 del Código de Protección y Defensa del Consumidor ha determinado que la Comisión previamente referida **“es la autoridad encargada en forma exclusiva y excluyente para conocer en primera instancia la verificación del cumplimiento de las normas que regulan la publicidad en protección del consumidor”** (El resaltado es nuestro).

Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que es factible que el INDECOPI pueda solicitar opinión del organismo técnico especializado en materia de telecomunicaciones.

C. Breve análisis jurisprudencial

Luego de presentar el marco contextual y teórico de la publicidad en materia de los servicios de telecomunicaciones consideramos importante tomar algunos casos que guardan relación con el presente documento y que tendrán aplicación práctica posterior.

Las resoluciones presentadas a continuación procuran exponer los criterios utilizados por el INDECOPI para el análisis de las denuncias presentadas, en primera instancia, ante la

¹⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2009-PCM y modificado mediante Decreto Supremo N° 107-2012-PCM.

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y posteriormente analizadas por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

- Primer caso de análisis:

Resolución N°	0073-2018/SDC-INDECOPI
Resumen	<p>El caso inicia el 9 de marzo de 2016, cuando Telefónica del Perú S.A.A. denunció a Entel Perú S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, acto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.</p> <p>De acuerdo a Telefónica, Entel habría difundido una campaña publicitaria que inducía a error a los consumidores respecto de las características reales de los servicios que brinda en el mercado. En dicha línea, la empresa denunciante indica que se habrían tergiversado y distorsionado los resultados de una evaluación realizada por la empresa Open Signal para promocionarse como el supuesto operador móvil 4G LTE con mejor velocidad y cobertura del país.</p> <p>Tras el análisis correspondiente, mediante la resolución emitida por la Sala se confirma la Resolución N° 210-2016/CD1-INDECOPI del 14 de septiembre de 2016 en el extremo que declaró fundada la imputación realizada contra Entel Perú S.A. en atención a que no acreditó la veracidad de los siguientes mensajes:</p> <p>a) Mensaje de la campaña publicitaria: <i>“Open Signal ha reconocido a Entel como el operador 4G LTE con mayor velocidad y mejor cobertura del país, lo cual puede ser corroborado en el estudio realizado</i></p>

	<p><i>por Open Signal entre octubre y diciembre de 2015 y comprobado por los usuarios mediante la app de la misma empresa”.</i></p> <p>b) Mensaje contenido en el anuncio del diario El Comercio que forma parte de la campaña publicitaria: <i>“15 millones de peruanos habrían descargado la app de Open Signal y se habrían sometido a una medición de velocidad y cobertura verificando que Entel cuenta con la mayor velocidad y mejor cobertura del país”.</i></p>
<p>Criterios de análisis de los anuncios (INDECOPI)</p>	<p>En la resolución la Sala ha indicado lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Las campañas publicitarias se analizan en conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman y teniendo en consideración el mensaje principal de la campaña publicitaria. 2. Una campaña publicitaria se encuentra constituida por anuncios difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, a través de diversos medios de comunicación, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal. Por lo que, un anuncio publicado en otro medio que contiene información adicional deberá ser analizado de forma integral y superficial. 3. Conforme al deber de sustanciación previa, el anunciante debe presentar los medios probatorios que acrediten que antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o potencialmente ciertas.

	<p>4. En relación al uso estudios elaborados por Open Signal ha indicado que no se ha encontrado que cuenten con el detalle suficiente - la ficha técnica de recolección de datos que señale la cobertura geográfica, periodo, diseño, margen de error o nivel de confianza¹⁴ - que permita afirmar que a partir de los datos recogidos por la app de Open Signal en cada uno de los móviles sometidos a prueba, sea posible realizar una inferencia a nivel de país.</p> <p>5. Los estudios no detallan el número de dispositivos que fueron considerados para el territorio peruano. Al respecto, se resalta que si bien los estudios estadísticos se realizan sobre la base de muestras, éstas deben ser representativas respecto de su población.</p> <p>6. No basta contar con un estudio que acredite la información sino que este deberá ser idóneo para para acreditar la veracidad de la afirmación difundida.</p>
--	--

- Segundo caso de análisis:

