

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución N° 0129-2018/SDC-
INDECOPI

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

AUTOR:

Alessandra Betsabeth Falen Valverde

ASESOR:

Javier Mihail Pazos Hayashida

Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, Javier Mihail Pazos Hayashida, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución N° 0129-2018/SDC-INDECOPI", del autor Falen Valverde, Alessandra Betsabeth, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/7/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 14 de julio del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: PAZOS HAYASHIDA, JAVIER MIHAIL	
DNI: 07758696	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3516-2603	

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la Resolución N° 0129-2018/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Indecopi, la cual resolvió en segunda instancia la denuncia presentada por América Móvil en contra de Entel por la presunta comisión de actos de engaño en la difusión de los anuncios que formaron parte de su campaña publicitaria “La Yapa”. Así pues, el presente trabajo evaluará si la decisión adoptada en dicha resolución, en la cual se concluyó que Entel sí había incurrido en los actos de competencia desleal denunciados, fue la correcta; ello sobre la base de lo dispuesto en la Ley de Represión de Competencia Desleal, así como en atención a los criterios adoptados en resoluciones de Indecopi.

De ese modo, luego de la investigación realizada en este informe, se demostrará que Entel sí incurrió en actos de engaño en la difusión de los mensajes que fueron materia de análisis en la segunda instancia. Ello pues, tras realizar una interpretación superficial e integral de la publicidad, desde la perspectiva del consumidor, se identificaron los dos mensajes objetivos cuestionados, los cuales no respetaron el principio de veracidad. Por un lado, uno de los mensajes omitió información que resultaba relevante para el proceso de elección de los consumidores y, por otro lado, el otro mensaje presentó información falsa. En consecuencia, se concluirá que ambos eran susceptibles de inducir a error a los consumidores.

Palabras clave: Competencia desleal, actos de engaño, publicidad comercial, interpretación

ABSTRACT

This legal report analyzes Resolution No. 0129-2018/SDC-INDECOPI, issued by the Specialized Chamber in Defense of Competition of Indecopi, which resolved in second instance the complaint filed by América Móvil against Entel for allegedly committing acts of deception in the dissemination of the advertisements that were part of its advertising campaign "La Yapa". Therefore, this paper will evaluate whether the decision adopted in such resolution, in which it was concluded that Entel had incurred in the acts of unfair competition denounced, was correct, based on the provisions of the Law for the Repression of Unfair Competition, as well as on the criteria adopted in Indecopi's resolutions.

Thus, after the investigation carried out in this report, it will be demonstrated that Entel did incur in acts of deception in the dissemination of the messages that were subject of analysis in the second instance. After a superficial and integral interpretation of the advertising, from the consumer's perspective, the two objective messages in question were identified, which did not respect the principle of truthfulness. On the one hand, one of the messages omitted information that was relevant for the consumer's choice process and, on the other hand, the other message presented false information. Consequently, it will be concluded that both were likely to mislead consumers.

Keywords: Unfair competition, misleading acts, commercial advertising, interpretation

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	1
I. INTRODUCCIÓN	1
II. JUSTIFICACIÓN	2
III. ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES	3
IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	9
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	9
1. ¿Cómo se analizan los actos de engaño?	9
1.1. Represión de la Competencia Desleal	9
1.2. Actos de engaño	11
2. ¿Cómo se debe interpretar la publicidad comercial?	13
2.1 ¿Qué es la publicidad comercial?	13
2.2. Funciones de la publicidad	16
2.3. Interpretación de la publicidad comercial	18
2.4. Análisis de la parte captatoria de la publicidad	21
3. ¿Entel cumplió con respetar el principio de veracidad en la difusión de sus publicidades?	24
3.1. Asimetría informativa	24
3.2. ¿En qué consiste el principio de veracidad publicitaria?	25
3.3. Contenido del mensaje publicitario	26
3.4. Formas de inducir a error	29
3.5. El deber de substanciación previa	31
4. Análisis aplicado al caso concreto	33
VI. CONCLUSIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	46

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Resolución 0129-2018-SDC-INDECOPI
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho de la Competencia: Competencia Desleal
Demandante / Denunciante	América Móvil Perú S.A.C.
Demandado / Denunciado	Entel Perú S.A.
Instancia administrativa o jurisdiccional	Sala Especializada en Defensa de la Competencia

I. INTRODUCCIÓN

Nuestro país se encuentra enmarcado en un régimen de economía social de mercado, en el cual se debe garantizar el respeto del proceso competitivo. Ello implicará, entre otras cosas, que las empresas puedan competir libremente en el mercado sobre la base de su propio esfuerzo; así, por ejemplo, los agentes económicos podrán buscar aumentar su demanda, mediante la reducción de precios, mejora de la calidad de sus productos o servicios, así como mediante la creación de promociones u otras estrategias.

Es en el marco de este proceso competitivo que los agentes muchas veces recurrirán a la publicidad comercial como una herramienta para atraer un mayor número de consumidores, pues la capacidad persuasiva inherente a este mecanismo puede resultarles realmente favorecedor. No obstante, el problema se presentará cuando estos agentes económicos no empleen la publicidad para competir por eficiencia, sino que la empleen yendo en contra del principio de buena fe. Por ello, será importante que, en la difusión de la publicidad comercial, los anunciantes cumplan con respetar ciertos parámetros, entre los cuales podemos destacar el respecto del principio de veracidad, lo cual permitirá asegurar que el mensaje difundido no resulte engañoso para los destinatarios del mismo.

En esta línea de ideas, se destaca la importancia de la Resolución N° 0129-2018/SDC-INDECOPI, objeto de este trabajo, pues esta servirá como base para analizar cómo debe ser la publicidad para no inducir a error a terceros en el

mercado. Este caso inició con la denuncia presentada por América Móvil en contra de Entel Perú en la cual alegó que dicha empresa habría cometido presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, por la difusión de las publicidades que formaban parte de su campaña publicitaria denominada “La Yapa”. Así pues, América Móvil denunció que los mensajes contenidos en dichas publicidades serían susceptibles de inducir a error a los consumidores acerca de los beneficios ofrecidos por Entel, así como la forma de acceder a los mismos.

En tal sentido, el presente trabajo tendrá como objetivo principal responder si Entel efectivamente cometió actos de engaño en la difusión de su campaña publicitaria La Yapa. Para tales efectos, se plantearán tres problemas secundarios, los cuales que permitirán resolver el problema central. Primero partiremos por desarrollar qué son los actos de engaño y cómo éstos deben ser analizados. Posteriormente se desarrollará cuál es la forma correcta de interpretar la publicidad comercial, pues solo de ese modo será posible saber qué reglas se deben seguir para identificar el mensaje publicitario y analizar el mismo. Finalmente, la tercera y última pregunta a responder será si Entel respetó el principio de veracidad en la difusión de sus publicidades.

De ese modo, el desarrollo de estos tres puntos llevará a concluir si Entel incurrió en actos de engaño. Así pues, anticipo que, en mi opinión, y conforme se demostrará en el presente trabajo, los anuncios difundidos por Entel sí eran susceptibles de inducir a error a los consumidores, pues no respetaron el principio de veracidad.

II. JUSTIFICACIÓN

La elección de la Resolución N° 0129-2018/SDP-INDECOPi como objeto de análisis del presente trabajo obedece a la importancia que tiene la publicidad comercial en la actualidad, como un mecanismo utilizado por los agentes económicos del mercado para aumentar la demanda de los productos o servicios que ofrecen. Así pues, es relevante aprender a reconocer que la publicidad cumple con una función no solo persuasiva, sino también informativa, pues es un medio por el cual los consumidores recibirán información acerca de las características o atributos de los productos y servicios ofrecidos.

En tal sentido, la resolución escogida es importante en la medida que brindará la oportunidad de desarrollar el tema de la interpretación de la publicidad comercial, dado que, solo teniendo claras cuáles son las reglas de interpretación que se debe seguir, se podrá realizar un adecuado análisis que permita concluir si un anuncio publicitario es engañoso o no. Adicionalmente, esta resolución también dará la oportunidad de evaluar si es correcto utilizar el criterio de la parte captatoria de la publicidad al momento de analizar la misma, y también permitirá analizar cuáles son las implicancias de que una publicidad deba cumplir con el principio de veracidad.

Finalmente, me parece bastante interesante abordar estos temas sobre la base de una resolución que versa sobre la promoción de un servicio en el mercado de las telecomunicaciones. Ello pues este es un mercado que se ha caracterizado por utilizar la publicidad como una de sus principales mecanismos para competir en el mercado, por lo cual considero que el análisis que realizará el presente trabajo permitirá entender mejor cómo estas empresas deben competir por eficiencia.

III. ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES

1. Presentación de la denuncia

Con fecha 20 de octubre de 2016 América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) denunció a Entel Perú S.A. (en adelante, Entel) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal por presuntamente incurrir en los siguientes actos de engaño:

- (i) Como parte de la campaña “La Yapa”, Entel promocionó un beneficio para sus usuarios prepago, según el cual, desde la primera recarga, **por todas las recargas realizadas en la promoción, los usuarios obtendrían megabytes de regalo**. No obstante, la “yapa” o el beneficio aplicaba en realidad desde la segunda recarga.
- (ii) En la misma campaña, Entel utilizó las afirmaciones “**sin gastar tu saldo**” y “**sin consumir tu saldo**”, las cuales darían a entender a los usuarios que los beneficios ofrecidos no consumirían su saldo. No obstante, según las

restricciones de la campaña, las llamadas por WhatsApp sí consumen hasta 20 kilobytes; es decir, sí se consume el saldo.

- (iii) Además, Entel difundió un anuncio en el cual publicitaba un “Bono de bienvenida Prepago”. Así pues, dicho anuncio daría a entender a los consumidores que, **de ser nuevos usuarios prepago Entel, podrían gozar de ciertos beneficios al realizar una recarga**. No obstante, este bono solo sería otorgado a aquellos usuarios que realicen recargas de cinco o más soles, pero no a aquellos que realicen recargas menores.

2. De la imputación de cargos

Con fecha 2 de marzo del 2017, mediante Resolución s/n, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia e imputó a Entel la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), debido a lo siguiente:

- (i) Habría ofrecido a los consumidores que, en el marco de su campaña “La Yapa”, sus usuarios y potenciales usuarios prepago tendrían acceso a ciertos beneficios, pero serían inducidos a error por lo siguiente:
- a. Emplearía frases como “Por recargas de S/. 5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, junto con los logotipos de Facebook Messenger y WhatsApp, con lo cual daría a entender a los consumidores que por realizar una recarga a partir de cinco soles recibirían dichas aplicaciones de manera ilimitada por 30 días. Sin embargo, ello no sería cierto, dado que el bono se otorgaría recién en la segunda recarga.
 - b. Emplearía frases como “Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”, las cuales darían a entender a los consumidores que todas las recargas comprendidas en la promoción, desde la primera recarga, ofrecerían megas de regalo. No

obstante, los megas de regalo se entregaban recién en la segunda recarga.

- c. Emplearía frases como “Sin consumir tu saldo” y/o “Sin gastar tu saldo”, las cuales darían a entender a los consumidores que podrían disfrutar los beneficios publicitados sin consumir su saldo o los megas adquiridos. Empero, según las condiciones de la promoción, las llamadas de voz realizadas por WhatsApp sí consumirían hasta 20kb por llamada; es decir, sí existiría un consumo del saldo.
- (ii) Habría difundido un anuncio en el cual ofrecería la promoción “Bono de Bienvenida Prepago”, el cual daría a entender a los usuarios y potenciales usuarios prepago que podrían acceder a ciertos beneficios una vez realizada la primera recarga del plan. No obstante, los beneficios solo serían aplicables para las recargas desde cinco soles.

3. Los descargos de Entel

Con fecha 18 de abril de 2017, Entel presentó sus descargos, en los cuales señaló lo siguiente:

- (i) La promoción “La Yapa” sí cumple con sus condiciones y restricciones. Así pues, sostiene que la primera recarga es la que se realiza luego de activar una nueva línea, por lo que, en el caso de nuevos usuarios, los beneficios ofrecidos se otorgarán con la segunda recarga.
- (ii) El “Bono Prepago” también respeta lo informado en la publicidad, pues ésta señala que solo aplicará para recargas realizadas desde cinco soles.
- (iii) La campaña publicitaria de “La Yapa” fue difundida en televisión nacional, radio nacional prensa escrita, paneles en la vía pública a nivel nacional, en su página de Facebook y en su página Web, desde el 15 de agosto de 2016 hasta el 31 de diciembre del 2016.

4. Decisión de la primera instancia

Con fecha 13 de setiembre de 2017, la Comisión resolvió lo siguiente por Resolución N° 110-2017/CCD-INDECOPI:

- (i) Infundada la imputación realizada contra Entel por la comisión de actos de engaño en la difusión de las siguientes afirmaciones publicitarias de la campaña “La Yapa”: “Por recargas de S/.5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger, así como “Ahora tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas sus recargas traen megas de regalo!”.

Sobre el particular, la primera instancia sostuvo que la definición de la palabra recargar es “volver a cargar”. Por lo tanto, sí sería correcto que los beneficios se entreguen en la segunda carga.

- (ii) Infundada la imputación realizada contra Entel referida a la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de la promoción “Bono Bienvenida Prepago”. Sobre este punto, la primera instancia sostuvo que el anuncio sí mencionaba que el bono se entregaría a las recargas realizadas a partir de cinco soles, por lo que estaría cumpliendo con sus condiciones.
- (iii) Fundada la imputación por comisión de actos de engaño por la difusión de la afirmación “sin consumir tu saldo” en la campaña “La Yapa”. Al respecto, la primera instancia sostuvo que, en contraste con lo dispuesto en la publicidad, las condiciones de la promoción informan que las llamadas de voz a través de WhatsApp sí consumirían el saldo de los usuarios.

Asimismo, la Comisión (i) ordenó una medida correctiva, la cual consistiría en el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria y piezas publicitarias infractoras, (ii) denegó el pedido de América Móvil de ordenar la publicación de un aviso rectificatorio y (iii) sancionó a Entel con una multa de 40 UITs.

Al respecto, sobre la graduación de la sanción, la Comisión sostuvo que no era posible emplear el criterio de beneficio ilícito, debido a que la campaña

cuestionada no solo ofrecía WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados, sino que también tenía otros beneficios, por lo que corresponde emplear otros criterios como el de modalidad y alcance.

5. Apelación de la decisión

a) Apelación de América Móvil

El día 16 de octubre de 2017, América Móvil apeló la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI en los extremos que declaró infundadas las imputaciones realizadas contra Entel por la difusión de las afirmaciones “Por recargas de S/.5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger, así como “Ahora tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas sus recargas traen megas de regalo!”, realizadas en el marco de la campaña publicitaria “La Yapa”. Al respecto, América Móvil indicó que la publicidad se debe interpretar de manera superficial e integral, sin considerar el significado gramatical de las palabras, sino el contexto donde se difunden, por lo que sería erróneo definir “recarga” como “segunda carga”, tal como lo había hecho la Comisión en la primera instancia.

Asimismo, América Móvil alegó que la medida correctiva ordenada no corregiría las distorsiones generadas, por lo que insistió en que se ordene a Entel publicar un anuncio rectificatorio.

b) Apelación de Entel

Por su parte, el 16 de octubre de 2017, Entel también interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró fundada la imputación de cargos. Al respecto, alegó que su empresa no ofreció servicios gratuitos en la publicidad, sino solo el uso de las aplicaciones de forma ilimitada.

Por otro lado, en lo que respecta a la graduación de la sanción, sostuvo que la Comisión no ha empleado parámetros objetivos y que entró en contradicciones al calcular la multa. Añade que no se ha sustentado adecuadamente por qué se descartó el empleo del criterio de beneficio ilícito.

6. Decisión de la segunda instancia

Con fecha 14 de junio de 2018, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia emitió la Resolución 0129-2018/SDC-INDECOPI, en la cual resolvió lo siguiente:

- (i) Revocó la resolución de primera instancia y, reformándola, declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil contra Entel por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño por la difusión de las afirmaciones “Por recargas de S/.5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger, así como “Ahora tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas sus recargas traen megas de regalo!”, realizadas en el marco de la campaña publicitaria “La Yapa.

Dicha decisión se basó en que el mensaje publicitado establecía que **todas** las recargas de cinco soles podrían obtener beneficios, lo cual incluiría la primera. Por lo tanto, habría una contradicción entre el mensaje difundido y las condiciones de la promoción. Asimismo, a diferencia de la posición adoptada por la Comisión, la Sala aclara que el término recarga, debe ser analizado en el contexto del servicio de telefonía móvil y no será correcto recurrir simplemente a definiciones gramaticales o lingüísticas de las expresiones que se encuentren en los anuncios.

- (ii) Confirmó la resolución de primera instancia en el extremo que declaró fundada la denuncia por la difusión de las afirmaciones “sin consumir tu saldo” y “sin gastar tu saldo”, en la campaña publicitaria “La Yapa”, en la medida que sí se descontaba el saldo de los usuarios, pues las llamadas de voz que éstos realicen vía WhatsApp descontarían 20 kilobytes de su saldo.
- (iii) Sancionar a Entel con 60 UIT por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.
- (iv) Modificar la medida correctiva ordenada en la resolución de primera instancia. Como consecuencia de ello, se ordenó a Entel lo siguiente:

- a. El cese definitivo e inmediato de la campaña publicitaria infractora, así como de otras campañas que pudieran dar a entender a los usuarios prepago que obtendrían beneficios con todas las recargas de cinco soles, cuando en realidad los beneficios se entreguen desde la segunda recarga.
- b. El cese definitivo e inmediato de las piezas publicitarias que dieran a entender a los consumidores que los beneficios otorgados se realizan “sin consumir su saldo” cuando ello no sea cierto.

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Problema principal: ¿Entel incurrió en actos de competencia desleal, en la modalidad de engaño, por la difusión de los anuncios publicitados, en el marco de la campaña “La Yapa”?

Problemas secundarios:

1. **Primer problema jurídico secundario:** ¿Cómo se analizan los actos de engaño?
2. **Segundo problema jurídico secundario:** ¿Cómo se debe interpretar la publicidad comercial?
3. **Tercer problema jurídico secundario:** ¿Entel cumplió con respetar el principio de veracidad en la difusión de sus publicidades?

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

1. ¿Cómo se analizan los actos de engaño?

1.1. Represión de la Competencia Desleal

A efectos de analizar este primer problema, será importante partir por tener claro qué es la competencia desleal y qué es lo que esta protege, sobre la base del régimen económico establecido en nuestra Constitución.

De acuerdo con el artículo 58 de nuestra Constitución, el régimen económico implantado en el Perú es una economía social de mercado, la cual se caracteriza por tener como uno de sus elementos principales la protección de la libre y leal competencia. En esta línea de ideas, Christian Guzmán sostiene que la libre y

leal competencia es lo que permitirá al mercado asignar los recursos de manera más eficiente y, por lo tanto, ésta justificará la intervención del Estado como un garante de la competencia en el mercado, a través de Indecopi (2011, p. 246).

Ahora bien, como parte de los actos que distorsionan la competencia en el mercado, se encuentran los actos de competencia desleal, los cuales comprenden aquellas actividades realizadas por los agentes económicos orientadas a atraer y captar compradores, mediante el uso de medios reprobables, que potencian al agente que los realiza, pero que, a la vez, son capaces de debilitar a sus competidores (Kresalja, 1993, p. 23). Así pues, esta forma de comportarse será contraria al principio de competencia por eficiencia que debe regir en el mercado.

En esta línea de ideas, los autores Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi sostienen que lo que persigue el Sistema regulador de la competencia desleal es el correcto y leal comportamiento de los empresarios en la realización de sus actividades económicas. Asimismo, estos autores añaden que la represión de la competencia desleal se fundamenta en el principio de leal competencia, lo cual implica que la concurrencia en el mercado debe guardar conformidad con los parámetros de igualdad de oportunidades para los competidores, quienes deberán actuar respetando los preceptos de buena fe y moral comercial (2013, p. 17).

Dicho ello, con el objetivo de proteger nuestro modelo económico de los actos de competencia desleal, contamos con el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), cuya finalidad será reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Es así que, esta normativa será aplicable a todos los actos que tengan como efecto o finalidad concurrir en el mercado, incluido aquellos actos realizados a través de la publicidad.

En esta línea de ideas, Gustavo Rodríguez sostiene que la LRCD está orientada a asegurar que el proceso competitivo se base en la eficiencia y esfuerzo propio de los agentes económicos. Así pues, añade que lo que se buscará no es proteger a un agente económico frente a la competencia, sino proteger a la

competencia en sí misma, como una dinámica espontánea. Por ello, se sancionarán aquellas conductas que violen un deber general de conducta y que perjudiquen un interés general, pues se protege el orden público económico y no se limita la protección a la presencia de un empresario afectado, (2013, p. 20-23).

1.2. Actos de engaño

La pregunta principal que se planteó al inicio del presente trabajo consiste en determinar si, en el caso materia de análisis Entel cometió o no actos de engaño en la difusión de su publicidad comercial. Por tal motivo, será pertinente abordar, a continuación, en qué consisten los actos de engaño, cuál es la razón detrás de la prohibición de los mismos y, finalmente, cómo se deben analizar las situaciones en las cuales un agente económico presuntamente haya cometido actos de engaño.

En nuestro ordenamiento, los actos de engaño se encuentran regulados en el artículo 8 de la LRCD, en el cual se les define como todos aquellos actos que tengan como efecto, real o potencial, de inducir a error a otros. De ese modo, en primer lugar, se destaca que, de acuerdo con la norma, no será necesario que efectivamente algún agente en el mercado caiga en error para que el acto pueda ser sancionado, sino que la prohibición abarca todos aquellos actos que sean susceptibles de inducir a error. En consecuencia, no será necesario acreditar el daño pues estamos frente a un ilícito de peligro.

Ahora bien, de la citada norma también se desprende que no se precisa alguna metodología o medio en particular a través del cual se deba dar la inducción a error para ser sancionable. Por lo tanto, es posible afirmar que ésta se podrá producir de diferentes formas. Por ejemplo, se podrá presentar en la publicidad, en el rotulado, en la información que se dispone en el punto de venta, entre otros (Barry, 2019, p. 116). Sin perjuicio de ello, la realidad es que la mayoría de los casos de inducción a error en la actualidad se presenta en la actividad publicitaria.

En esa línea de ideas, podríamos preguntarnos si, en la medida que es propio de la actividad publicitaria exagerar al indicar los atributos de los bienes o productos ofrecidos, acaso esta prohibición de engañar implicaría limitar la

creatividad de los anunciantes. Frente a esta interrogante, el autor Luis Barry sostiene que, en realidad, la prohibición de cometer actos de engaño al publicitar un producto o servicio no impide que los anunciantes puedan realizar exageraciones, ni supone una prohibición a su creatividad (2019, p. 117). Por tal motivo, toda vez que la publicidad es uno de los principales medios a través del cual los agentes económicos informan al mercado acerca de su oferta, es adecuado que se le incluya como una forma a través de la cual se puede inducir a error a otros, pues será importante cuidar que la información que se transmite sea veraz.

Por otro lado, de la lectura del artículo 8 de la LRCD, observamos también que la inducción a error a otros agentes se podrá dar sobre diversos aspectos, tales como la naturaleza, modo de fabricación, distribución, características u otros atributos del producto o servicio. Pero no solo ello, sino que se contempla también la posibilidad de inducir a error sobre los atributos del agente económico en sí mismo o la actividad empresarial que realiza.

Ahora bien, en lo que respecta a los motivos que justifican la prohibición de los actos de engaño, Alberto Bercovitz sostiene que los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado; es decir, tanto a los competidores como a los consumidores, dado que éstos últimos adoptarán sus decisiones de consumo basados en una información errada (citado en Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi 2013, p. 35).

Por su parte, Pierino Stucchi señala que el objetivo de tipificar los actos de engaño como actos de competencia desleal se debe a la necesidad de proteger que la valoración que los consumidores pueden hacer respecto de los productos o servicios ofrecidos responda a sus intereses y a información verdadera, y evitar que éstos atribuyan a los productos o servicios un mayor valor del que le darían si tuvieran información verdadera de los atributos de los mismos. Además, este autor añade que, cuando un consumidor realiza una transacción basándose en información distorsionada, ello implicará también que un oferente pierda la oportunidad de realizar una transacción de un bien o servicio sustituto, lo cual trae consigo, a su vez, una afectación al proceso competitivo (2009, p. 22).

En esta línea de ideas, la Exposición de Motivos de la LRCD establece que los actos de engaño se consideran desleales por tener, por un lado, un efecto negativo en los consumidores, quienes podrían adoptar decisiones de consumo que no vayan acorde a sus intereses, a raíz del engaño; y, por otro lado, un efecto negativo en los competidores, quienes podrían perder la preferencia de los consumidores que optaron por los bienes o servicios ofrecidos por el agente que realizó el acto de engaño.

De lo anterior se desprende que, además de pretender la protección del funcionamiento del proceso competitivo, con la prohibición de este tipo de actos también se persigue, de manera indirecta, una protección a los consumidores, a fin de que puedan adoptar decisiones de consumo informadas y no sobre la base de engaños.

Por último, será importante precisar de qué manera se deben analizar los casos en los que se alegue la comisión de un presunto acto de engaño. Sobre el particular, Indecopi ha adoptado una metodología compuesta por dos pasos para analizar si la información contenida en un anuncio publicitario es engañosa o no, conforme se puede apreciar de la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI. Así, en primer lugar, sostiene que se deberá realizar un análisis de la publicidad a efectos de determinar cuál es el mensaje publicitario del anuncio; y, luego de que se haya definido el mensaje, se deberá analizar si es que éste induce a error e infringe el principio de veracidad.

2. ¿Cómo se debe interpretar la publicidad comercial?

2.1 ¿Qué es la publicidad comercial?

En la actualidad, la publicidad es una de las formas más importantes cómo los agentes económicos difunden o dan a conocer los productos o servicios que ofrecen a los consumidores, con el propósito de incentivarlos o persuadirlos a contratar con ellos. En esta línea de ideas, rescatamos lo dispuesto por Fernández Novoa, respecto a que, en un sistema competitivo, los agentes económicos no mantendrán una actitud pasiva, permaneciendo simplemente a la espera de que los consumidores opten por sus productos o servicios, sin realizar mayores esfuerzos, sino que adoptarán una actitud agresiva. La realidad

será que, con el objetivo de captar una mayor cantidad de consumidores, los agentes económicos que participan en el mercado harán uso de la publicidad, toda vez que esta será una herramienta que les permitirá dar a conocer al público sus mejores ofertas (1989, p. 57-58).

En tal sentido, Fernández Novoa define a la publicidad como aquellas manifestaciones y comunicaciones que pueden ser realizadas a través de distintos medios de difusión, con el objetivo de dirigir la atención de los consumidores hacia los productos de la empresa y, de ese modo, promover la contratación de sus productos y servicios (1989, p. 57). Por su parte, Carlos Lema Devesa se refiere a la publicidad como una actividad a través de la cual un agente económico se pondrá en contacto con un gran número de consumidores, con el objetivo de lograr aumentar el número de contratos para sus bienes o servicios (2007, p. 39).

Ahora bien, la publicidad encuentra su fundamento en la Constitución, en la denominada libertad de expresión empresarial, la cual está compuesta por la libertad de expresión, regulada en el inciso 4 del artículo 2 de la Constitución, la libre iniciativa privada, contemplada en el artículo 58, y la libertad de empresa, recogida del artículo 59 (Murillo, 2013, p. 163). Dicho ello, podemos agregar que, esta base en la libertad de expresión empresarial guarda evidente conexión con las definiciones de publicidad expuestas, en la medida que la publicidad deberá implicar un evidente despliegue creativo en la búsqueda de captar la atención de los consumidores.

Adicionalmente, cabe destacar que, además de este fundamento constitucional, la publicidad comercial se encuentre definida en el artículo 59 de la LRCD, en donde se plasma una definición similar a las definiciones doctrinarias desarrolladas anteriormente, pues se destaca el rol de la publicidad comercial como una forma de promover la imagen, productos o servicios del agente económico.

Por otro lado, en relación a la definición plasmada por la LRCD es importante precisar también que, cuando esta ley desarrolla el concepto de “publicidad” en realidad se está refiriendo a un tipo de publicidad en específico, que es la publicidad comercial. Ésta se diferencia de otros tipos de anuncios publicitarios

que se difunden a diario en el territorio nacional, como la propaganda institucional o de la propaganda política.

De ese modo, la razón por la cual la normativa de protección al consumidor protegerá únicamente a la publicidad comercial frente a los otros tipos de publicidad radica en que ésta es la única que tiene finalidad concurrencial en el mercado. Sobre el particular, la Sala de Indecopi estableció en la Resolución N° 473-2012/SC1-INDECOPI que un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando el agente económico que lo realiza procure obtener o generarse algún tipo de ventaja en cierto segmento competitivo. Es decir, se refiere a aquellas actividades que sean susceptibles de incrementar el posicionamiento del empresario que la realiza. Dicho ello, será evidente que la publicidad comercial tendrá dicha finalidad pues, como bien se ha señalado, es un medio por el cual los agentes buscan captar una mayor demanda por parte de los consumidores.

Así pues, la finalidad de la propaganda política o de la publicidad institucional será completamente distinta. La Resolución N° 096-96/TDC-INDECOPI, estableció que primera de éstas, por ejemplo, se suele dar en el marco de campañas electorales donde los postulantes realizan distintas promesas al público, carentes de ánimo mercantil, en la búsqueda de ser elegidos. Por su parte, estableció que la segunda de éstas tampoco tendrá ánimo mercantil, sino que perseguirá un interés social, pues tendrá por objetivo fomentar ciertas conductas socialmente deseadas.

Continuando con el desarrollo de lo que es la publicidad comercial, ahora que ya hemos diferenciado de otros tipos de publicidad, será importante sacar a colación lo dispuesto en la Resolución N° 2046-2007/TDC-INDECOPI, mediante la cual el Tribunal estableció cuáles son los requisitos que deberían concurrir para que pueda considerarse que una comunicación constituye un supuesto de publicidad comercial. Éstos serían los siguientes:

- (i) Que se trate de una comunicación pública
- (ii) La comunicación debe tener como finalidad o efecto fomentar directa o indirectamente, el consumo de los productos anunciados.

En lo que respecta al primero de estos requisitos, la resolución establece que la comunicación podrá caracterizarse como pública desde el momento en el cual ésta es difundida entre varios receptores. Para estos efectos no importará si la publicidad se encuentra dirigida a un público determinado o no, sino que el factor importante a considerar será únicamente que la publicidad sea difundida.

En tal sentido, por ejemplo, Pierino Stucchi señala que, si encontramos una gran cantidad de afiches impresos, pero que aún no hayan sido colocados a la vista de los agentes del mercado, no estaremos ante publicidad comercial, toda vez que aún no se ha producido el proceso de comunicación (2007, p. 180). En otras palabras, los afiches que un empresario puede imprimir con el fin de repartirlos luego en la calle para promocionar sus servicios no constituirán publicidad hasta que éste efectivamente los distribuya o los exponga a la vista del público.

Por otro lado, el segundo requisito se encuentra relacionado con una de las funciones de la publicidad: la función persuasiva. Con cargo a abordar más adelante con mayor detalle el tema de las funciones que la publicidad comercial tiene en el mercado, podemos sostener que esta función está relacionada con el hecho que la publicidad tenga como finalidad o efecto fomentar el consumo. Vemos así que, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución N° 2046-2007/TDC-INDECOPI, no es necesario que efectivamente el agente económico logre convencer a los consumidores de adquirir sus bienes o contratar sus servicios, sino que bastará con que la publicidad se encuentre orientada a lograr tal objetivo.

Asimismo, sobre este segundo requisito también cabe añadir que admite que la promoción de los productos o servicios se dé de manera directa o indirecta. En tal sentido, se presentará de manera directa cuando se ofrece claramente un determinado producto o servicio, mientras que se dará de manera indirecta cuando mediante la publicidad se enaltezca la reputación comercial del anunciante, a través de la difusión de sus logros, de posicionamiento en el mercado, entre otras estrategias que pueda adoptar el agente económico.

2.2. Funciones de la publicidad

Como bien hemos anticipado, una de las funciones de la publicidad comercial es la función persuasiva; sin embargo, es posible también identificar que, de manera

indirecta, la publicidad también cumplirá con una función informativa frente a los consumidores.

Por un lado, la función persuasiva podría considerarse como la más importante de la publicidad comercial, toda vez que el propósito principal de un anuncio será tratar de convencer a los potenciales clientes para que adquieran los productos o servicios promocionados, para cuyo efecto el anunciante podrá valerse de distintos recursos como el humor, la nostalgia o simplemente podrá centrarse en destacar los atributos o beneficios de los productos ofrecidos (Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013, p. 75). En esta línea de ideas, los autores Óscar Sumar y Julio Avellaneda sostienen que a través de esta función se busca también reforzar las necesidades de los consumidores y promover su fidelidad con determinada marca (2010, p. 47)

Por otro lado, en lo que respecta a la función informativa, la razón por la cual se ha mencionado que ésta será una función indirecta de la publicidad reside en que el objetivo principal que tienen los agentes económicos al realizar publicidad comercial no es informar, sino persuadir a los consumidores; no obstante, en esa búsqueda de ampliar sus ventas, los agentes brindarán información a los consumidores (Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013, p. 75).

Juan Francisco Rojas sostiene que, a través de la publicidad comercial las empresas transmitirán información sobre la existencia de nuevos productos, sobre la calidad de los mismos, sobre las condiciones de la venta o las ventajas que los productos puedan tener sobre otros, sobre los precios u ofertas ofrecidas, o cualquier otro tipo de información que permita mostrar los productos o servicios ofrecidos como atractivos frente a la mirada de los consumidores (citado en Gonzales, 2009, p. 71).

Asimismo, como consecuencia de toda la información trasladada a los consumidores, la publicidad será un instrumento idóneo para reducir la asimetría de la información, debido a que los mismos proveedores ya contarán con los incentivos suficientes para compartir dicha información a los consumidores sin necesidad de que ello les sea exigido, toda vez que resultará beneficioso para estos agentes económicos (Gonzales, 2009, p. 71).

Además de ello, esta función también permite a los consumidores reducir sus costos de búsqueda (Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013, p.71). Ello en la medida que el esfuerzo que tendrán que invertir para informarse acerca de los productos y servicios será menor, pues contarán con mayor información a su disposición que les permita comparar las ofertas. Así pues, de ello se desprende que esta función también favorecerá la competencia en los mercados, dado que los ofertantes podrán competir por la atracción de los clientes por medio de la publicidad; no obstante, en este afán de competir, los anunciantes podrían alterar la naturaleza informativa de la publicidad, al punto de inducir a error a los consumidores y dejar de competir sobre la base de la eficiencia (Gonzales, 2009, p. 71). Por tal motivo, es que vimos en apartados anteriores que también se sancionan los actos de engaño que se dan en la publicidad comercial.

2.3. Interpretación de la publicidad comercial

El tema de la interpretación de la publicidad comercial se encuentra regulado en el artículo 21 de la LRCD. Una primera idea importante a destacar de dicho artículo será el hecho que la interpretación de la publicidad deberá realizarse respecto de todo el contenido del anuncio, lo cual comprenderá los textos, presentaciones visuales, musicales, entre otro tipo de elementos que puedan contener los anuncios. En tal sentido, cabe tener presente que la publicidad puede presentarse en diferentes medios o soportes: podrá presentarse tanto en medios típicos como la televisión, anuncios radiales, anuncios escritos, etc; como en medios atípicos, como el product placement, merchandising, flashmobs publicitarios, el traje de anfitriones, e incluso otras formas que puedan surgir en el futuro (Murillo, 2013, p. 169). Así pues, se deberá tener en cuenta el tipo de medio o soporte en el que se presenta la publicidad, según el cual ésta podrá tener distintos elementos que deban considerarse al momento de realizar la interpretación de la misma.

Por otro lado, se debe considerar también que el análisis debe realizarse desde la perspectiva del destinatario de la publicidad. En otras palabras, se deberá considerar la interpretación que realizaría el consumidor, pues este es el objetivo a quien se encuentra dirigido el anuncio y, por consiguiente, será éste quien

finalmente le atribuya el significado. En consecuencia, para efectos del análisis no se deberá considerar la perspectiva de la autoridad ni, inclusive, la lectura del mismo anunciante (Rodríguez & Sosa, 2014, p. 44).

La Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI establece que no siempre coincidirán las interpretaciones que el anunciante y el consumidor le puedan dar a los anuncios, más aún en aquellos casos en los cuales del análisis del anuncio se desprenda una interpretación desfavorable para alguno de ellos. Por tal motivo, la intención del anunciante no será importante dado que será el consumidor quien definirá el mensaje publicitario bajo sus parámetros, en la medida que éste es el destinatario del anuncio. Ello también es comentado por Fernández Novoa en su texto, quien sostiene que, al interpretar el anuncio se debe dejar de lado el significado que el anunciante le pueda atribuir a la publicidad. (1989, p. 74-75).

Dicho ello, surge la pregunta respecto a qué tipo de consumidor es el que se debe considerar. Sobre el particular, la Resolución N° 0133-2012/SC1-INDECOPI estableció que se toma como base la interpretación realizada por un consumidor razonable. Además, añade que para efectos de entender cuál sería la interpretación realizada por este consumidor, no es necesario recurrir a realizar encuestas o foccus groups, pese a la utilidad que ello podría tener. Así pues, ello nos parece lógico, toda vez que realizar este tipo de actividades para cada caso que deba ser analizado supondría incurrir en costos innecesarios e incluso podría llevar a dilatar el procedimiento. En tan sentido, continuando con lo dispuesto en la mencionada resolución, bastará con que la autoridad realice un análisis integral y superficial de la publicidad, en atención a las características de los servicios o productos anunciados.

Siguiendo esta línea de ideas, destacamos también lo dispuesto en la Resolución N° 1024-2011/SC1-INDECOPI, en la cual se establece que el estándar del consumidor sobre el que se realizará la interpretación de la publicidad podrá variar según cuál sea el público objetivo al cual se encuentre dirigida el anuncio publicitario. De ese modo, establece que cuando el producto es uno de consumo masivo, no habrá un público destinatario en específico, por lo que el estándar a considerar es simplemente la percepción del consumidor razonable. En cambio, si el bien promocionado tiene características particulares y el canal publicitario

se encuentra segmentado; es decir, si la publicidad va dirigida a un público en particular, podrá considerarse que el consumidor pertenecerá a un círculo más especializado que aplicará mayores conocimientos en la interpretación del anuncio. En consecuencia, en estos casos se sostiene que se deberá aplicar un parámetro de consumidor experto en la interpretación.

Ahora bien, ya habiendo desarrollado cuál es el tipo de consumidor en base al cual se deberá realizar el análisis, volvemos a la pregunta acerca de cómo se debe interpretar la publicidad. El artículo 21 de la LRCD establece que el análisis a realizar deberá ser uno de naturaleza integral y superficial. Así, por un lado, el análisis superficial implicará realizar una interpretación espontánea del anuncio materia de análisis; por lo tanto, no se deberán admitir interpretaciones forzadas del mensaje publicitario. Por otro lado, el análisis integral implicará que el anuncio publicitario deba ser analizado como un todo, de forma tal que no se realice lecturas fragmentadas en donde se omitan elementos que lo integren (Rodríguez & Sosa, 2014, p. 21)

Otro punto a considerar sobre el tema de la interpretación reside en la forma cómo se deben comprender las frases o palabras empleadas en la publicidad. Sobre el particular, el autor Fernández Novoa sostiene que, al momento de interpretar el anuncio no pueden emplearse criterios gramaticales ni filológicos (1989, p. 73). En esta misma línea de ideas, en la Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI el Tribunal de Defensa de la Competencia establece que, en la interpretación del mensaje publicitario no se debe considerar aproximaciones meramente gramaticales o lingüísticas de las expresiones contenidas en los anuncios, pues dicho análisis podría resultar más complejo o contradictorio con la interpretación que realizaría el consumidor. Ello se deberá a que el significado literal puede dejar de lado otros componentes del anuncio e incluso el contexto en el cual fue difundido.

Habiendo desarrollado hasta este punto cómo se debe interpretar la publicidad comercial y, con miras a un posterior análisis de la interpretación realizada en el caso objeto del presente informe, será necesario responder a una pregunta adicional: ¿cómo se debe analizar las campañas publicitarias?

Las campañas publicitarias son definidas en el literal e) del artículo 59 de la LRCD como aquellos anuncios que sean difundidos respecto de los mismos productos, en un mismo espacio temporal y geográfico, por un mismo anunciante, a través de diversos medios, y que presenten un mismo mensaje publicitario principal. Dicho ello, cabe añadir que, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 21.2 del artículo 21 de la LRCD, las campañas publicitarias deberán ser analizadas considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

2.4. Análisis de la parte captatoria de la publicidad

Un sector de la doctrina sostiene la existencia de una excepción al principio de indivisibilidad del anuncio, el cual está directamente relacionado con la regla de que la publicidad debe ser interpretada de manera integral. Podemos destacar a Fernández Novoa como uno de los autores que sostiene esta postura. Dicho autor sostiene que, para fijar el sentido jurídicamente relevante de una expresión publicitaria muchas veces será necesario separar la parte llamativa –también denominada “parte captatoria”—, de la cual se desprenderá el significado general del anuncio. Sin perjuicio de ello, este autor no propone dejar de lado la regla general referida a la necesidad de realizar una interpretación global (1989, p. 84-85).

Por su parte, Beatriz Patiño sostiene que, la regla de la visión de conjunto de la publicidad se justifica en que, cuando el consumidor ve el anuncio se guía por la impresión general que tiene del mismo, de forma tal que solo mantendrá en su memoria una imagen global del anuncio. No obstante ello, esta autora añade que cuando en la publicidad se distinga una parte que sea especialmente captatoria de la atención de los destinatarios, lo cual generalmente sucede, se deberá dejar de lado la regla de la impresión global (citado en Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013, p. 89)

En este sentido, se denomina a la parte captatoria como aquella sección del anuncio que atrae de manera especial la atención del consumidor, debido a que está dotada de una especial estructura con el fin de captar la mirada u oído del público. Así pues, sobre esta excepción a la regla de interpretación se señala también que, en la medida que los consumidores solo prestan atención a la

publicidad de manera superficial, generalmente éstos solo percibirán la parte captatoria (Fernández Novoa, 1989, p. 85)

En el Perú, Indecopi también ha adoptado este criterio interpretativo al momento de resolver distintos casos. Éste fue plasmado por primera vez en la Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI, la cual corresponde al conocido “Caso Quintuplica”. En este caso la Secretaría Técnica de la CFCD inició un procedimiento sancionador de oficio contra Telefónica por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño en la difusión de su campaña publicitaria de la promoción “Quintuplica”. Esta fue una de las primeras resoluciones en las cuales se indicó que un anuncio publicitario puede tener más de un mensaje, pues el Tribunal de Defensa de la Competencia señaló que una publicidad podría tener un mensaje principal y uno segundo que lo complementa.

Además de ello, como bien se mencionó, en esta resolución se recogió el análisis de la interpretación en base a la parte captatoria, dado que el Tribunal estableció que, correspondía prestar atención a la parte captatoria con el fin de delimitar cuál es el mensaje que efectivamente reciben los consumidores. Ello debido a que tal sección de la publicidad tendría mayor relevancia en el contexto del anuncio, en virtud de su carácter llamativo.

A partir de este caso, Indecopi ha resuelto varios casos más en los cuales ha continuado empleando esta regla de análisis de la parte captatoria de la publicidad. Otro ejemplo de ello puede ser recogido de la Resolución N° 0129-2020/SDC-INDECOPI. En este caso la empresa Reckitt denunció a Clorox Perú por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño, toda vez que publicitó en el envase de su producto “Clorox Quitamanchas Blanco Supremo” que puede ser utilizado para todo tipo de telas, incluso en prendas delicadas. Sin embargo, de acuerdo con las instrucciones de uso contenidas en la parte posterior del producto, el producto no podría ser utilizado en telas de lana, seda y cuero. Asimismo, en YouTube también se difundió un anuncio en el cual se afirmaba que el Nuevo Clorox Quitamanchas limpia todas las telas blancas.

Al momento de realizar el análisis del caso, la Sala empleó el análisis de la parte captatoria de la publicidad al cual nos hemos referido en los párrafos anteriores

y sostuvo que la expresión referida a la posibilidad de aplicar “Clorox Quitamanchas Blanco Supremo” en todo tipo de telas se encontraba en la parte captatoria de los anuncios que componen la campaña publicitaria. Dicho ello, la Sala añade que, cuando un consumidor realice una interpretación superficial y espontánea de la publicidad, no esperaría que este beneficio destacado de manera enfática sea contradictorio con las afirmaciones consignadas de forma secundaria en los anuncios, ni desvirtuado por advertencias de los empaques.

De ese modo, en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante la Resolución N° 001-2021-LIN-CCD/INDECOPI, se estableció que, cuando la autoridad realice el análisis superficial e integral del anuncio publicitario, deberá otorgar un mayor énfasis a la parte captatoria del anuncio, sin que ello signifique realizar un análisis separado del significado de las palabras o enunciados contenidos en el mismo, y sin dejar de lado los demás elementos y el contexto en el que se presentó la publicidad (2021, p. 12).

Por otro lado, podemos encontrar también otro sector de la doctrina que se encuentra en contra de realizar una interpretación de la parte captatoria del anuncio. El autor español José María De la Cuesta Rute sostiene que la regla a seguir para la interpretación es la de la impresión general o global, de forma tal que no será adecuado sacar conclusiones sobre la publicidad tomando aisladamente los elementos del mensaje. Así, este autor añade que realizar un análisis de la parte captatoria da lugar a subjetivismos inaceptables por parte del intérprete de la publicidad, lo cual puede devenir en restricciones a la comunicación publicitaria (citado en Rodríguez & Sosa, 2014, p. 23).

En esta misma línea de ideas, los autores Gustavo Rodríguez y Alex Sosa postulan que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Publicitario español, donde el Código de Conducta Publicitaria del sistema de autorregulación permite el análisis de la parte captatoria como una de las formas de interpretación de la publicidad, nuestra normativa es clara al indicar que los anuncios deberán analizarse bajo a regla de interpretación integral. En tal sentido, sostienen que esta excepción al principio de indivisibilidad de la publicidad, que fue creada jurisprudencialmente, no es compatible con nuestra legislación (2014, p. 23).

3. ¿Entel cumplió con respetar el principio de veracidad en la difusión de sus publicidades?

3.1. Asimetría informativa

Los consumidores requieren contar con información acerca de los productos y servicios ofrecidos en el mercado a efectos de poder realizar sus transacciones diarias. Por ejemplo, al momento de adquirir un teléfono nuevo, hay información mínima que será importante conocer, como cuál es el modelo del equipo, el precio y otras características del mismo. Así pues, la información con la que éstos cuenten podrá determinar que opten por uno u otro producto o servicio.

En esta línea de ideas, el autor Gabriel Gonzales sostiene que los consumidores realizan valoraciones respecto de los bienes y servicios que son ofrecidos en el mercado, las cuales determinan el curso del sistema competitivo. No obstante, añade que dichas valoraciones no reflejarán realmente las preferencias de los consumidores si es que éstos no tienen la información suficiente acerca de las características y condiciones de los bienes y servicios ofrecidos. En cambio, si estos sí cuentan con la información suficiente podrán tomar decisiones realmente basadas en sus preferencias (2009, p. 67)

Alfredo Bullard define a la asimetría informativa como aquella situación en la cual una de las partes de la relación jurídica tenía conocimiento de información que era ignorada por la otra, la cual resulta importante para el negocio jurídico celebrado. (2006, p. 440). Queda claro entonces que, bajo esta definición, en la relación proveedor-consumidor, la parte que tenía mayor información a su alcance serían los proveedores, frente a la falta de información de los consumidores.

En esta línea de ideas, Gonzales comenta que existe una diferencia entre la información y experiencia con la que cuentan los proveedores y los consumidores respecto de los servicios y bienes que circulan en el mercado. Es así que, mientras que, los proveedores ya cuentan con dicha información, para los consumidores, el acceder a ello supondrá incurrir en costos elevados. Por tal motivo, añade que el Estado debe dirigir sus esfuerzos a corregir esta asimetría informativa, para cuyo efecto debe imponer deberes y prohibiciones a los

proveedores, de forma tal que se sancionen sus actos cuando éstos induzcan a error a los consumidores (2009, p. 68)

Es en este contexto en que se destaca la importancia del respeto al principio de veracidad y la prohibición de los actos de engaño, como una forma de sancionar a aquellos proveedores que, por medio de anuncios publicitarios u otros medios, induzcan a error, de manera real o potencia, a otros agentes.

3.2. ¿En qué consiste el principio de veracidad publicitaria?

Como bien fue señalado en el apartado dedicado al tema de la publicidad comercial, ésta es una herramienta que fomenta la competencia en el mercado y que es muy utilizada por los agentes económicos con el objetivo de atraer la atención de los consumidores. No obstante, también indicamos que, en ese afán de competir, los anunciantes podrían alterar el contenido de la publicidad y desvirtuar su naturaleza informativa, induciendo a error a otros. Es por ello que, generalmente es a través de la publicidad que se materializan los actos de engaño.

En esta línea de ideas, Pierino Stucchi sostiene que, dado el rol informativo que la publicidad tiene en el mercado, los oferentes la utilizarán para transmitir a los consumidores aquellos datos o información que le permitan destacar su oferta sobre la de sus competidores. Así pues, añade que, mediante la publicidad, los anunciantes buscarán presentar su producto como aquel que genera mayores beneficios a menores costos, para lo cual podrán otorgar información sobre calidad, precio, ofertas, entre otros. Es allí donde cobra importancia el principio de veracidad –en ese momento expresado en la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor— como una prohibición de inducir a error a los consumidores (2007, p. 187).

Sobre lo indicado en el párrafo precedente será importante precisar que, si bien ley a la cual se hace mención ya ha sido derogada, en la actualidad, esta prohibición de inducir a error y, en consecuencia, el deber de respetar el principio de veracidad, se despenden del artículo 8 de la LRCD. Es por ello que se sostiene que el principio de veracidad publicitaria se encuentra íntimamente ligado a los actos de engaño, en la medida que lo que éste prohíbe es la inducción a error a los consumidores en la difusión e publicidad comercial.

La Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI –también conocida como el precedente Metro— estableció que a los anunciantes no se les impone un deber de imparcialidad en la presentación de sus mensajes publicitarios. Es decir, no tienen la obligación de presentar una imagen neutral de los productos y servicios que ofrecen, lo cual guarda relación con la finalidad persuasiva de la publicidad, toda vez que los anunciantes no podrían aprovechar este medio para captar la atención de los consumidores a su oferta, si es que presentaran los mismos de manera neutral. No obstante, se destaca que ello no significará que los anunciantes tendrán plena libertad para presentar cualquier tipo de mensaje en su publicidad, sino que encontrarán un límite en el principio de veracidad.

Por otro lado, resaltamos lo dispuesto por Gabriel Gonzales, quien señala que el principio de veracidad publicitaria no limita qué tipo de información se debe difundir, sino que establece cómo es que se debe difundir la información. De ese modo, añade que este principio establece que los anunciantes podrán realizar actividad publicitaria en la medida que cumplan con no inducir a error a los consumidores; es decir, respeten la prohibición de no engañar (2009, p. 72).

Por su parte, la Resolución N° 0847 -2008/TDC-INDECOPI establece que el principio de veracidad no tiene como propósito que los consumidores cuenten con toda la información necesaria para adoptar sus decisiones de consumo, pues éstos tendrán a su disposición más información que la presentada en los anuncios, al momento de contratar. No obstante ello, la omisión de información también podrá ser considerada como una forma de inducción a error bajo ciertos supuestos, lo cual será desarrollado con mayor profundidad en el siguiente punto.

3.3. Contenido del mensaje publicitario

En los anuncios publicitarios, los agentes económicos podrán valerse tanto de alegaciones objetivas como alegaciones subjetivas para transmitir su mensaje. No obstante, solo aquellas afirmaciones de carácter objetivo serán susceptibles de ser analizadas bajo el principio de veracidad. Dicho ello, a continuación, se desarrollará el tema de las alegaciones subjetivas y objetivas:

3.3.1. Alegaciones subjetivas

Como bien fue mencionado, el principio de veracidad no se aplica a las alegaciones subjetivas, toda vez que se entiende que éstas no tienen un carácter comprobable y no son susceptibles de inducir a error a los consumidores. Así pues, dentro de este tipo de alegaciones encontramos a los (i) juicios estimativos, (ii) las expresiones publicitarias triviales y de carácter general y (iii) las exageraciones publicitarias.

a) Juicios estimativos

Este primer tipo de alegaciones subjetivas será visto como frases subjetivas, sin mayor sentido, que utilizan los anunciantes y que no son tomadas en serio por los consumidores (Sosa, 2017, p. 166). Asimismo, como bien se puede desprender de su nombre, éstas versan sobre puntos opinables y es por ello que no existen criterios que permitan determinar su exactitud, pues lo que reflejarán es netamente la opinión del anunciante (Maguiña & Sosa, 2010, p. 110)

Un ejemplo de este tipo de afirmaciones podrá presentarse si una marca de zapatos indica en su publicidad que “la nueva línea de zapatos para hombres es la más cómoda del mundo”. Será evidente que, en dicho caso, estaremos ante una afirmación que simplemente refleja una opinión referida a un gusto personal, frente a la cual un tercero podría tener una percepción distinta. Por lo tanto, no será susceptible de comprobación ni estará sujeta al principio de veracidad.

b) Expresiones publicitarias triviales y de carácter general

Este tipo de alegaciones consistirán en alabanzas genéricas del producto o servicio, las cuales se presentarán principalmente como frases vacías, concisas y fáciles de recordar, que los consumidores interpretan como simples invitaciones a comprar o adquirir los productos o servicios ofrecidos (Maguiña & Sosa, 2010, p. 110).

c) Exageraciones publicitarias

Este tercer tipo de alegaciones subjetivas consistirá en frases o alegaciones utilizadas por los anunciantes con el propósito de enaltecer las bondades de su oferta, pero que, en la medida que se presentan de forma exagerada, no son tomadas en serio por los consumidores (Sosa, 2017, pp. 166).

Sobre el particular, Lema Devesa sostiene que las exageraciones publicitarias poseen un núcleo fáctico, lo cual significará que en el fondo de éste tipo de alegaciones existirá un mínimo de verdad, el cual será aumentado por el anunciante excesivamente. En tal sentido, este autor añade que la existencia de éste núcleo fáctico será la razón que permitirá diferenciar las exageraciones publicitarias de la publicidad engañosa, la cual es un tipo de alegación objetiva (citado en Sosa, 2017, p. 166). Vemos así que, a diferencia de los juicios estimativos y de las expresiones triviales y de carácter general, éstas no estarán basadas netamente en opiniones, sino que poseerán cierto componente comprobable.