Resolución N°	0059-2018/SDC-INDECOPI
Sumilla	<p>El 27 de septiembre de 2016 Entel Perú S.A. interpuso una denuncia contra Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, acto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.</p> <p>De acuerdo a Entel Perú S.A., Telefónica habría difundido una campaña publicitaria denominada “La mejor red” a través de: (a) un anuncio en televisión y redes sociales, así como (b) una publicidad en su página web; mediante</p>

	<p>la cual transmitía el mensaje de que tendría la mejor red por contar con la mejor velocidad y cobertura 4G a nivel nacional.</p> <p>Sobre el particular, la empresa denunciante indica que de acuerdo con un informe elaborado por la empresa Open Signal, correspondiente al período comprendido entre el 1 de enero al 31 de marzo de 2016, Entel sería el operador que cuente con la mayor velocidad de internet 4G, así como la mayor cobertura de la red 4G en el país. Por lo que, Telefónica habría difundido anuncios publicitarios con información falsa.</p> <p>Luego del análisis correspondiente, la Sala confirma la Resolución N° 057-2017/CCD-INDECOPI del 28 de junio de 2017, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por Entel Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, a través de la campaña publicitaria denominada “La Mejor Red”, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.</p> <p>Sobre el particular, la Sala considera que de la evaluación de los anuncios que conforman la campaña publicitaria, se desprende que la misma no transmite el presunto mensaje infractor denunciado por Entel del Perú S.A.</p>
<p>Criterios de análisis de los anuncios (INDECOPI)</p>	<p>En la resolución la Sala ha indicado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El análisis de los avisos publicitarios se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje

	<p>publicitario, considerando el referido mensaje en su conjunto.</p> <p>2. En cuanto a la primera afirmación, “velocidad movistar”, esta frase únicamente hace referencia, de forma genérica, al hecho de que el servicio ofrecido tiene como característica, una velocidad propia del operador (Movistar), lo cual es presentado como un atributo positivo. Sin embargo, no contiene alguna afirmación o imagen que transmita el mensaje que la referida “velocidad movistar” sea “la más rápida del país”, tal como lo formuló Entel en su denuncia.</p> <p>3. La mención a la “velocidad movistar” en los anuncios evaluados que componen la campaña cuestionada, carece de algún elemento o parámetro que permita desprender un mensaje comprobable del mismo, por lo tanto, no presenta un carácter objetivo ante los consumidores.</p> <p>4. Asimismo, la frase “la mejor red” está expresada de forma genérica, sin que se determine cuál es el elemento o característica que la convertiría en la mejor.</p>
--	---

- Tercer caso de análisis:

Resolución N°	0030-2018/SDC-INDECOPI ¹⁷
Sumilla	El 7 de julio de 2015 América Móvil Perú S.A.C. denunció Entel Perú S.A. 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, así

¹⁷ Para efectos del presente trabajo sólo se hará referencia aquellos puntos vinculados al objeto del presente trabajo.

	<p>como por infracción al principio de legalidad contenido en el literal f) del numeral 17.3 del artículo 17 de la referida ley.</p> <p>De acuerdo a América Móvil, Entel habría difundido dos campañas publicitarias denominadas “Experiencia 4G – Entel” y “Entel Prepago – Super bolsas” que inducirían a error a los consumidores respecto de los beneficios que ofrecería la denunciada de forma exclusiva, cuando ello no sería cierto.</p> <p>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 engaño.</p> <p>Asimismo, Entel habría incurrido en la 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. Sin embargo, 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.</p> <p>Luego del análisis correspondiente, la Sala confirma la Resolución 074-2016/CD1-INDECOPI en los extremos que declararon fundada las siguientes imputaciones contra Entel Perú S.A.:</p> <ul style="list-style-type: none">a. Actos de engaño al difundir el anuncio que indica
--	---

	<p>“22 provincias ya disfrutaban de la mejor experiencia 4G y 3G”, toda vez que la imputada no contaba con dicha cobertura.</p> <p>b. 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”.</p>
<p>Criterios de análisis de los anuncios (INDECOPI)</p>	<p>En la resolución la Sala ha indicado:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 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. 2. La publicación de avisos de Fe de Erratas reconociendo y subsanando los errores incurridos, ello no es eximente de responsabilidad pero si será analizado al momento de la graduación de la sanción. 3. El Principio de Veracidad no es absoluto la norma de Competencia Desleal limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que estemos frente a publicidad que transmita un mensaje objetivo. 4. Será 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