Dicho ello, se puede identificar 3 características que están presentes en este tipo de alegaciones: "(i) es una alegación de tono altisonante que tiene un contenido total o parcialmente concreto y comprobable; (ii) posee un núcleo fáctico de verdad; y (iii) el público consumidor no la toma en serio" (Maguiña & Sosa, 2010, p. 105).

3.3.2. Alegaciones objetivas

Como bien ya fue mencionado anteriormente, el principio de veracidad únicamente será aplicable a las alegaciones objetivas, las cuales serán aquellas que transmitan datos verificables, medibles o comparables (Stucchi, 2007, p. 187).

Así pues, de ello se desprende que, a diferencia de las afirmaciones de carácter subjetivo, caracterizadas por reflejar principalmente la opinión del anunciante u otro tipo de frases que no resultarán creíbles para los consumidores, las afirmaciones objetivas sí transmitirán información susceptible de ser verificable y es por ello que se encontrarán sujetas al principio de veracidad.

Sobre el particular, los autores Ricardo Maguiña y Alex Sosa señalan que este tipo de alegaciones se podrán clasificar o dividir en (i) publicidad en tono excluyente y (ii) publicidad objetiva *per se*. En primer lugar, respecto a la publicidad en tono excluyente sostienen que estará compuesta por los siguientes elementos característicos: (a) afirmar que el anunciante o su producto ocupa una posición preeminente o que posee alguna ventaja frente a sus competidores, (b) tener un contenido informativo concreto, (c) contener afirmaciones

comprobables, y (d) ser tomada en serio por los consumidores (Maguiña & Sosa, 2010, p. 99).

En esta misma línea de ideas, Carlos Lema Devesa sostiene que la publicidad en tono excluyente es aquella que presenta al anunciante o a los productos o servicios que éste ofrece, en una situación de preeminencia en el mercado frente al resto de sus competidores o frente a lo que éstos últimos ofrecen. Adicionalmente, este autor añade que el mensaje que se difunde en este tipo de publicidad deben ser veraz; es decir, las características o condiciones que se ofrecen deben ser verdaderas (citado en Maguiña & Sosa, 2010, p. 99).

De lo anterior se desprende que, tal como lo anticipa su nombre, este tipo de publicidad tendrá como rasgo principal que el anunciante presente el producto o servicio ofrecido mantiene una posición ventajosa y preponderante frente a la de sus competidores, lo cual será tomado en serio por los consumidores. Es por ello que se encontrará sujeto al principio de veracidad, lo cual implica que el anunciante deberá cuidar de no inducir a error a los consumidores o cualquier otro agente con este tipo de alegaciones.

Por otro lado, respecto a la publicidad objetiva *per se*, ésta se refiere a el resto de publicidad comercial –distintas de la publicidad de tono excluyentes— que contenga alegaciones objetivas. En tal sentido, conforme a lo indicado al explicar la definición de estas afirmaciones, la información contenida en este tipo de publicidad será susceptible de ser comprobada y no dependerá de la representación mental individual o particular o de la opinión de quien emite el mensaje, sino de aquello que haya sido recibido como un dato por los destinatarios del mensaje (Maguiña & Sosa, 2010, p. 103). De ese modo, se reitera que este tipo de publicidad también se encontrará sujeta al principio de veracidad.

3.4. Formas de inducir a error

A continuación, se desarrollarán las formas en las cuales se puede generar la inducción a error:

3.4.1. Engaño (falsedad)

El engaño o falsedad es el caso más típico de publicidad falsa, el cual consistirá en todo anuncio que presente un mensaje publicitario que difiera de la realidad (Sosa, 2017, p. 163). Por ejemplo, estaremos ante un caso de falsedad cuando un anunciante, en su publicidad, diga que el producto ofrecido tiene ciertas características; sin embargo, al contrastar con la realidad, se aprecie que, en realidad, el producto no tenía las características ofrecidas.

3.4.2. Omisión de información

Si bien es cierto que los anunciantes no tienen el deber de incluir toda la información respecto del producto o servicio ofrecido en la publicidad, la omisión de cierta información sí supondrá una infracción al principio de veracidad y, por tanto, será susceptible de inducir a error a los consumidores. En tal sentido, cuando se hace referencia a la omisión de información como una forma de inducción a error no se habla de cualquier omisión, sino que ésta debe presentarse en un elemento que genere como efecto una distorsión total en el mensaje publicitario que los receptores puedan recibir de la publicidad (Sosa, 2017, p. 164)

En la Resolución N° 0168-2004/TDC-INDECOPI (citado en Gonzales, 2009, p. 73), se establecieron dos condiciones a considerar para que la información omitida sea considerada relevante:

- (i) que la información omitida no resulte previsible por un consumidor razonable según los usos y costumbres existentes en el mercado; y
- (ii) que la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio

De ese modo, se observa que no basta con que exista una omisión de información para que la conducta pueda ser sancionable, sino que ésta deberá generar en los consumidores una apreciación errónea respecto de las características de los servicios o productos ofrecidos.

En esta línea de ideas, Carlos Lema Devesa sostiene que, la omisión de circunstancias esenciales convierte una alegación en engañosa. Por lo tanto, añade que, cuando se omite una circunstancia relevante, ese silencio será

susceptible de engañar al público y, en consecuencia, influir en sus decisiones de consumo (2007, p. 42).

3.4.3. Mensajes ambiguos

Se estará ante mensajes publicitarios ambiguos cuando, tal como el término lo anticipa, el mensaje pueda entenderse de más de una manera por un consumidor razonable. De ese modo, la razón por la cual se sanciona este tipo de mensajes radica en que una de las formas como se podrá entender el mensaje publicitario resultará falsa y, por consiguiente, inducirá a error. Por tal motivo, se sostiene que cuando se esté ante un caso de ambigüedad a causa de la existencia de diferentes interpretaciones derivadas del anuncio publicitario, se deberá optar por una interpretación a favor del destinatario (Sosa, 2017, p. 163).

Dicho ello, un caso que permitirá ejemplificar esta forma de inducción a error lo encontramos en la Resolución N° 0468-2017/SDC-INDECOPI. En este caso, se presenta una empresa dedicada a la venta de colchones, la cual, para comercializar sus productos y al referirse a la garantía otorgada, utilizó las frases “Garantía ilimitada” y “Garantía 20 años”. Frente a ello, tanto la Comisión como la Sala sostuvieron que estas frases transmitían un mensaje ambiguo al consumidor y lo inducían a error respecto al tiempo de duración de la garantía aplicable. Ello pues, al estar frente a frases que ofrecían tiempos de garantía completamente distintos, los consumidores no tenían certeza respecto de cuál era el verdadero alcance temporal de la garantía en cuestión.

3.5. El deber de substanciación previa

Conforme ya se ha expuesto en puntos anteriores, el principio de veracidad impone el deber a los agentes económicos de no inducir a error mediante la difusión de su publicidad comercial. Asimismo, se ha indicado también que únicamente se podrá analizar la veracidad de las alegaciones cuando estas sean objetivas, pues solo este tipo de afirmaciones serán tomadas en serio por los consumidores y tendrán un carácter comprobable.

Así las cosas, será importante agregar que todo anunciante que difunda afirmaciones objetivas tiene la responsabilidad de contar con medios que respalden dichas afirmaciones; además, el anunciante deberá contar con dichos

medios incluso antes de difundir la información, conforme se desprende de lo indicado en los numerales 8.3 y 8.4 del artículo 8 de la LRCD.

En primer lugar, el numeral 8.3 regula el tema de la carga de la prueba, estableciendo que ésta recae en el anunciante. Sobre el particular, Carlos Patrón sostiene que, si a estos casos administrativos se trasladara la regla general aplicable en la mayoría de sistemas procesales, según la cual la carga de la prueba recae en quien afirma los hechos que configuran su pretensión, supondría imponer a los consumidores elevados costos que desincentivarían a presentación de denuncias. En tal sentido, añade que, la imposición de esta carga de la prueba en los anunciantes es económicamente más razonable, dada la asimetría de información y de recursos entre los proveedores y los consumidores. Asimismo, señala que requerir a los anunciantes probar las afirmaciones realizadas en sus anuncios impone un costo social menor (1995, p. 246)

Por otro lado, respecto a la oportunidad en la cual se debe contar con los medios de prueba –contemplado en el numeral 8.4.—, Pierino Stucchi sostiene que el anunciante deberá ser capaz de probar la veracidad de las afirmaciones que haya realizado en su publicidad en cualquier momento en que la Comisión se lo solicite, ya sea en el marco de una supervisión o por alguna denuncia que pueda haber sido presentada. Ello en la medida que la norma exige que, para la difusión del mensaje publicitario debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad del mismo. Por lo tanto, deberá poder presentar las pruebas idóneas que acrediten ello sin dilación, cuando le sea requerido. En tal sentido, añade que el anunciante no deberá pretender recabar las pruebas recién en el momento en que le sean requeridas, sino que ya deberá poseerlas con anterioridad (2007, p. 188).

De ese modo, los autores Gustavo Rodríguez y Alex Sosa extraen dos posibles resultados en caso los anunciantes no cumplan con la carga que les es impuesta por el principio de substanciación previa:

- (i) “si el anunciante no prueba la veracidad o exactitud de sus afirmaciones objetivas de forma fehaciente, se considerará

- configurado un acto de engaño, aunque todas las afirmaciones pudieran haber sido sustancialmente verdaderas; y,
- (ii) si el anunciante no prueba la veracidad o exactitud de sus afirmaciones objetivas con pruebas anteriores a la difusión de la información que debe sustanciarse, se considerará configurado el acto de engaño, aunque pruebas posteriores puedan respaldar la veracidad de la información revelada”. (2014, p. 44-45).

De lo anterior se desprende que los anunciantes podrán incurrir en actos de engaño, no solo en aquellos casos en los cuales empleen alegaciones que sean susceptibles de inducir a error a otros, sino que, incluso cuando usen alegaciones objetivas y ciertas, si no cumplen con su deber de substanciación previa, también incurrirán en actos de engaño.

4. Análisis aplicado al caso concreto

Hasta este punto se ha desarrollado la posición de la doctrina y de la llamada jurisprudencia administrativa, referida a los temas principales que se encuentran vinculados con los problemas jurídicos identificados a inicios del presente trabajo. Es así que, a continuación, nos enfocaremos en dar respuesta a los problemas planteados, en atención al caso concreto.

Conforme fue expuesto en los hechos, este caso inició con la denuncia interpuesta por América Móvil contra Entel, por la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de una serie de anuncios publicitarios en el marco de la campaña “La Yapa”. Es por ello que, evidentemente, el problema principal al que se pretende dar respuesta es si efectivamente Entel incurrió en dichos actos de competencia desleal.

El artículo 8 de la LRCD es claro al definir los actos de engaño como aquellos que tengan como efecto real o potencial inducir a error a otros agentes del mercado. Por lo tanto, si en este caso se está imputando a Entel la comisión de actos de engaño, lo que corresponderá analizar es si el mensaje expuesto por esta empresa en su campaña publicitaria habría inducido a error o, al menos, sería susceptible de inducir a error a terceros, principalmente a los consumidores.

Así pues, de ser ese el caso, se podrá concluir que Entel no interactuó en el mercado sobre la base del principio de competencia por eficiencia, toda vez que habría pretendido captar la preferencia de los consumidores frente a sus competidores, y aumentar el número de transacciones comerciales con los consumidores, en base a la difusión de información engañosa. En tal sentido, me encuentro de acuerdo con los autores Alberto Bercovitz y Pierino Stucchi cuando ambos sostienen que los actos de engaño generarán un perjuicio no solo en la competencia —lo cual es propio de todo acto de competencia desleal— sino también, de forma indirecta, en los consumidores.

Dicho ello, a efectos de determinar si se cometieron o no actos de engaño, adoptaremos la metodología de análisis establecida en la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI, a la cual se hizo referencia en el primer apartado del presente trabajo y, según la cual, corresponderá primero identificar cuál es el mensaje de la campaña publicitaria “La Yapa”, y, luego de ello, recién a analizar si dicho mensaje respetó o no el principio de veracidad.

En primer lugar, ya se ha sostenido que en este caso no estamos ante publicidades aisladas, sino que se trata de una campaña publicitaria, toda vez que, en la línea con la definición plasmada en el artículo 59 de la LRCD, los anuncios fueron difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante —Entel—, y a través de diversos medios. Dicho ello, a continuación, presentaremos algunos de los anuncios publicitados, a fin de poder proceder luego a identificar cuál fue el mensaje difundido.

Anuncio en televisión



Anuncio difundido en la vía pública



Anuncio difundido en Facebook



Anuncio en volantes



Estos son solo algunos de todos los anuncios que integraron la campaña publicitaria “La Yapa”, los cuales nos permitirán realizar el análisis respectivo para determinar cuál fue el mensaje publicitario difundido. De acuerdo con lo

dispuesto en el artículo 21 de la LRCD, deberemos interpretar la campaña realizando un análisis integral y superficial de los anuncios que la componen, y evaluando los mismos desde la perspectiva del destinatario de la publicidad.

En tal sentido, siguiendo esta forma de análisis; es decir, dejando de lado interpretaciones forzadas y lecturas fragmentadas de los anuncios, en la línea de lo dispuesto por los autores Alex Sosa y Gustavo Rodríguez, se puede observar que todos los anuncios que conforman la campaña reiteran el siguiente mismo mensaje publicitario: “Por recargas desde S/. 5, los clientes o potenciales clientes podrán hacer uso de redes sociales Facebook y WhatsApp por 30 días, de forma ilimitada, sin consumir su saldo”.

Al respecto, de la revisión de los anuncios podemos apreciar que las frases empleadas varían en las distintas publicidades. Por ejemplo, en algunos casos encontraremos la frase “por recargas desde S/. 5”, mientras que, otras veces se usará la frase “recargando 5 soles”. Del mismo modo, la frase “sin consumir tu saldo” también alterna con la frase “sin gastar tu saldo”. No obstante lo anterior, en esencia, el mensaje será el mismo.

La Resolución objeto de análisis también ha identificado este mensaje común en la campaña, lo cual no ha sido discutido por las partes. Asimismo, destacamos el hecho que, tomando en consideración los supuestos de engaño denunciados por América Móvil, la Sala dividió este mensaje en dos, a efectos de realizar el análisis referido al cumplimiento del principio de veracidad. Así pues, me encuentro de acuerdo con la división realizada, toda vez que de este mensaje efectivamente se desprenden dos alegaciones distintas, cuya veracidad habría sido cuestionada:

- (i) Entel promociona que, por **todas las recargas de S/. 5**, los consumidores podrían adquirir ciertos beneficios
- (ii) Entel ofrece a los consumidores, como parte de los beneficios, poder hacer uso de las redes sociales Facebook y WhatsApp **sin consumir su saldo**.

Estas fueron las dos alegaciones presuntamente engañosas que se analizaron en la Resolución. Fueron las frases destacadas en negrita aquellas cuya veracidad fue puesta en tela de juicio.

Ahora bien, la etapa de la interpretación no se limita al momento de la determinación del mensaje, sino que también deberemos aplicar las reglas de interpretación para determinar si las alegaciones realizadas por el demandado cumplieron o no con el principio de veracidad. Así las cosas, antes de adentrarnos en el análisis en sí mismo, será preciso responder a una de las preguntas secundarias que realizamos, la cual consistirá en determinar cuál es la forma correcta de interpretar la publicidad comercial.

Como bien se mencionó párrafos atrás, la norma de competencia desleal es clara, en primer lugar, respecto a que la publicidad deberá ser interpretada desde la perspectiva del destinatario de la misma; es decir, del consumidor. Al respecto, lo cierto es que los intereses de los proveedores y de los consumidores siempre serán distintos, por lo cual, interpretar la publicidad bajo la mirada de los primeros traería consigo una visión parcializada de la misma. Los proveedores no pueden ser “juez y parte” en lo que respecta al análisis de la publicidad, y ello sucedería si es que éstos, además de ser los anunciantes, también definieran el sentido en el que la publicidad debe ser interpretada.

Los proveedores buscarán promocionar sus productos de la manera más atractiva posible para captar la atención de los consumidores, para lo cual, utilizarán frases llamativas en su publicidad y siempre optarán por una interpretación favorable a sus intereses comerciales. Además, dada la existencia de asimetría informativa en las relaciones de consumo, los proveedores se encontrarán en mejor posición, frente a los consumidores, de comprender los términos técnicos que puedan ser empleados en sus anuncios. Por ello, si se pusiera como estándar analizar la publicidad desde la mirada de los proveedores, los consumidores quedarían desprotegidos frente a interpretaciones técnicas y complejas.

El consumidor, como destinatario del anuncio, al analizar el mismo no lo hará desde una mirada técnica, sino que empleará conocimientos más generales y la información básica que pueda tener acerca del producto o servicio ofrecido. Así las cosas, en el caso objeto de análisis, las publicidades que integraron la campaña “La Yapa” se encontraban dirigidas a un grupo bastante amplio de consumidores –cualquier persona que estuviera interesada en el servicio móvil ofrecido—, quienes no contaban con conocimientos especializados sobre el

tema. Por tanto, será la perspectiva de ese grupo la que se debe adoptar al realizar el análisis, pues son ellos quienes estarán expuestos al mensaje publicitado.

De ese modo, en la línea con lo dispuesto por los autores Alex Sosa y Gustavo Rodríguez, así como lo desarrollado por diversas resoluciones de Indecopi como la Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI, reiteramos que se debe dejar de lado la interpretación que el anunciante pueda atribuir a los anuncios y se deberá centrar únicamente en la mirada que el consumidor puede tener de la publicidad.

Por otro lado, otra regla a considerar es que la publicidad debe analizarse de manera integral y superficial. No obstante, observamos que existen ciertas posturas que proponen una excepción a la regla de la interpretación integral, postulando un análisis centrado en la parte captatoria de la publicidad. Al respecto, considero que es innegable que, en todo anuncio siempre habrá una parte que atraerá en mayor medida la atención de los consumidores, pues es una estrategia de marketing de los anunciantes utilizar cierta tipografía llamativa o emplear un mayor tamaño de letra en algunas frases para centrar la atención de los consumidores en ciertas partes del anuncio sobre otras. Sin embargo, considero que nuestra norma es clara al establecer como regla de análisis el realizar una interpretación global del anuncio.

En tal sentido, me encuentro de acuerdo con lo dispuesto por los autores Gustavo Rodríguez y Alex Sosa respecto a que dicha excepción adoptada de ordenamientos extranjeros es incompatible con nuestra legislación. Considero que el identificar la parte captatoria del anuncio puede ser útil al momento de determinar cuál es el mensaje que se pretende difundir con la publicidad, mas no sería adecuado basarse en esa regla al momento de analizar el significado del anuncio y determinar si éste cumple con el principio de veracidad, pues centrarse netamente en la parte captatoria supone dejar de lado que la publicidad es un todo. Al realizar un análisis de la publicidad se debe prestar atención tanto a lo dispuesto en la parte más llamativa, como en la menos resaltante, y deberá existir coherencia y no contradicción entre ambas.

Por otro lado, en lo que respecta a la regla de interpretación superficial de la publicidad, considero importante destacar que la importancia de ésta para el

análisis residirá en que manda a dejar de lado interpretaciones rebuscadas de los anuncios. Así pues, considero que ello se encuentra ligado al hecho que, conforma ya se había indicado anteriormente, el análisis debe hacerse desde la mirada del consumidor, pues éste no realizará un análisis exhaustivo al ver la publicidad, sino que incluso muchas veces no dedicará más de unos pocos segundos a revisar la misma.

Dicho ello, a continuación, procederemos a analizar si, en el caso objeto de análisis, Entel respetó el principio de veracidad en la difusión de sus publicidades.

Conforme se indicó párrafos atrás, del mensaje de la campaña publicitaria de Entel se puede distinguir dos alegaciones cuya veracidad fue cuestionada por América Móvil. Por ello, éstas serán analizadas por separado.

- (i) Entel promociona que, **por todas las recargas de S/. 5**, los consumidores podrían adquirir ciertos beneficios

Como bien se desarrolló anteriormente, debemos tener presente que el principio de veracidad solo es aplicable a las alegaciones objetivas y no a las de carácter subjetivo. Así pues, será evidente que esta primera alegación es una de tipo objetivo y, por tanto, sí se puede analizar si ésta es susceptible de inducir a engaño. Ello se debe a que la afirmación aquí presentada sí puede ser comprobada, pues será cuestión de acreditar si, efectivamente, todas las recargas de S/. 5 otorgan beneficios o no. No es una afirmación que refleje una perspectiva u opinión particular.

Adicionalmente, indicamos que hay diferentes formas de inducir a error: (i) ambigüedad, (ii) engaño o falsedad y (ii) omisión de información. En primer lugar, descartamos que la alegación que estamos analizando pueda ser calificada como ambigua, pues de acuerdo con la doctrina, vimos que se califican de ese modo aquellas alegaciones de las que se pueda extraer más de un significado, los cuales sean contradictorios, de forma tal que uno de éstos inducirá a error. No obstante, este no es el caso, pues la frase presentada es bastante clara. Cualquier consumidor razonable al leer la misma solo podrá arribar a una conclusión: si realiza una recarga por el monto indicado recibirá los beneficios

ofrecidos (uso de redes sociales de manera ilimitada por 30 días y sin consumir su saldo).

Así las cosas, habiendo descartado que se trate de una frase ambigua, quedaría pendiente analizar si en este caso presuntamente estaremos ante una inducción a error por falsedad o por omisión de información. Al respecto, en el caso la denunciante alegó que era falso que los consumidores pudieran acceder a los beneficios ofrecidos por todas las recargas desde S/. 5, toda vez que, en los mismos Términos y Condiciones de esta campaña, Entel estableció que los beneficios serían otorgados desde la segunda recarga. Por lo tanto, en la línea de lo dispuesto en la Resolución –aunque ésta no desarrolló a profundidad por qué circunscribió este supuesto en esa forma de engaño— considero que se trataría de un caso de omisión de información.

Si bien es cierto que el anunciante no tiene la obligación de incluir toda la información del producto o servicio ofrecido en la publicidad, conforme a lo dispuesto por el autor Lema Devesa, la omisión de cierta información si podrá inducir a error. En este caso, según lo argumentado por América Móvil, lo que Entel habría omitido indicar en su publicidad es que los beneficios se obtendrían recién con la segunda recarga.

Así pues, adoptando los criterios establecidos en la Resolución N° 0168-2004/TDC-INDECOPI, los cuales permitirán determinar cuándo la información omitida será relevante, observamos en primer lugar, que la información omitida en este caso no resultaría previsible en lo absoluto para un consumidor razonable. Ello pues, cuando el consumidor lee en la publicidad las frases “por recargas de S/. 5” o “por recargas desde S/. 5” entenderá que solo necesita recargar ese monto para obtener el beneficio. Por otro lado, en atención al segundo criterio presentado en esta resolución, podemos apreciar que, no haber indicado que los beneficios se obtendrían desde la segunda recarga desnaturalizará las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio. Por lo tanto, de este análisis se desprende que no haber incluido dicha precisión en la publicidad trae consigo que los consumidores reciban un mensaje que no se corresponde con la realidad. Los consumidores esperarán obtener beneficios desde la primera recarga; no obstante, Entel ofrece los beneficios recién desde la segunda recarga.

Ahora bien, sobre este punto, cabe añadir que, en contraste con lo resuelto por la Comisión, la cual realizó una interpretación literal del significado de la palabra “recarga”, me encuentro de acuerdo con la forma en que la Sala interpretó esta frase, pues esta supo reconocer que limitarse a una interpretación literal de esa palabra traería resultados equivocados. De ese modo, la Sala tomó en consideración el significado que se le atribuye a dicha palabra en el contexto del sector de las comunicaciones, donde se entiende “recarga” como colocar saldo en la línea telefónica. De esa interpretación se desprende que cuando en la publicidad se lee “por recargas de S/. 5”, los consumidores entenderán que ello aplica desde la primera recarga. En consecuencia, reiteramos que es posible concluir que, respecto a esta primera alegación Entel habría vulnerado el principio de veracidad, pues esta sería susceptible de inducir a error a los consumidores.

(ii) Entel ofrece a los consumidores, como parte de los beneficios, poder hacer uso de las redes sociales Facebook y WhatsApp **sin consumir su saldo.**

Respecto a esta segunda alegación, nuevamente corresponde analizar primero si ésta es de naturaleza objetiva o subjetiva. Así, podremos concluir que, al igual que la anterior, ésta también tendrá carácter objetivo, en tanto es posible comprobar su veracidad o falsedad, pues bastará con revisar si el uso de dichas redes sociales consume o no el saldo de los clientes.

Por otro lado, respecto a la forma en que esta alegación podría inducir a error, considero que en esta oportunidad estaremos ante un caso de engaño por falsedad, toda vez que, de acuerdo a lo expuesto en la resolución, evidentemente el mensaje publicitario difiere de la realidad. Esto se debe a que, mientras que en la publicidad Entel promociona la posibilidad de usar las redes sociales Facebook y WhatsApp sin consumir el saldo, la verdad será que los clientes sí consumirán saldo por el uso de WhatsApp. Incluso Entel mismo reconoció en los términos y condiciones de su campaña que las llamadas de voz que se realicen vía WhatsApp descontarían 20 kilobytes del saldo de los usuarios. Por lo tanto, considero que esta sería una alegación evidentemente falsa y, en consecuencia, no respetó el principio de veracidad.

Adicionalmente, cabe añadir que Entel, al intentar defenderse frente a esta imputación, sostuvo que lo que ellos ofrecían era la posibilidad de usar estos aplicativos de forma ilimitada, mas no que éstos fueran gratuitos. No obstante, si bien es cierto que Entel ofrece poder acceder a dichos aplicativos de forma ilimitada –lo cual no ha sido cuestionado por América Móvil—, lo cierto es que, de una interpretación integral y superficial de las publicidades es posible desprender que Entel también ofrece a los clientes, de manera explícita, poder usar WhatsApp y Facebook “sin consumir su saldo”. De ese modo, reiteramos que Entel también incurrió en actos de engaño al difundir esta segunda alegación en su campaña publicitaria “La Yapa”.

Por todo lo expuesto hasta este punto, me encuentro de acuerdo con la decisión final a la cual arribó la Sala de Especializada en Defensa de la Competencia en la resolución objeto de análisis, pues Entel sí habría incurrido en actos de engaño al difundir las alegaciones “por todas las recargas de S/. 5”, así como “sin gastar tu saldo” en su campaña publicitaria. Sin perjuicio de ello, considero que la Sala pudo haber realizado un desarrollo más amplio al momento de explicar por qué calificó ambas alegaciones como tipos de engaño por omisión de información, dado que se limitó a explicar la teoría referida a este tipo de engaño. Es así que, a diferencia de lo dispuesto por la Sala yo considero que solo la primera alegación podría ser considerada como un caso de engaño por omisión de información, mientras que la segunda sería un claro caso de engaño por falsedad, donde lo publicitado contrasta de forma evidente con ofrecido en la realidad.

Por otro lado, respecto a la forma correcta como se debe interpretar la publicidad, no comparto con la Sala que ésta adoptara un análisis de la parte captatoria del anuncio. Ello pues, conforme a lo ya explicado, ésta desvirtúa la regla que impone que la interpretación se dé de manera integral, en la medida que admite una lectura fragmentada de la publicidad. Al analizar la primera alegación, la Sala estableció que el hecho que se haya precisado en los términos y condiciones que los beneficios se otorgarían a partir de la segunda recarga no se condecía con el mensaje captatorio de la publicidad. No obstante, considero que no había necesidad de recurrir a este criterio de la parte captatoria, pues tan solo de un análisis integral y superficial de la publicidad era posible desprender que dicha

condición, incluida en los términos y condiciones, era contradictoria con el mensaje promocionado.

Por último, cabe apreciar que en el análisis realizado en este caso no fue necesario evaluar si se cumplió con el deber de substanciación previa, toda vez que, según lo dispuesto por nuestra normativa y, conforme se citó anteriormente a Pierino Stucchi al exponer sobre este tema, este deber exige que el proveedor cuente con los medios probatorios que sustenten la veracidad de las alegaciones de forma previa a la difusión de su publicidad. Empero, como en este caso se concluyó que las alegaciones presentadas inducían a engaño y no estábamos ante un caso donde la dificultad residiera en sustentar la veracidad de lo alegado, pues incluso Entel mismo había reconocido en sus términos y condiciones elementos que contrastaban notoriamente de lo ofrecido en su publicidad, no fue relevante adentrarnos en el análisis del cumplimiento del deber de substanciación previa para determinar la presencia de actos de engaño.

En tal sentido, reitero que en el presente caso Entel habría incurrido en actos de engaño en la difusión de las alegaciones “sin consumir tu saldo” y “por todas tus recargas de S/. 5” en su campaña publicitaria “La Yapa”. Así pues, ésta sería una forma de actuar contrario al principio de competencia por eficiencia, toda vez que estaría atrayendo la demanda de los consumidores sobre la base de engaños y no en base a su esfuerzo. Además, al difundir este tipo de afirmaciones contrarias al principio de veracidad dificultará que las personas cuenten con información cierta que les permita adoptar decisiones de consumo que satisfagan adecuadamente sus intereses.

VI. CONCLUSIONES

1. Los actos de engaño son aquellos actos de competencia desleal que tendrán como efecto, ya sea real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre las características de los productos o servicios ofrecidos. De ese modo, de acuerdo a lo desarrollado por Indecopi, a efectos de analizar en un caso si un agente económico ha incurrido en este tipo de actos, se deberá partir por identificar cuál es el mensaje difundido, el cual deberá ser de carácter objetivo, pues solo este tipo de mensaje puede dar lugar es este tipo de actos. Luego de ello, recién se procederá a

analizar si se respetó o no el principio de veracidad en la difusión de las alegaciones presentadas. Así, aquellas alegaciones que no respeten dicho principio serán calificadas como engañosas.

2. En el caso objeto de análisis América Móvil denunció a Entel por la comisión de actos de engaño en su campaña publicitaria denominada “La Yapa”. América Móvil sostuvo que Entel habría ofrecido que “por todas las recargas desde S/. 5” los clientes podrían acceder a los aplicativos de WhatsApp y Facebook de manera ilimitada y “sin consumir su saldo” hasta por 30 días; no obstante, dichas alegaciones presentadas en sus anuncios contrastaban con lo verdaderamente ofrecido. Ello pues, América Móvil denunció que los beneficios ofrecidos eran otorgados recién a partir de la segunda recarga y que el uso de WhatsApp sí consumía el saldo de los clientes. En tal sentido, a efectos de analizar este caso fue preciso seguir el análisis propuesto por Indecopi —al cual se hizo mención en el punto precedente— el cual nos permitió resolver si, efectivamente, Entel incurrió en este tipo de acto de competencia desleal.
3. Como principales reglas para la interpretación de la publicidad comercial identificamos que ésta debe ser analizada de manera integral y superficial. Ello significa que se debe tomar en cuenta todos los elementos que la componen y no se debe incurrir en interpretaciones forzadas o rebuscadas. Asimismo, se debe dejar de lado un análisis basado en el criterio de la parte captatoria, toda vez que éste no sigue lo dispuesto por nuestra normativa, en la medida que va en contra de la regla que exige que la publicidad sea analizada en su conjunto, dejando de lado lecturas fragmentadas.
4. El análisis deberá ser realizado bajo la perspectiva de un consumidor razonable, pues estos serán los destinatarios de la publicidad y, por lo tanto, son ellos quienes se encuentran en mejor posición para analizar la misma. Adicionalmente, en casos de campañas publicitarias como “La Yapa”, éstas deberán ser analizadas en su conjunto. De ese modo, realizando una interpretación integral y superficial de esta campaña identificamos las dos alegaciones que cuestionó América Móvil: (i) Entel

promocionó que “por recargas desde S/. 5” los clientes podrían acceder a los beneficios y (ii) podrían usar WhatsApp y Facebook “sin consumir su saldo”.

5. Adentrándonos en el segundo paso del análisis de los actos de engaño, observamos que ambas alegaciones son de carácter objetivo, toda vez que no se basan en percepciones personales del anunciante, sino que serán susceptibles de ser comprobables.

Entonces, al realizar el análisis del principio de veracidad, por un lado, se concluyó que Entel sí habría vulnerado dicho principio respecto de la primera alegación. Ello se debe a que dicha empresa habría cometido un engaño por omisión de información, al no indicar en la publicidad que los beneficios se obtendrían recién desde la segunda recarga, pese a que esta era una información que no resultaba previsible para los consumidores al analizar la publicidad, y a que la falta de esta información desnaturalizaba las condiciones de la oferta. Por lo tanto, respecto a la segunda alegación también se concluyó que Entel habría incurrido en un acto de engaño, pues la realidad era que las llamadas de WhatsApp sí consumían hasta 20 kilobytes. Así pues, en este caso se concluyó que el engaño se presentó bajo la forma de falsedad, por el contraste notorio entre lo publicitado y lo ofrecido.

6. La decisión adoptada en segunda instancia por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia fue correcta, toda vez que, de una interpretación integral y superficial de los anuncios que componen la campaña “La Yapa” es posible concluir que Entel incurrió en actos de engaño. En consecuencia, el actuar de dicha empresa habría sido susceptible de inducir a error a los consumidores que estuvieran expuestos a su publicidad, quienes podrían haber basado sus decisiones de consumo sobre la base de información falsa.

BIBLIOGRAFÍA

Aramayo, A., Gagliuffi I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A., & Stucchi, P. (2013). Competencia desleal y regulación publicitaria

Barry, L. (2019). Actos de engaño como supuesto de competencia desleal. En *Competencia Desleal. Análisis del Decreto 274/2019*.

Bullard, A. (2006). Cuando la gente se equivoca La asimetría y los defectos de información en la contratación. En *Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. 439.496

Fernández Novoa, C. (1989). Estudios de derecho de publicidad: homenaxe da Facultade de Dereito o autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, catedrático de Dereito Mercantil, nos XXV años de catedra

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

Guzman, C. (2011). Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N 1044. *Revista de Derecho administrativo*, (10), 245-257.

Indecopi. (23 de diciembre de 1996). Resolución N° 096-96/TDC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (03 de setiembre de 2007). Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (24 de octubre de 2007). Resolución N° 2046-2007/TDC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (05 de mayo de 2008). Resolución N° 0847 -2008/TDC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (10 de febrero de 2011). Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (24 de febrero de 2011). Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (18 de mayo de 2011). Resolución N° 1024-2011/SC1-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (26 de enero de 2012). Resolución N° 0133-2012/SC1-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (22 de febrero de 2012). Resolución N° 473-2012/SC1-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (10 de agosto de 2017). Resolución N° 0468-2017/SDC-INDECOPI. Lima, Perú.

Indecopi. (20 de octubre de 2020). Resolución N° 0129-2020/SDC -INDECOPI. Lima, Perú.

Kresalja, R. (1993). Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. Derecho PUCP, 47, 13.

Lema Devesa, C. (2007). *Problemas jurídicos de la publicidad: estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Marcial Pons.

Maguiña, R., & Sosa, A. (2010). "El mejor del Perú": ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja usted. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 6(10), 93-116.

Murillo, J. (2013). Los mil y un rostros de la publicidad análisis sobre el actual concepto jurídico de publicidad comercial en el Perú.

Patrón, C. (1995). El principio de veracidad y la "subsanción" previa en materia publicitaria. *THEMIS Revista de Derecho*, (32), 239-248.

Pazos, J.; Capurro, A.; Mac Kee, G. y Escalante, A. (2021). *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Lima, Perú: Indecopi.

Rodríguez, G. (2013). Fundamentos económicos y legales de la legislación sobre represión de la competencia desleal. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 9(17), pp. 19-33.

Rodriguez, G., & Sosa, A. (2014). *Con licencia para anunciar: un tratado sobre publicidad y su tratamiento legal en el Perú*

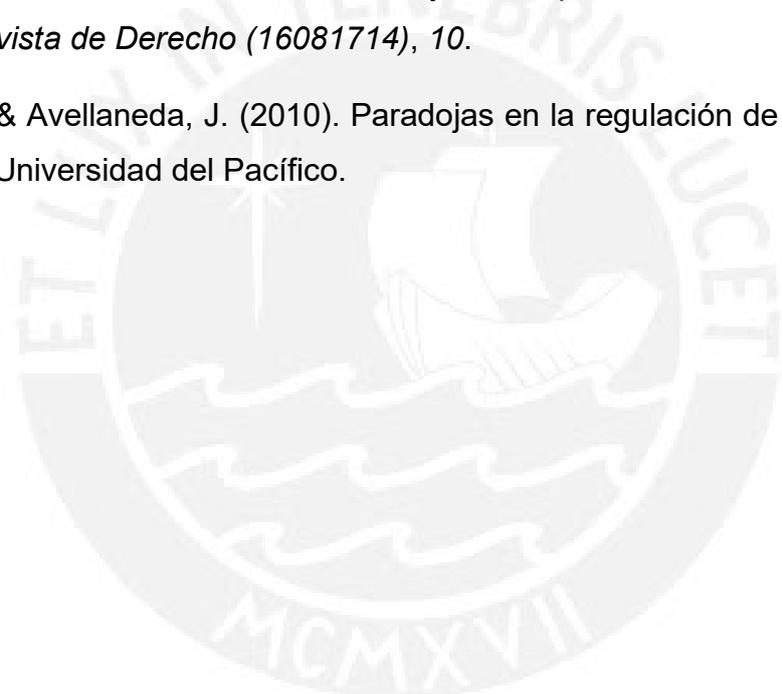
Sosa, A. (2017). Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). *Derecho & Sociedad*, (49), 161-182.