	<p>unívoco.</p> <p>5. En el presente caso, la Sala reafirmo lo indicado por la Comisión en lo referido a 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.</p>
--	---

- Cuarto caso de análisis:

Resolución N°	0170-2018/SDC-INDECOPI
Sumilla	<p>El 20 de 2018 julio Telefónica del Perú S.A.A. presenta una denuncia contra Entel Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.</p> <p>De acuerdo a Telefónica, Entel habría difundido una campaña publicitaria, anunciando que sería la empresa que presta el servicio de telefonía móvil con el internet más rápido del Perú. Sin embargo, según Telefónica, dicho mensaje estaría sustentado en dos presuntos premios otorgados por la empresa Ookla - que utiliza la herramienta “Speedtest” - y la empresa Open Signal - que utiliza una herramienta bajo el mismo nombre – que contendrían información falsa debido a que los resultados obtenidos por dichas empresas no constituyen premios.</p>

Adicionalmente, la denunciante indicó que el presunto premio otorgado por Ookla ha sido sustentado mediante un texto en inglés publicado en el portal web de Entel. Sin embargo, la existencia de dicho texto no acredita el premio otorgado.

En el presente caso, debe resaltarse la participación del OSIPTEL quien indicó que:

- La Gerencia de Fiscalización y Supervisión no ha realizado algún estudio o análisis que permita determinar cuál es el operador de telecomunicaciones con el servicio de Internet Móvil de mayor velocidad en el mercado peruano.
- Con relación al análisis o estudio realizado por el aplicativo "*Speed Test (Ookla)*", se aprecia que existen restricciones en su metodología que harían que sus resultados y representatividad sea limitada, pues estarían enfocados únicamente en las mediciones de velocidad de descarga para la tecnología 4G LTE con los valores más altos.

Por su parte, la Comisión sustentó su decisión indicando que OSIPTEL habría reconocido que Entel tendría una supremacía en cobertura 4G LTE.

La Sala, luego de análisis correspondiente, revoca la Resolución 022-2017/CCD-INDECOPI del 29 de marzo de 2017 que declaró infundada la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Entel Perú S.A. y la declara fundada en la medida que Entel no ha podido acreditar la veracidad de los siguientes mensajes:

	<ul style="list-style-type: none"> a. Mensaje unificador de la campaña publicitaria destinado a destacar que Entel brindaría el servicio de telefonía móvil con el internet más rápido del Perú. b. Mensaje contenido en determinados anuncios que conforman la campaña publicitaria, los cuales indican que Entel brindaría el servicio de telefonía móvil con la red 4G LTE más rápida del Perú y que ello estaría avalado por dos premios otorgados por Open Signal y SpeedTest, respectivamente. c. Mensaje contenido en dos anuncios que conforman la campaña publicitaria, los cuales señalan que Entel contaría con el servicio de telefonía móvil de mayor cobertura 4G LTE del Perú, lo cual estaría avalado por dos premios otorgados por Open Signal y SpeedTest, respectivamente.
<p>Criterios de análisis de los anuncios (INDECOPI)</p>	<p>En la resolución la Sala indicó lo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> 1. Los documentos que sustentan las afirmaciones fueron emitidos con anterioridad a la difusión de la campaña publicitaria, sin embargo, no podrían acreditar que Entel contaba –en términos generales- con el servicio de telefonía móvil con el internet más rápido del Perú, ya que no comprenden el resto de las tecnologías existentes en el mercado de internet móvil. 2. La Sala no comparte lo considerado por la Comisión al afirmar que Entel habría cumplido con el principio de sustanciación previa por haber

	<p>utilizado la información contenida en el reporte de Open Signal y en el aplicativo SpeedTest conforme a los fines para los que fue elaborada. Como se ha verificado, las características y contenido de los resultados de los aplicativos antes indicados solo podrían haber permitido -de ser el caso- sustentar la velocidad del internet móvil en la tecnología 4G ofrecido por Entel pero no su presunta supremacía en velocidad de internet móvil para todas las demás tecnologías.</p> <ol style="list-style-type: none">3. La Sala comparte lo mencionado por la Comisión en lo referido a que el otorgamiento de un premio dependerá básicamente de la denominación asignada por la persona que lo otorga.4.5. Lo que resulta relevante es verificar si el premio o reconocimiento ha sido otorgado antes de la difusión de la campaña y si, en efecto, está vinculada a la mayor velocidad la red 4G LTE que tendría la empresa denunciada.6. El rigor de una prueba o investigación implica que esta haya sido desarrollada con determinada profundidad metodológica que asegure, en la medida de lo posible, la exactitud, amplitud y corrección de las conclusiones.7. La evaluación que la autoridad realice sobre los elementos probatorios presentados en cada caso, no solo deberá abarcar la verificación de su emisión previa a la difusión de la publicidad cuestionada o que su uso esté acorde con el objetivo por el cual fue elaborado, sino también que su contenido presente una metodología o
--	--

	<p>evidencia idónea que acredite de manera efectiva y fehaciente las afirmaciones que los competidores decidan difundir.</p> <p>8. Los resultados de los reportes de Open Signal o el aplicativo SpeedTest no cuentan, necesariamente, con la suficiencia para acreditar cualquier afirmación publicitaria que se pretenda difundir en el mercado. Por lo tanto, para que un determinado documento o estudio pueda ser empleado para acreditar una afirmación o mensaje publicitario de corte objetivo, se deberá evaluar su idoneidad en cada caso.</p>
--	--

IV. ANÁLISIS DE LA EXISTENCIA DE CRITERIOS DE REVISIÓN: ¿CÓMO DEBEN SUSTENTARSE LOS ANUNCIOS PUBLICITARIOS?

Los casos presentados tienen como objetivo brindar una idea, general, de cómo viene resolviendo el INDECOPÍ aquellos casos referidos a publicidad en materia de servicios de internet móvil.

Si bien el regulador ostenta una línea argumentativa en base a la cual guía su actuar hemos observado que no existen lineamientos o guías que permitan a las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones o al propio INDECOPÍ analizar la publicidad. Ante ello, el presente acápite busca presentar una breve guía que podrá ser utilizada por los agentes involucrados para evaluar la publicidad en el mencionado sector.

Ahora bien, antes de iniciar consideramos importante indicar que el sector de telecomunicaciones posee normativa específica que regula el actuar de los agentes del mercado. Ésta normativa tiene como efecto que los servicios que se prestan deban cumplir con ciertos requisitos

De esta forma, la prestación de los servicios de telecomunicaciones se rige, entre otras, por Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de

Telecomunicaciones (en adelante, “Condiciones de Uso”). Dicho texto emerge como una norma que busca garantizar y determinar los derechos y obligaciones de los abonados, usuarios y empresas operadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Las disposiciones del texto de Condiciones de Uso son de cumplimiento obligatorio y establecen las condiciones mínimas para la contratación y prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Éste último punto, a nuestro parecer, será de suma importancia en el análisis de los avisos publicitarios en materia del servicio de internet móvil.

Lo indicado en la medida que, entre los principales derechos se encuentra el derecho a la recibir información referida a los siguientes aspectos: (i) el servicio ofrecido; (ii) las opciones de planes tarifarios; (iii) los requisitos de acceso al servicio; (iv) las características, modalidades y limitaciones del servicio; (v) la periodicidad de la facturación; (vi) el plazo de la contratación; (vii) los alcances y uso de los equipos; (viii) la existencia de restricciones en los equipos terminales; (ix) la velocidad de transmisión contratada y velocidad mínima garantizada, para el caso del servicio de acceso de Internet; y, (x) a que se le ofrezca un servicio continuo e ininterrumpido¹⁸.

Debe resaltarse que se han consignado sólo aquellos derechos que, a nuestro parecer, deberían ser tomados en cuenta al momento de la transmisión de información a nivel publicitario.

Quizás, para algunos lectores, hablar de protección consumidor, derecho a la información y de publicidad al mismo tiempo pueda sonarles un tanto confuso. Sin embargo, debe tenerse presente que la propia naturaleza y la normativa específica generan que sea necesario que cuando los agentes analicen los avisos publicitarios relacionados al sector de telecomunicaciones no sólo deban tomar en cuenta el principio de veracidad publicitaria, que prohíbe la inducción a error a los consumidores mediante la difusión de publicidad comercial sino que deberá tomarse en cuenta el derecho a la información de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones.