Stucchi, P. (2005). El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias. *Ius et veritas*, (31), 41-58.

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.}

Stucchi, P. (2009). Los actos de competencia desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal. *Revista de Derecho* (16081714), 10.

Súmar, Ó., & Avellaneda, J. (2010). Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú. Universidad del Pacífico.



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
DENUNCIANTE : AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
DENUNCIADO : ENTEL PERÚ S.A.¹
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL
ACTOS DE ENGAÑO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: se **REVOCA** la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI; y, reformándola, se declara fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Entel Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de las afirmaciones “Por recargas de S/5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, junto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”, en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.

El fundamento es que los anuncios que conforman la campaña antes indicada dan a entender que los usuarios prepago de Entel Perú S.A. obtendrán determinados beneficios con todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00). Sin embargo, de acuerdo con los términos y condiciones de la promoción los beneficios se otorgarán a partir de la segunda recarga, contradiciendo así el mensaje principal unificador difundido.

Asimismo, se **CONFIRMA** la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Entel Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de las afirmaciones “sin consumir tu saldo” y “sin gastar tu saldo”, en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.

Esta decisión se sustenta en el hecho que la empresa denunciada ofrecía a los usuarios prepago la posibilidad de emplear WhatsApp y Facebook Messenger sin que ello consuma su saldo. Sin embargo, de conformidad con los términos y condiciones de la promoción, se consumen 20 kilobytes del saldo de los usuarios al realizar llamadas mediante la aplicación WhatsApp, lo cual contradice el mensaje publicitario antes indicado.

¹ Empresa identificada con RUC número 20106897914.

Finalmente, en atención al alcance de la publicidad infractora, los medios empleados para su difusión (televisión nacional, radio nacional, volantes, prensa escrita a nivel nacional, y paneles publicitarios en 22 ciudades en el país), así como la sustancialidad del mensaje difundido, se SANCIONA a Entel Perú S.A. con sesenta (60) Unidades Impositivas Tributarias.

SANCIÓN: SESENTA (60) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 14 de junio de 2018

I. ANTECEDENTES

1. El 20 de octubre de 2016², América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) denunció a Entel Perú S.A. (en adelante, Entel) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) por presuntamente incurrir en actos de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal³ (en adelante, la Ley de Represión de la Competencia Desleal).
2. En su denuncia, América Móvil señaló lo siguiente:
 - (i) Entel difundió una campaña publicitaria denominada “La Yapa” promocionando un beneficio para todos sus usuarios prepago, consistente en que las recargas comprendidas en la promoción obtendrían megabytes de regalo desde la primera recarga, cuando en realidad la “yapa” se entrega desde la segunda recarga.
 - (ii) Asimismo, en dicha campaña se publicitaron las afirmaciones “sin consumir tu saldo” y “sin gastar tu saldo”, dando a entender a los usuarios que los beneficios ofrecidos no consumirían su saldo. Sin embargo, de la revisión de las restricciones de la campaña, se advierte que las llamadas por WhatsApp consumen hasta 20 kilobytes, por lo que sí se consume el saldo.

² Complementado con escrito del 1 de junio de 2017.

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 8.- Actos de engaño.-

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

(...)

- (iii) Por otro lado, Entel difundió un anuncio en el que publicitaba un “Bono de bienvenida Prepago”, con lo cual el consumidor entendería que si es nuevo usuario prepago de Entel, gozaría de determinados beneficios al hacer una recarga. Sin embargo, ello sería falso, pues solo aquellos que hagan una recarga de cinco soles o más tendrían este “bono”, mas no quienes hacen una recarga menor.
3. Mediante Resolución s/n del 2 de marzo de 2017, 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 la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a lo siguiente:
- (i) Habría difundido la campaña “La Yapa”, la cual ofrecería a los consumidores que sus usuarios y potenciales usuarios prepago tendrían acceso a determinados beneficios, pero serían inducidos a error debido a que:
- a. Contendría frases como “*Por recargas de S/5*”, “*Recarga desde 5 soles*”, “*30 días*”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger, las cuales darían a entender a los consumidores que al realizar una recarga a partir de los cinco soles (S/ 5.00) recibirían Facebook Messenger y WhatsApp ilimitados por treinta días. Sin embargo, ello no sería cierto pues el bono se otorgaría en la segunda recarga.
 - b. Contendría frases como “*Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento*” y/o “*¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!*”, las cuales darían a entender a los consumidores que todas las recargas comprendidas en la promoción ofrecerían megas de regalo desde la primera recarga. Sin embargo, ello no sería cierto pues los megas de regalo se entregarían en la segunda recarga.
 - c. Contendría frases como “*Sin consumir tu saldo*” y/o “*Sin gastar tu saldo*”, las cuales darían a entender a los consumidores que podrían disfrutar de los beneficios anunciados sin consumir el saldo o los megas adquiridos; cuando en realidad, dicha afirmación sería inexacta y/o errónea, dado que conforme a las condiciones de la promoción, las llamadas de voz realizadas a través del aplicativo WhatsApp consumirían hasta 20kb por llamada, por lo que el uso de dicha aplicación implicaría el “consumo” o “gasto” del saldo adquirido.

- (ii) Habría difundido un anuncio mediante el cual ofrecería la promoción denominada “Bono de Bienvenida Prepago”, a través del cual se daría a entender a los usuarios y potenciales usuarios prepago que podrían acceder a determinados beneficios una vez realizada la primera recarga del plan. Sin embargo, ello no sería cierto, pues dicho bono solo sería aplicable para las recargas desde cinco soles (S/ 5.00).
4. El 18 de abril de 2017, Entel presentó sus descargos y señaló lo siguiente:
- (i) La promoción denominada “La Yapa” sí se cumple de acuerdo con sus condiciones y sus restricciones. Al respecto, es importante señalar que la primera recarga es aquella que se realiza luego de activar una nueva línea, por lo cual, en el caso de usuarios nuevos, la bonificación publicitada se otorgará con la segunda recarga. En el caso de los demás usuarios, estos podrán acceder a la promoción con las nuevas recargas que realicen.
 - (ii) El “Bono Prepago” también es otorgado de acuerdo a lo informado en la publicidad, la misma que señala claramente que solo aplica para las recargas realizadas desde cinco soles (S/ 5.00).
 - (iii) La campaña publicitaria de la promoción “La Yapa” ha sido difundida en televisión nacional, radio nacional, prensa escrita, paneles en la vía pública a nivel nacional, en su página en Facebook y en su portal web, desde el 15 de agosto de 2016 hasta el 31 de diciembre de dicho año.
5. El 9 de agosto de 2017 se llevó a cabo una audiencia de informe oral, en la cual las partes reiteraron lo expuesto en el procedimiento. Asimismo, el 22 y 23 de agosto del mismo año, América Móvil y Entel, respectivamente presentaron sus alegatos finales.
6. Por Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI del 13 de septiembre de 2017, la Comisión resolvió declarar lo siguiente:
- (i) Infundada la imputación realizada contra Entel referida a la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de las afirmaciones publicitarias de la campaña “La Yapa”: *“Por recargas de S/5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”,* en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como *“Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”.*
 - (ii) Infundada la imputación realizada contra Entel referida a la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de la promoción “Bono de Bienvenida Prepago”.

- (iii) Fundada la imputación realizada contra Entel referida a la comisión de actos de engaño por la difusión de la afirmación publicitaria de la campaña “La Yapa”, “*Sin consumir tu saldo*”.
7. Asimismo, la Comisión: (i) ordenó una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria y las piezas publicitarias infractoras; (ii) denegó el pedido de América Móvil de ordenar la publicación de un aviso rectificatorio; y, (iii) sancionó a Entel con una multa ascendente a 40 UIT.
8. Los fundamentos de la primera instancia fueron los siguientes:
- (i) En cuanto a las frases tales como “*Por recargas de S/5*”, “*Recarga desde 5 soles*”, “*30 días*”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “*Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento*” y/o “*¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!*”, se observa que la palabra “recargar” significa “volver a cargar”. En ese sentido, es válido indicar que los beneficios de esta campaña se entregarán en la “segunda carga” de saldo, por lo que estas afirmaciones no indujeron a error al consumidor.
- (ii) Con relación a las frases “*Sin consumir tu saldo*” y/o “*Sin gastar tu saldo*”, se advierte que las condiciones de la promoción informan que las llamadas de voz a través del aplicativo WhatsApp consumirían hasta 20kb por llamada, por lo que el uso de esta aplicación sí implica el “consumo” o “gasto” del saldo. Por tanto, sí se incurrió en engaño al consumidor en este extremo.
- (iii) Finalmente, en cuanto a la promoción “Bono de Bienvenida Prepago”, se observa en el cuerpo del anuncio publicitario cuestionado la mención a que este bono se entrega a las recargas realizadas a partir de los cinco soles (S/ 5.00). Por tanto, la información en sus condiciones y restricciones no es contradictoria con el mensaje transmitido en este anuncio.
- (iv) Con relación a la graduación de la sanción, no es posible emplear el criterio del beneficio ilícito debido a que la campaña cuestionada, además de ofrecer WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados, también tenía otros beneficios, por lo que corresponde emplear otros criterios, como el de modalidad y alcance. Así, se aprecia que la campaña se difundió a través de anuncios en Facebook, su página web y folletos, mas no en otros medios como televisión o radio (por lo que no es posible aplicar el criterio de la reincidencia). Por tanto, y en atención a que la información

trasladada es relevante para el consumidor, se impone una multa de cuarenta (40) UIT.

9. El 16 de octubre de 2017, América Móvil apeló la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI en los extremos que declararon infundadas las imputaciones realizadas contra Entel con relación a la difusión de las afirmaciones “*Por recargas de S/5*”, “*Recarga desde 5 soles*”, “*30 días*”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “*Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento*” y/o “*¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!*” de la campaña publicitaria denominada “La Yapa”. Al respecto, indicó lo siguiente:
 - (i) La interpretación de la publicidad debe ser hecha de manera superficial e integral, sin considerar solo el significado gramatical de las palabras, sino el contexto en el cual estas se difunden.
 - (ii) Así, se entiende que el término “recarga” no implica “una segunda carga”, sino que en el sector de telecomunicaciones significa colocar saldo en la línea correspondiente (lo cual también abarca la primera recarga).
 - (iii) De esta forma, se concluye que Entel sí cometió actos de engaño, pues los beneficios ofrecidos se otorgan recién con la segunda recarga, mas no desde la primera vez que se coloca saldo a la línea del usuario.
10. Por otro lado, América Móvil manifestó que la medida correctiva ordenada no corregiría las distorsiones generadas en su totalidad, por lo que solicitó que se ordene a Entel la publicación de un anuncio rectificatorio.
11. El 16 de octubre de 2017, Entel interpuso recurso de apelación contra la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la imputación de cargos. Al respecto, indicó lo siguiente:
 - (i) Su empresa no ofreció en la publicidad servicios gratuitos, sino únicamente el uso de aplicaciones de forma ilimitada, lo cual implica su acceso continuo y permanente.
 - (ii) Con relación a la graduación de la sanción, la Comisión no ha empleado parámetro objetivo alguno, y ha entrado en diversas contradicciones al momento de calcular la multa. En primer lugar, no ha sustentado adecuadamente por qué descartó el empleo del criterio del beneficio ilícito para la graduación de la sanción, pese a que es una metodología recomendada por la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en adelante, la GEE) porque dota de objetividad a la multa a imponer.

- (iii) Adicionalmente, la Comisión incurre en contradicciones, pues señala que los medios empleados para difundir los anuncios son de fácil y permanente acceso, considerando únicamente los difundidos a través de Facebook, su sitio web y volantes, siendo estos de alcance menor en contraposición a los anuncios en televisión y radio (los cuales sí son de fácil y permanente acceso). Ello solo refuerza el hecho de que debió emplearse un parámetro objetivo para graduar la sanción.
 - (iv) Finalmente, solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
12. El 16 de mayo de 2018, América Móvil presentó sus alegaciones a la apelación y adicionalmente solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral.
 13. El 6 de junio de 2018, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la presencia de los representantes de ambas partes, quienes reiteraron lo indicado en el transcurso del procedimiento. Adicionalmente, la representante de Entel alegó que, de acuerdo con sus condiciones y restricciones, en el caso de usuarios nuevos el bono promocionado se entrega desde la segunda recarga, pues la primera recarga es la activación de la línea.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

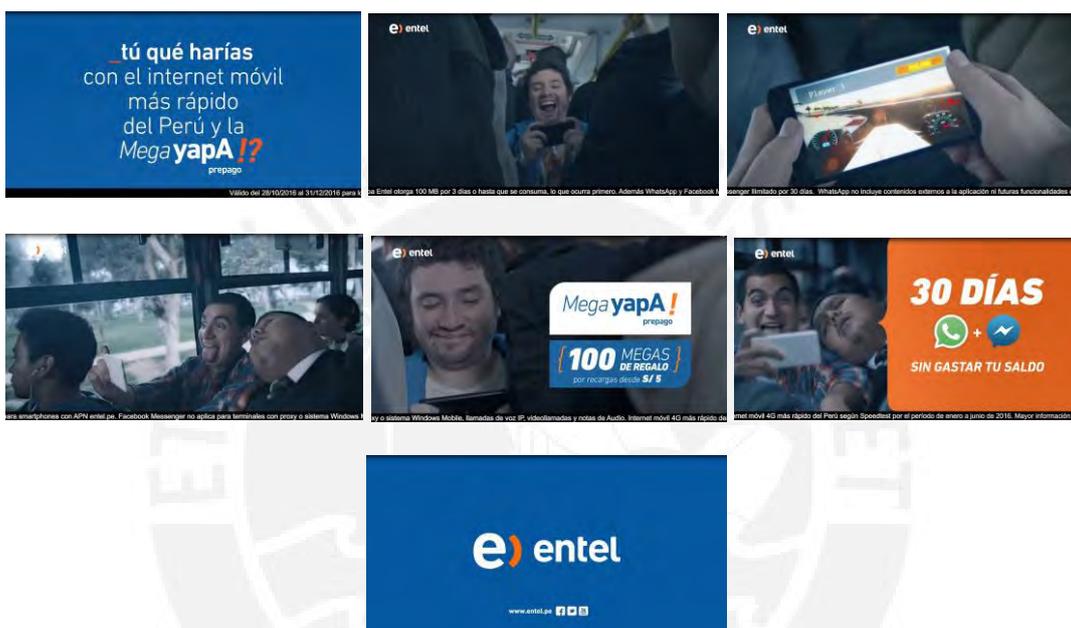
14. De acuerdo con lo expuesto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) deberá determinar lo siguiente:
 - (i) Si Entel incurrió en actos de engaño al difundir las afirmaciones “*Por recargas de S/5*”, “*Recarga desde 5 soles*”, “*30 días*”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “*Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento*” y/o “*¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!*” en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.
 - (ii) Si Entel incurrió en actos de engaño al difundir las afirmaciones “*Sin consumir tu saldo*” y/o “*Sin gastar tu saldo*” en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.
 - (iii) De ser el caso, si la sanción impuesta a Entel adolece de un vicio que afecte su validez.
 - (iv) De corresponder, la sanción a imponer a Entel.
 - (v) De ser el caso, si corresponde, confirmar la medida correctiva impuesta por la Comisión.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Descripción de los anuncios de la campaña publicitaria cuestionada por América Móvil

15. En el presente caso, los anuncios difundidos por Entel son los siguientes:

(i) Anuncio en televisión:



El anuncio inicia con la siguiente pregunta en fondo azul: “*tú qué harías con el internet móvil más rápido del Perú y la MegayapA!? Prepago*” mientras una voz en *off* lee la pregunta. Seguidamente aparecen imágenes de una persona jugando con su teléfono celular y otra tomándose una fotografía. Luego la voz en *off* dice: *Con la MegaYapa te regalamos cien megas por recargas desde cinco soles y para que te mantengas conectado un mes, sí, ¡todo un mes! Treinta días de WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados sin gastar tu saldo. ¡Migra a Entel!*

(ii) Anuncio en radio 1:

El anuncio inicia con una voz en *off* que dice: “*Y tú, ¿qué harías con el internet móvil más rápido del Perú y la Yapa de Entel?*” y otra voz responde: “*Fácil pues brother, whatsappearía a mis patas para la pichanga y los planes de la noche, además de trollear algunos posts en Facebook y bueno pues todo lo que se me*

ocurra”. Finalmente la voz en off indica: “Con la Yapa Prepago de Entel recargando cinco soles, te damos treinta días de redes sociales ilimitadas sin gastar tu saldo y además con la Mega Yapa, te damos cien megas de regalo para usarlos como quieras.”

(iii) Anuncio en radio 2:

El anuncio inicia con una voz en off que dice: “Y tú, ¿qué harías con el internet móvil más rápido del Perú y la Yapa de Entel?” y otra voz responde: “Fácil pues brother, whatsappearía a mis patas para la pichanga y los planes de la noche, además de trollear algunos posts en Facebook y bueno pues todo lo que se me ocurra”. Finalmente la voz en off indica: “Llegó la Mega Yapa Prepago de Entel. Recarga cinco soles y te regalamos redes sociales ilimitadas con Pokémon Go sin gastar tu saldo. Además, cien megas para usarlos como quieras.”

(iv) Anuncio en radio 3:

El anuncio inicia con una voz en off que dice: “Y tú, ¿qué harías con el internet móvil más rápido del Perú y la Yapa de Entel?” y otra voz responde: “Fácil pues brother, whatsappearía a mis patas para la pichanga y los planes de la noche, además de full Messenger todo el mes, mañana, tarde y noche, para meterle floro a Carlita pues, y bueno pues todo lo que se me ocurra”. Finalmente la voz en off indica: “Con la Yapa Prepago de Entel, recargando cinco soles, te damos treinta días de redes sociales ilimitadas sin gastar tu saldo y además con la Mega Yapa, te damos cien megas de regalo para usarlos como quieras.”

(v) Anuncio en radio 4:

Persona 1: Oye te quiero contar lo que hice hoy y lo que haré con el internet móvil más rápido del Perú y la Mega Yapa de Entel.

Persona 2: Ah sí, ¿qué cosa?

Persona 1: “Por ejemplo reverendo, en la mañana, armé como veinte grupos de WhatsApp para chatear con toda la gentita, ah, todo el club de fans del Pulpo Paul, ya saben ah. Y ahorita me voy a ver unos videos locazos que me mandaron por Messenger, porque recargando cinco luquitas tengo redes sociales ilimitadas por treinta días sin gastar mi saldo, ¿puede creerlo?”

Persona 2: ¿Ah, sí?

Persona 1: Y además cien megas totalmente gratis. Con la Mega Yapa Prepago de Entel puedo hacer muchas cosas, Reverendo.

Persona 2: Ah, ¡qué bonito!

Persona 1: Por eso migra a Entel. Mayor información ingresa a www.entel.pe

(vi) Anuncio en prensa escrita:

VER ANUNCIO EN PÁGINA SIGUIENTE





tú qué harías con el internet móvil más
rápido del Perú y la **Mega yapA!?**
prepago

**100 MEGAS
DE REGALO**

por recargas desde ***5** / actívalo marcando ***145# op. 2**

ILIMITADO:



PreCIO Incluyen IVM. Válido del 24/04/2016 al 31/10/2016 para los Planes Prepago vigentes. Para acceder al bono de la Mega yapA el cliente primero deberá activarse marcando *145# opción 2 y posteriormente realizar una recarga mínima de S/ 5. La MegayapA otorga 100 MB, SMS ilimitados a operadores móviles nacionales y WhatsApp ilimitado. La vigencia de la MegayapA es de 3 días a partir que se consume, lo que ocurre primero. El servicio de WhatsApp no incluye contenidos externos a la aplicación (envío/recpción de ubicación) ni otras funcionalidades que no estén expresamente indicadas en la presente promoción. Válido para smartphones con APM entel.pe. Facebook modo básico y Facebook Messenger ilimitado hasta el 31/12/2016. No aplica para terminales configurados con proxy. Mayor información en entel.pe/megayapa o www.entel.pe

(vii) Anuncio en volantes:

pOstpago

mejoramos nuestros planes con
MÁS GIGAS!
3GB x 74 S/74
EN PLAN MENSUAL ENTEL CHIP

800 MIN. TODO DESTINO | **ILIMITADO:** WhatsApp, Messenger, Facebook, Instagram, YouTube | **500 SMS**

y en Portabilidad **YouTube por 3 meses ilimitado!!**

prepAgo

la yapA te conecta todo el mes

Por recargas desde **\$ 5**

ILIMITADO x 30 DÍAS (WhatsApp, Messenger, Facebook, Instagram)

100 MEGAS o **30 MINUTOS x 5 días**

sin gastar tu saldo

(viii) Anuncios difundidos en vía pública:

tú qué harías con el internet móvil más rápido del Perú y la

Mega yapA!?
prepago

100 MEGAS DE REGALO

ILIMITADO: WhatsApp + Messenger + Facebook + SMS + Pokémon GO

por recargas de **\$5**

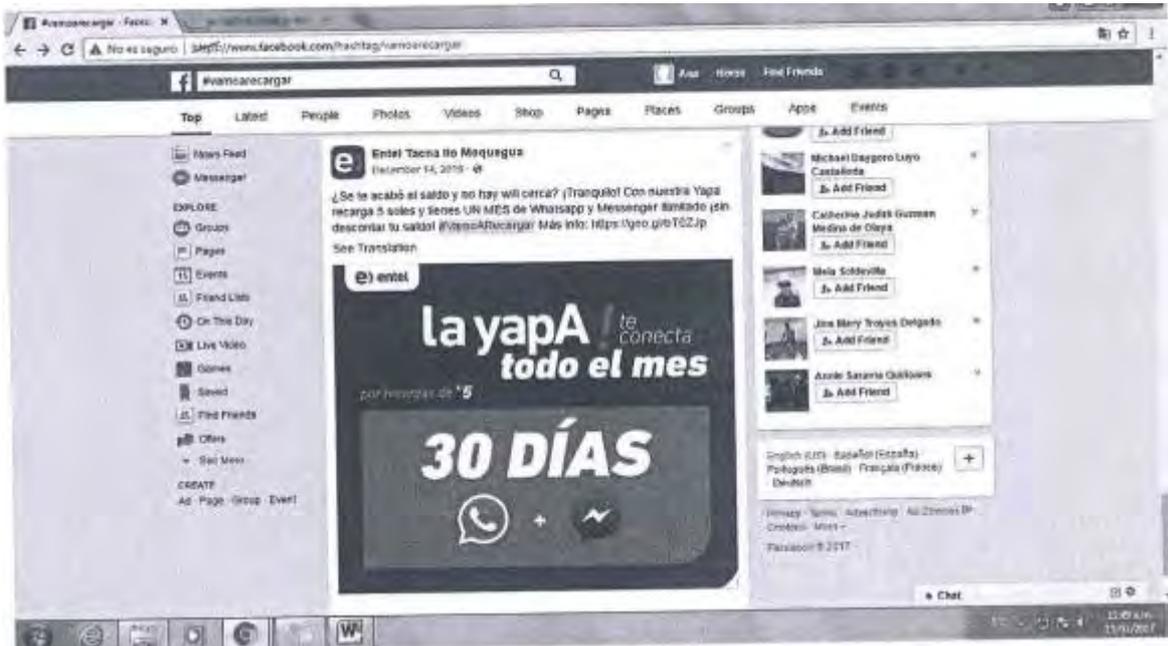
e entel

(ix) Anuncio en página web de Entel



(x) Anuncios difundidos en Facebook:





III.2 Interpretación de los anuncios publicitarios y su evaluación en el marco de una campaña publicitaria

III.2.1 Marco normativo y teórico

16. El artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁴ 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, considerando el referido mensaje en su conjunto.
17. En esa línea, la doctrina ha señalado que existe el “Principio de Indivisibilidad” del anuncio, en virtud del cual no es posible romper la unidad de la pieza publicitaria al efectuar su interpretación⁵.

⁴ **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.

⁵ BAUMBACH – HEFERMEHL, “Introducción a la UWG”, párrafo 3, anotación 16, p. 522, cita extraída de FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”. En: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Madrid: Universidad Santiago de Compostela, 1999, p. 255.

18. En el mismo sentido, la evaluación de los anuncios se debe realizar considerando todo el contenido del anuncio –frases, imágenes y disposición de las mismas en el anuncio–, debido a que es, de esta forma, como un consumidor aprehende el mensaje publicitario⁶.
19. Por ende, las expresiones publicitarias no se pueden analizar aislando sus diversas partes integrantes, las cuales deben ser evaluadas en su conjunto, sin desagregarlas y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios. En otras palabras, todos los datos e imágenes contemplados en los anuncios resultan relevantes, puesto que la propia ley, en la línea de la doctrina, obliga a efectuar un acercamiento integral de la pieza publicitaria.
20. Al momento de interpretar el anuncio publicitario, debe tenerse en consideración que son dos los sujetos involucrados en el proceso de transmisión del mensaje publicitario: el anunciante y el consumidor. Así, el anunciante es el agente que realiza la publicidad; mientras que el consumidor será quien recibe dicha información, la procesa y luego la interpreta según sus propios parámetros.
21. En relación con la interpretación del mensaje publicitario por parte del consumidor, resulta importante tener en consideración que deben dejarse de lado las aproximaciones meramente gramaticales o lingüísticas de las expresiones contenidas en los anuncios, cuando este análisis puede resultar más complejo o incluso contradictorio con la interpretación natural y usual que realizaría un consumidor⁷.
22. Al respecto, el profesor Carlos Fernández - Novoa hace referencia a los siguientes criterios de interpretación de los anuncios publicitarios, tomando como base las pautas seguidas en la práctica alemana:
 - a) *Debe considerarse que a la hora de interpretar el anuncio o de fijar un sentido y efecto no pueden emplearse criterios gramaticales y filosóficos.*
 - b) *Se debe dejar a un lado la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario o anunciante.*
 - c) *Al interpretar el anuncio debe también desconectarse la significación que el juez atribuye personalmente a la expresión publicitaria.*
 - d) *En conclusión, hasta aquí, lo importante es el significado que el anuncio tiene para el*

⁶ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. En: Revista de Derecho Mercantil, N° 107, enero-marzo, 1968, p. 92.

⁷ Dicho razonamiento ha sido seguido en las Resoluciones 176-2015/SDC-INDECOPI, 424-2015/SDC-INDECOPI y 521-2015/SDC-INDECOPI.

consumidor.⁸
(Subrayado agregado).

23. En conclusión, lo expuesto evidencia que para extraer el mensaje publicitario de un anuncio, la autoridad debe realizar una evaluación superficial e integral de las piezas en cuestión –en función a las percepciones que sobre estas posee el público destinatario–, sin efectuar un análisis aislado del significado de cada una de las palabras o afirmaciones (interpretación gramatical), que soslaye los demás elementos y el contexto del anuncio publicitario; y, poniéndose en el lugar del consumidor sin dejarse influenciar por opiniones y percepciones personales.
24. En el caso particular de las **campañas publicitarias**, el enjuiciamiento de la publicidad exige que se analicen los anuncios en conjunto, considerando las particularidades de las piezas publicitarias que las conforman y el mensaje principal unificador de la campaña.
25. De acuerdo con la definición recogida por la Ley de Represión de la Competencia Desleal, una campaña publicitaria se caracteriza por el hecho de que su difusión se realiza: (i) en un único espacio geográfico y temporal, (ii) por un mismo anunciante, (iii) en diversos medios de comunicación, (iv) haciendo referencia a los mismos productos, y (v) presentando un mismo mensaje publicitario principal⁹.
26. Por consiguiente, resulta necesario evaluar los anuncios que componen la campaña publicitaria evaluada, lo cual permitirá interpretar sus alcances y determinar si mediante su difusión, el anunciante ha incurrido en actos de competencia desleal (en este caso, actos de engaño).

III.2.2 Aplicación al caso concreto

27. De la revisión de los anuncios difundidos y que han sido objeto de cuestionamiento, esta Sala aprecia lo siguiente:

⁸ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. La Interpretación Jurídica de las Expresiones Publicitarias. En: Revista de Derecho Mercantil, N° 107, enero-marzo, 1968, p. 53.

⁹ **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;
(...).

- (i) Los anuncios fueron difundidos por un mismo agente económico (Entel);
- (ii) en un periodo determinado (entre los meses de agosto hasta diciembre de 2016¹⁰);
- (iii) a través de diversos medios comunicación (escritos, televisivos, radiales, vía pública e internet);
- (iv) versan respecto de una misma promoción publicitada (denominada “La Yapa” y la “Mega Yapa”); y,
- (v) los anuncios transmitían un mensaje unificador: el ofrecimiento de una promoción dirigida a los usuarios prepago de Entel, consistente en obtener megabytes adicionales, además de WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados, por todas las recargas de cinco soles (S/ 5). Asimismo, se ofrece que las redes sociales se usarán sin consumir el saldo.

28. De acuerdo con lo descrito, se verifican elementos propios que caracterizan una campaña publicitaria. Con lo cual, los anuncios descritos en el numeral 25 de la presente resolución, serán analizados como una campaña publicitaria.

III.3 De los actos de engaño

III.3.1. Marco teórico y normativo

29. 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 negocio¹¹.
30. En tal sentido, 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.
31. Por ende, una vez delimitado el mensaje publicitario y solo si es de naturaleza objetiva, deberá corroborarse con la realidad. En caso exista una discordancia al realizar tal contrastación, podrá concluirse que los anuncios publicitarios evaluados resultan falsos o inducen a error, infringiendo de esta forma el principio de veracidad.

¹⁰ Periodo manifestado por Entel en su escrito de descargos.

¹¹ Ver nota al pie 3.

32. En línea con un pronunciamiento anterior (Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI¹²), los actos de engaño pueden producirse de dos maneras: engaño directo (consistente en que el mensaje publicitario no se condice con la realidad) o la inducción a error al consumidor. En este último supuesto, el consumidor entiende un mensaje distinto al real debido a la forma cómo fueron expresadas las afirmaciones -ambigüedad- o se ve influenciado por el contenido de la publicidad, sin conocer información que, de haber sido difundida, hubiese alterado el mensaje transmitido -omisión de información relevante-.
33. Respecto a este último supuesto de actos de engaño, resulta importante tener presente que no toda información aludida en la publicidad es relevante, por tanto, con la finalidad de evitar cargar el anuncio con información complementaria o accesorio que diluya su mensaje principal, se permite al anunciante indicar en su publicidad un medio complementario de fácil acceso para que los consumidores puedan contar con tal información. Cabe indicar que lo anterior resulta legítimo, en la medida que dicha información no desvirtúe lo señalado en la parte captatoria del anuncio.
34. En esa línea, a través de la Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI, se señaló lo siguiente:

RESOLUCIÓN 1602-2007/TDC-INDECOPI

*“Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, **el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio (...). El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. (...) En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.***

*La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través del servicio de información gratuito a que se refiere el numeral anterior, **debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario (...)**”*

(Subrayado y resaltado agregados)

35. En consecuencia, en estos casos será necesario verificar si existió la omisión que presuntamente habría inducido a error a los consumidores o si, por el contrario, la información presuntamente faltante estaba en un medio complementario con las características descritas previamente. Asimismo, se

¹² Dicha resolución aprobó un precedente de observancia obligatoria sobre los alcances de los actos contra el principio de veracidad. Si bien el mismo no se encuentra vigente, debido a que en la actualidad la norma interpretada ha sido derogada por el Decreto Legislativo 1044, la metodología de análisis se mantiene aplicable, en la medida que el tipo infractor comentado (actos de engaño) no ha sido derogado.

tendrá en cuenta si los datos adicionales distorsionan o no el mensaje publicitario principal difundido.

III.3.2. Aplicación al caso concreto

36. En el presente caso, mediante Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró lo siguiente:
- (i) Infundada la imputación realizada contra Entel referida a la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de las afirmaciones publicitarias de la campaña “La Yapa”: *“Por recargas de S/5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”,* en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como *“Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento”* y/o *“¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”*.
 - (ii) Fundada la imputación realizada contra Entel referida a la comisión de actos de engaño por la difusión de la afirmación publicitaria *“Sin consumir tu saldo”* en la campaña “La Yapa”.
37. América Móvil interpuso recurso de apelación contra los extremos reseñados en el literal (i) del párrafo anterior, y reiteró que la campaña “La Yapa” induciría a error pues dicho beneficio únicamente se haría efectivo cuando el usuario realice una segunda recarga de cinco soles (S/ 5.00), pese a que aquel entiende que todas sus recargas -incluyendo la primera- le darían los beneficios de megabytes adicionales, así como WhatsApp y Facebook ilimitados. En tal sentido, alegó que la interpretación gramatical efectuada por la Comisión era errónea.
38. Por su parte, Entel apeló el extremo indicado en el literal (ii) del numeral 36 de la presente resolución e indicó que en ningún momento difundió un servicio gratuito, sino uno ilimitado. A criterio de la apelante, esto último implica que solo se ofrecía una prestación continua y permanente de las aplicaciones WhatsApp y Facebook Messenger.
39. Considerando los cuestionamientos previamente señalados, se aprecia que, si bien están vinculados a la difusión de una misma campaña, cada uno constituye una diferente causal de engaño. Por consiguiente, este Colegiado los analizará por separado.
- (a) *Sobre la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de las frases “Por recargas de S/5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en*

cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”

40. Mediante Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI la Comisión declaró infundados estos extremos de la denuncia, sobre la base de que el término “recarga”, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española significa a “volver a cargar”, lo cual hace alusión a una segunda “carga” de saldo a la línea del usuario. En ese sentido, estimó que los consumidores no se verían inducidos a error, pues saben que a partir de la segunda “carga” obtendrían los beneficios ofrecidos en la campaña cuestionada.
41. En su apelación, América Móvil ha señalado que la Comisión realizó una interpretación meramente literal de la palabra “recarga”, ignorando el contexto en el cual esta se difunde. Solo considerando este factor, la denunciante señala que se podrá observar que Entel estaría ofreciendo determinados beneficios una vez que se realiza cualquier tipo de recarga, lo cual incluye a la primera recarga.
42. Sobre el particular, tal como fue indicado en el literal (v) del numeral 27 de la presente resolución, el mensaje transmitido en la campaña “La Yapa” ofrece a los consumidores obtener como beneficio WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados, así como megabytes adicionales por todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00).
43. A criterio de la Sala, luego de revisar la resolución apelada, se verifica que es cierto que el término “recarga” por sí mismo tiene como una de sus acepciones “volver a cargar”. Sin embargo, a efectos de realizar el análisis, resulta relevante conocer cómo se entiende dicho término en el contexto de las telecomunicaciones, específicamente en el servicio de telefonía móvil.
44. En primer lugar, se observa que, en las condiciones y restricciones de su promoción, Entel señala lo siguiente:

“Aplica a partir de la segunda recarga física o virtual. La primera recarga realizada luego de la activación de la línea no recibirá el beneficio de la superyapa.”
(Subrayado agregado)
45. Como se puede apreciar, Entel emplea el término “recarga” para referirse a los abonos de saldo a las líneas móviles, de modo que cuando en las condiciones y restricciones de la campaña publicitaria denunciada hace referencia al primer abono de saldo para activar una línea nueva prepago no hace mención al término “carga”, sino al término “recarga”.

46. Adicionalmente, a lo largo del procedimiento, la imputada también se refiere al abono de saldo como "recarga" y sostiene que, en efecto, los beneficios publicitados se otorgan a partir de la "segunda recarga" para los usuarios nuevos, como se puede se verifica a continuación:

ESCRITO PRESENTADO POR ENTEL PERÚ S.A. EL 18 DE ABRIL DE 2017:

"En ese sentido, lo que la condición establecía es que los usuarios que recién adquirirían y activaban su línea, pudieran recibir los beneficios otorgados por "La Yapa", siendo que debían esperar a la segunda recarga para recibirlos.