¹⁸ Se han consignado sólo aquellos derechos que deberían ser tomados en cuenta

Lo dicho tiene como base la función de control del Estado, la misma que evidencia en el artículo 65° Constitución Política del Perú, en el cual se señala que el Estado tiene el rol de defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, asegurando un trato adecuado y razonable por los proveedores de productos o servicios; es decir, que la actividad se realice de manera óptima. En base al cual se han emitido diversos cuerpos normativos.

De esta forma, se busca que el consumidor cuente con la información necesaria para la toma de las decisiones de consumo. Ante ello, el rol de las entidades de la administración pública debe consistir en el adecuado y efectivo control de la idoneidad del servicio.

Luego de haber indicado, lo que consideramos, la primera directriz al momento de la revisión de los avisos publicitarios en el sector de telecomunicaciones continuaremos con la exposición de algunos criterios adicionales obtenidos del análisis de resoluciones emitidas por el INDECOPI.

Como segunda premisa a tomar en consideración y relacionada al tema de la información, parece oportuno hacer referencia al contenido de la información que se transmite. La misma que en atención al derecho de información de los usuarios y al deber de sustanciación previa, el agente económico deberá presentar los medios probatorios que acrediten que antes de la difusión del material publicitario, tenía la certeza de que sus afirmaciones eran veraces y no falsas o potencialmente ciertas.

En relación a lo indicado previamente, encontramos al tercer punto a ser tomado en cuenta: la documentación sustentatoria deberá contar con el detalle suficiente. Así, por ejemplo, si nos encontramos ante una ficha técnica de recolección de datos, ésta deberá señalar datos como la cobertura geográfica, periodo, diseño, margen de error o nivel de confianza que permitan sustentar la afirmación que se consigna en la publicidad.

En el caso que la información se encuentre sustentada en estudios estadísticos estos, al ser efectuados en base a muestras, deben contar con muestras representativas respecto

a la población a la que se hace referencia y a la que se dirige el aviso, de tal manera que sus resultados puedan ser extrapolados hacia la población considerada. En dicha línea, no es suficiente contar con un estudio que acredite la información sino que éste deberá ser idóneo para acreditar la veracidad de la afirmación difundida.

El cuarto punto analizar se encuentra relacionado con la información que sustenta los avisos publicitarios. De esta forma, si un operador efectúa una afirmación, por ejemplo, referida a la velocidad el servicio consideramos que es necesario que se tome en consideración lo siguiente: (i) control sobre las condiciones de medición para garantizar la validez de los resultados; (ii) metodología para garantizar la comparabilidad de los resultados; y, (iii) metodología estadística para la extrapolación de los resultados¹⁹.

Si nos encontramos ante avisos publicitarios referidos a la cobertura de un servicio de telecomunicaciones estimamos que es necesaria la presencia de un determinado parámetro objetivo y razonable que le permita a la empresa operadora afirmar que su cobertura posee características especiales que tienen como efecto que su servicio se diferencie. Con la finalidad que dicha afirmación no induzca a error a los consumidores, la documentación sustentatoria utilizada debe permitir un contraste razonable, objetivo y suficiente del servicio prestado.

Ahora bien, debe indicarse que para el caso del análisis de la cobertura el INDECOPI cuenta con los reportes trimestrales de OSIPTEL, que pueden ser considerados como una fuente confiable de carácter público y oficial que permite a los operadores conocer los niveles de su cobertura y que podrá ser comparada con la del resto de los agentes del mercado.

En quinto lugar, es importante indicar que las campañas publicitarias se analizan en conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman y teniendo en consideración el mensaje principal de la campaña publicitaria. En otras palabras, todos avisos que formen parte de la campaña deberán tener el mismo contenido y contar con

¹⁹ Información obtenida del Memorandum N° 01250-GFS/2016 del 15 de septiembre de 2016, emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL.

los mismos medios que prueben el contenido y las afirmaciones efectuadas.

Tomando en consideración algunas resoluciones emitidas por el INDECOPI²⁰, para que los avisos sean considerados como parte la misma campaña. La publicidad tiene que contener elementos similares que se relacionen con los demás anuncios pertenecientes a dicha campaña publicitaria.

En dicha línea, y de acuerdo al artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, una campaña publicitaria se caracteriza por: (i) un único espacio geográfico y temporal, (ii) un mismo anunciante, (iii) difusión en diversos medios de comunicación, (iv) referencia a los mismos productos; y, (v) un mismo mensaje publicitario principal.

De esta forma, toda publicidad que cumpla con dichos requisitos será considerada como parte de una misma campaña y deberá ser analizada en conjunto para evitar cualquier contingencia posterior a nivel de mensajes difundidos y debido a que el INDECOPI analizará de forma conjunta los avisos.

Como sexto, se encuentra la premisa que las alegaciones a las cuales no se les aplica el Principio de Veracidad, serán aquellas que contienen o presentan juicios estimativos, que consisten en frases subjetivas sin mayor sentido y que no tienen la capacidad de poder ser tomadas en serio por los consumidores o usuarios, como “Vuela con Entel”. Dicho tipo de frases pueden confundirse con alegaciones de tono excluyente, sin embargo, las primeras tienen como hecho diferenciador que no se les aplica el principio previamente señalado.

Sobre las particulares, podemos encontrar a las exageraciones publicitarias, que consisten *“en frases o alegaciones altisonantes subjetivas utilizadas por un agente económico para enaltecer las bondades de su oferta, pero que se presentan de forma tan exagerada que el consumidor no las toma en serio”*²¹. De esta forma, por más que muchas veces tengan la apariencia de una alegación de tono excluyente, alegaciones

²⁰ Resolución N° 0073-2018/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

²¹ SOSA HUAPAYA, Alex. Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). Revista Derecho & Sociedad. 2017

subjetivas no comprobables no son susceptibles de inducir a error a los consumidores. Entonces, es posible realizar afirmaciones subjetivas siempre que carezcan de sentido y que no tengan la capacidad de poder ser tomadas como reales.

Tras lo indicado, se manifiesta que para evaluación de la información y afirmaciones contenidas en los publicitarios si bien no se cuentan con lineamientos o guías, es necesario que la existencia de documentación que la sustente y que ésta no constituya una mera invención de la empresa operador sino que deberá poderse a través de la misma sustentar objetivamente las afirmaciones efectuadas.

V. CONCLUSIONES

- El mercado peruano de telecomunicaciones registra un alto grado de competitividad, el mismo que genera que las empresas se encuentren ante la necesidad de ofertar un servicio diferenciado. En dicho contexto, la publicidad ejerce un rol importante en la medida que permite que el consumidor o potencial consumidor obtengan información sobre las diferentes ofertas.
- La publicidad comercial es una herramienta esencial para la reducción de la asimetría informativa que existe entre los consumidores y los proveedores de bienes o servicios, procurando que los primeros tomen decisiones de consumo que se ajusten a sus intereses y necesidades.
- En el marco de la difusión de publicidad aparece el principio de veracidad publicitaria, que impide se induzca a error a los consumidores mediante la difusión de publicidad comercial.
- El mencionado principio no determina el tipo de información que deberá difundirse. El principio no prohíbe formas de publicidad sino que se enfoca en el contenido del mensaje que transmite la misma, ello con el objetivo de evitar la inducción a error sobre aquello que es ofertado.

- El principio veracidad es de utilidad para dilucidar cuando un mensaje publicitario no respeta la verdad, y deforma la realidad de las cosas, convirtiéndose de este modo en uno de los principios más importantes de la publicidad.
- Deberá tenerse en consideración que al encontrarnos ante publicidad vinculada a un servicio público regulado las normas de protección al consumidor se aplicaran supletoriamente para los servicios públicos, conforme lo establece el artículo 159 de Código de Protección al consumidor. Por lo tanto, debe recordarse que el sector de telecomunicaciones cuenta con una norma que regula de forma específica los derechos de los usuarios.
- La autoridad competente para evaluar de forma posterior la actividad publicidad es el INDECOPI a través de Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal. No obstante, si bien por temas de competencia el OSIPTEL no puede fiscalizar puede coadyuvar a comprender mejor el contenido de la publicidad.
- Las competencias funcionales de las entidades de la administración pública parecen estar delimitadas. No obstante, la particularidad de los servicios de telecomunicaciones debe motivar que a la existencia de un vínculo entre OSIPTEL y INDECOPI, con el objetivo de que la fiscalización de la actividad publicitaria se produzca en mejores condiciones.
- Si bien no existen lineamientos específicos para el análisis de los avisos publicitarios en el marco de los servicios de internet móvil es necesario que se tenga como objetivo que la publicidad proporcione la información más completa y cierta posible en la medida que no solo se afecta el principio de veracidad, sino que se infringe el derecho a recibir información de los consumidores.