Es decir, la primera recarga realizada por un usuario a las que hace referencia las condiciones es la que se efectúa con la activación de la línea, la misma que no recibe el beneficio de La Yapa. Estos usuarios deberían esperar a la segunda recarga de la vida útil de su línea para poder recibir los beneficios otorgados por "la Yapa".

Ahora bien, un usuario que ya tenía línea activa con Entel y activaba "la Yapa" no tendría que esperar a realizar una segunda recarga para acceder a estos beneficios, sino que serían otorgados luego de activar su recarga y cumplir con los pasos adicionales para la activación de "la Yapa", conforme a las condiciones de la promoción."

ESCRITO PRESENTADO POR ENTEL PERÚ S.A. EL 23 DE AGOSTO DE 2017:

"(...) la condición mencionaba lo siguiente: "Aplica a partir de la segunda recarga física o virtual. La primera recarga realizada luego de la activación de la línea no recibirá el beneficio de la Super Yapa", y no únicamente la primera oración como consignó Claro en su denuncia.

De la lectura completa e integral de la condición se desprende que los usuarios con línea activa de Entel, accedían sin mayor dificultad al beneficio, teniendo que realizar los pasos establecidos por la promoción para disfrutar de "La Yapa", esto es, realizar una recarga mínima de S/. 3."

47. Como se puede advertir, la propia imputada hace mención al término "recarga" al referirse al abono de saldo en los equipos móviles prepago, tanto en las condiciones y restricciones de su campaña, como en los alegatos presentados a lo largo del procedimiento. Esto quiere decir, que existe una "primera recarga" que estaría destinada a activar la línea nueva prepago y a la cual no se le otorgaría los beneficios de "la Yapa".
48. Adicionalmente, cabe señalar que, en el Glosario de Términos de Telecomunicaciones en Perú, elaborado por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante Osiptel) se hace mención en diversas oportunidades a "recarga" de saldo y no "carga"¹³. Por ejemplo, al momento de definir lo que es un "Histórico de recargas", se menciona: "Es el documento que permite evaluar las recargas realizadas por la empresa operadora, en las fechas, por el periodo y en las condiciones pactadas. Cabe indicar que en los servicios prepago las recargas se realizarán"

¹³ Al respecto, ver:
http://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Glosario_Terminos_Telecomunicaciones/files/assets/common/downloads/Glosario%20de%20T.pdf (consulta realizada el 28 de mayo de 2018).

a solicitud del abonado, mientras que en los servicios postpago serán efectuadas conforme a lo establecido en el mecanismo de contratación.”

49. Con ello, se tiene que el propio Osiptel hace mención al término “recarga” como abono de saldo a las líneas prepago y postpago, sin que se identifique este hecho como una “carga”.
50. Asimismo, en el informe oral ante este colegiado la denunciante mostró diversos ejemplos que revelan que las operadoras Claro, Movistar, Bitel y la propia Entel hacen referencia en los anuncios publicitarios de sus promociones comerciales al término “recarga” y no “carga”.
51. En consecuencia, a diferencia de lo interpretado por la Comisión, esta Sala advierte que, a partir del contexto y usos en el mercado de telecomunicaciones, el mensaje difundido en la campaña es que todas las recargas (la primera, la segunda, etc.) de cinco soles (S/ 5.00) obtendrán el bono de megabytes así como el acceso a WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados por treinta días.
52. Sin embargo, de la revisión de los términos y condiciones de la campaña publicitaria denominada “La Yapa”, se advierte que el bono antes señalado no se otorga a todas las recargas, sino solo se otorga a partir de la segunda recarga, desnaturalizando así el mensaje principal unificador de la campaña y, por ende, induciendo a error a los consumidores.
53. Finalmente, Entel alegó en la audiencia de informe oral que el mensaje debe ser interpretado de acuerdo con los términos y condiciones del anuncio, en los cuales se especifica que la “primera recarga” es aquella efectuada para activar la línea del nuevo usuario prepago, por ello no proporciona beneficio alguno. Por su parte, añadió que la “segunda recarga” es la que otorga lo ofrecido en la publicidad, pues ya la línea se encontraría activada. Asimismo, la denunciada señaló que esta condición era únicamente aplicable a los usuarios nuevos, pues quienes ya tenían su línea activa podían acceder a los beneficios ofrecidos desde un primer momento.
54. Al respecto, esta Sala advierte que la recurrente busca acotar la interpretación del mensaje únicamente a los términos y condiciones de la publicidad, lo cual resulta contrario a las exigencias del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vinculadas a una interpretación superficial e integral de los anuncios publicitarios.
55. A criterio de la Sala, lo establecido en la referida condición no se condice con el mensaje captatorio de la publicidad cuestionada, dado que este último traslada a todos los usuarios (nuevos y antiguos) el mensaje consistente en que podrán obtener determinados beneficios todas las recargas de cinco soles (s/

- 5.00), lo que incluye la primera; sin embargo, las propias condiciones y restricciones señalan que los usuarios nuevos tendrán necesariamente que hacer una segunda recarga para acceder a estos beneficios.
56. Como se puede observar, se verifica una contradicción entre el mensaje difundido a los consumidores y la condición de la promoción “La Yapa”, la cual desnaturaliza lo interpretado por los usuarios respecto del mensaje principal en la publicidad. Por tanto, el usuario entenderá que la primera recarga otorgará el beneficio asociado a la “Yapa” cuando ello no es cierto debido a que este abono únicamente sirve para activar la línea, en el caso de nuevos usuarios.
57. En consecuencia, corresponde revocar la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI y, reformándola, declarar fundada la denuncia contra Entel por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de las afirmaciones “*Por recargas de S/5*”, “*Recarga desde 5 soles*”, “*30 días*”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “*Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento*” y/o “*¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!*”, en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.
- (b) *Sobre la presunta comisión de actos de engaño por la difusión de la afirmación “Sin consumir tu saldo” en la campaña denominada “La Yapa”*
58. Mediante Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró fundado este extremo de la denuncia contra Entel, debido a que, a su criterio, el mensaje transmitido consiste en que el empleo de las aplicaciones WhatsApp y Facebook Messenger no consumirán el saldo de los usuarios. Sin embargo, de las condiciones y restricciones de la promoción se advierte que las llamadas de voz realizadas vía WhatsApp descuentan hasta 20 kilobytes de su saldo.
59. En su recurso de apelación, Entel señala que no buscó publicitar un servicio gratuito, sino únicamente ilimitado, lo que significa una prestación continua y permanente de las aplicaciones WhatsApp y Facebook Messenger. En tal sentido, alega que el hecho de que exista este descuento no desnaturaliza el mensaje difundido.
60. Al respecto, tal como se ha indicado en el literal (v) del numeral 27 de la presente resolución, esta Sala aprecia que los anuncios hacen mención expresa a las frases “*sin consumir tu saldo*” o “*sin gastar tu saldo*” junto a la afirmación “*WhatsApp y Facebook Messenger ilimitados*”. Dichas frases, reiteradas a lo largo de la campaña “La Yapa”, hacen referencia a que el empleo

de WhatsApp y Facebook Messenger no solo es de carácter ilimitado, sino que adicionalmente no conllevará a una reducción del saldo del usuario.

61. Sin embargo, de la revisión de las condiciones y restricciones de la promoción denominada "La Yapa", se advierte que la propia Entel declara que las llamadas de voz que se realicen vía WhatsApp descontarán 20 kilobytes del saldo de los usuarios. A criterio de este colegiado, esta condición contradice el mensaje difundido por la imputada en la campaña cuestionada, induciendo así al consumidor a error, pues al emplear las frases "*sin consumir tu saldo*" o "*sin gastar tu saldo*", aquel tiene la expectativa que el empleo de ambas redes sociales no reducirá su saldo, cuando ello no es cierto.
62. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia contra Entel por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de las afirmaciones "*sin consumir tu saldo*" y "*sin gastar tu saldo*" en la campaña denominada "La Yapa".

III.4. Sobre la medida correctiva

63. El artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal 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 competencia¹⁴.
64. Mediante Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, la Comisión ordenó a Entel una medida correctiva consistente en el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria infractora, en la medida que dé a entender

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 55.- Medidas correctivas

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

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

que su empresa ofrece el beneficio de WhatsApp y Facebook Messenger sin consumir el saldo o sin gastar el saldo, en tanto ello no sea cierto.

65. En su recurso de apelación, América Móvil ha indicado que la medida correctiva ordenada no corregiría las distorsiones generadas en su totalidad, debiendo ordenarse a Entel la publicación de un anuncio rectificatorio.
66. Al respecto, se debe tener en cuenta que una medida correctiva es un instrumento de corrección de aquellas conductas que afectan o pueden perjudicar el mercado, y es en ese contexto, que una orden de cese supone una prohibición de la continuación de los actos infractores, así como un mandato de no realización futura de dicha conducta o sus equivalentes¹⁵.
67. En tal sentido, esta Sala considera que sí resulta pertinente disponer una medida correctiva de cese, a fin de evitar que la conducta infractora se repita en el futuro. No obstante, en atención a que se ha revocado un extremo del pronunciamiento de la Comisión que declaró infundada la denuncia contra Entel, se debe modificar la medida correctiva ordenada por la Comisión, quedando establecida de la siguiente manera:

Ordenar a Entel las siguientes medidas correctivas: (i) el cese definitivo e inmediato de la campaña publicitaria infractora, así como de otras campañas publicitarias, en tanto den a entender a los usuarios prepago que obtendrán beneficios con todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00) y estos se entreguen recién a partir de la segunda recarga; y, (ii) el cese definitivo e inmediato de las piezas publicitarias infractoras u otras que den a entender a los consumidores que los beneficios otorgados se realizarán "sin consumir su saldo" y ello no sea cierto.

68. Con relación a la publicación de un aviso rectificatorio solicitado por América Móvil, esta Sala considera que dada las características de los mensajes infractores, como lo son el hecho de tratarse de beneficios extraordinarios, y que estos se otorgan por un tiempo limitado, la medida correctiva ordenada en el numeral anterior resulta idónea para restablecer la leal competencia y evitar que Entel replique esta conducta sancionada en el futuro. Por consiguiente, no resulta pertinente ordenar además una nueva medida correctiva consistente en la publicación de un anuncio rectificatorio, en particular, al no haberse presentado elementos que revelen la existencia de un efecto residual en el mercado como consecuencia de la campaña publicitaria.
69. Por las consideraciones antes señaladas, corresponde modificar la medida correctiva ordenada a Entel en los términos señalados en el numeral 67 de esta resolución.

¹⁵ Al respecto ver Resolución 0034-2015/SDC-INDECOPI del 20 de enero de 2015; Resolución 231-2017/SDC-INDECOPI del 24 de abril de 2017 y Resolución 253-2017/SDC-INDECOPI del 9 de mayo de 2017.

III.5. Sobre la validez de la graduación de la sanción

70. En su recurso de apelación, Entel alegó que la Comisión habría incurrido en un vicio de motivación en el cálculo de la multa a imponer, pues no habría cumplido con emplear el criterio del beneficio ilícito recomendado por la GEE. Asimismo, la primera instancia habría incurrido en contradicciones en diversos puntos de la graduación de la sanción, lo cual denotaría una falta de objetividad en la multa. A su criterio, la primera instancia señaló que los medios empleados serían de fácil y permanente acceso, sin embargo, posteriormente indicó que la conducta tendría un impacto sustancialmente menor.
71. En primer lugar, corresponde indicar que, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el beneficio ilícito es uno de los criterios que se pueden emplear en la graduación de la sanción¹⁶. Si bien en anteriores pronunciamientos se ha indicado que este es uno de los criterios más empleados en la graduación de la sanción¹⁷, también existen escenarios en los cuales no es posible emplearlo, pudiendo recurrir a otros elementos como, por ejemplo, la modalidad y el alcance de la publicidad infractora¹⁸.
72. Por otro lado, se tiene que la Guía de la GEE es un documento emitido por un órgano de apoyo que podrá ser considerado o no por los órganos resolutivos en virtud de su autonomía técnica y funcional, de acuerdo con el artículo 21 del Decreto Legislativo 1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹⁹.

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-
La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:
a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

¹⁷ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 541-2016/SDC-INDECOPI, 443-2017/SDC-INDECOPI y 721-2017/SDC-INDECOPI.

¹⁸ A manera de ejemplo, ver las Resoluciones 542-2016/SDC-INDECOPI y 646-2016/SDC-INDECOPI.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1033 – LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.**
Artículo 12.- De las Salas del Tribunal.-
12.1 El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un órgano con autonomía técnica y funcional constituido por Salas especializadas en los asuntos de competencia resolutiva del INDECOPI. El número y materia de las Salas será determinada por el Consejo Directivo, considerando la especialización y la carga procesal, según lo dispuesto en el artículo 5, literal b) de la presente Ley.
(...)

Artículo 21.- Régimen de las Comisiones.-

Las Comisiones mencionadas en el artículo anterior tienen las siguientes características:

73. En el presente caso, se advierte que la Comisión motivó adecuadamente cuáles son las razones por las que consideraba que no podía aplicar el criterio del beneficio ilícito en el presente caso, entre ellas por el hecho de que la campaña incluyó características y beneficios adicionales al empleo de WhatsApp y Facebook ilimitados sin consumir el saldo del usuario.
74. Ahora bien, con relación a la presunta contradicción en la que habría incurrido la Comisión, la Sala aprecia que es cierto que en un primer momento la primera instancia, al referirse al alcance de la conducta infractora en el presente caso, menciona que los medios empleados por Entel son de fácil y permanente acceso. Posteriormente, al momento de determinar la aplicación del agravante de la reincidencia, la Comisión indicó que el impacto de la infracción es sustancialmente menor con relación a la conducta en otro procedimiento.
75. Así, se observa que la Comisión no modificó su valoración referida al alcance e impacto de la conducta infractora, sino que al momento de comparar infracciones con un procedimiento anterior para establecer si se configuró o no la reincidencia, estimó que el presente caso el impacto era menor. Por ello, a diferencia de lo indicado por la recurrente, no se observa la contradicción alegada, por lo que corresponde desestimar su pedido de nulidad.

III.6. Graduación de la sanción

Marco normativo

76. Conforme se ha señalado precedentemente, la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los diversos criterios aplicables a fin de determinar la sanción a imponerse, considerando la gravedad de la infracción cometida.
77. Los referidos criterios resultan concordantes con el principio de razonabilidad recogido en el artículo 246.3 del TUO de la Ley 27444, regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa²⁰. Dicho principio tiene

a) Cuentan con autonomía técnica y funcional y son las encargadas de aplicar las normas legales que regulan el ámbito de su competencia;
(...)

²⁰ **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:
(...)

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. (...)

como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre salvaguardando 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.

78. En virtud a lo anterior, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad a fin de salvaguardar los derechos de los administrados.

Aplicación al caso concreto

79. Como ha sido indicado en los numerales anteriores, Entel difundió una campaña publicitaria cuyo mensaje principal consiste en que los usuarios prepago podrán obtener determinados beneficios con todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00) que estos realicen, el cual no resultaba veraz porque los beneficios se otorgaban a partir de la segunda recarga. Además, en dicha publicidad señaló un mensaje consistente en que el empleo de WhatsApp y Facebook Messenger se daría sin consumir el saldo del usuario, pese a que en los hechos se descuentan 20kb por llamadas realizadas a través de WhatsApp.
80. Ambos mensajes difundidos en la campaña publicitaria, de manera independiente, han sido declarados infractores por esta Sala, por lo que se configura un concurso ideal de infracciones. Este tipo de concurso de infracciones consiste en la realización de un único hecho (en este caso, la campaña publicitaria denominada "La Yapa") que contiene más de una infracción al ordenamiento jurídico (en el presente caso, la difusión de dos mensajes que contravienen el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal).
81. De conformidad con el artículo 246.6 del TUO de la Ley 27444²¹, ante la existencia de un concurso ideal de infracciones, se calculará la sanción correspondiente a cada una de las conductas declaradas infractoras, para posteriormente consignar como multa final la de mayor gravedad. Así, se

²¹ **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.

(...)

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

(...)

calculará la sanción a imponer por cada uno de los mensajes engañosos difundidos en la campaña denominada “La Yapa”.

82. Ahora bien, en la medida que ambas infracciones comparten similares características, por haber sido difundidas a través de una única campaña, esta Sala determinará la sanción a imponer de forma general, para luego disgregar la multa correspondiente a cada una e imponer, en función a la norma antes señalada, la sanción de mayor gravedad.
83. De esta forma, como ha sido indicado en anteriores pronunciamientos²², si bien el criterio del beneficio ilícito es uno de los primeros factores empleados para determinar la graduación de la sanción, existen situaciones en las que este criterio no resulta aplicable o en las cuales no se cuenta con información suficiente para establecer dicho factor.
84. Estos últimos casos ocurren cuando, por ejemplo, no es posible tener una aproximación cabal del beneficio ilícito, bien sea porque no se cuentan con períodos comparables que determinen el diferencial entre estos o porque no se cuenta con información adecuada para fijar el porcentaje correspondiente a los ingresos obtenidos por la difusión de los mensajes infractores.
85. En el presente procedimiento, si bien la imputada presentó información sobre los ingresos obtenidos durante el período de difusión de la campaña infractora (agosto a diciembre de 2016) y meses anteriores, no obra en el expediente información sobre los meses de agosto a diciembre del año anterior, de modo que permita calcular la existencia de un diferencial que resulte adecuado. Ello cobra más relevancia si se tiene en consideración que la campaña abarcó un mes en el cual los niveles de compra aumentan por las épocas navideñas (diciembre). En consecuencia, no es posible calcular el beneficio ilícito con la metodología del diferencial de períodos.
86. Por otro lado, si bien existe información sobre los ingresos obtenidos de los usuarios prepago que migraron a Entel, así como de aquellos ingresos que son producto de las recargas hechas por todos los usuarios prepago de la denunciada, no es posible determinar a cabalidad cuál es el porcentaje de dichos montos correspondiente al beneficio ilícito. En primer lugar, no se cuenta con el monto correspondiente a las primeras recargas de los nuevos usuarios prepago (con relación al primer mensaje engañoso), así como de las recargas de cinco soles efectuadas por todos los usuarios prepago (en referencia al segundo mensaje engañoso).

²² A manera de ejemplo, ver la Resolución 0365-2015/SDC, 0542-2016/SDC-INDECOPI y 0646-2016/SDC-INDECOPI.

87. En consecuencia, dado que no resulta factible emplear el criterio del beneficio ilícito, esta Sala empleará otros criterios contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, como los de modalidad y alcance de la campaña publicitaria, en adición con otros factores como el de predictibilidad y sustancialidad del mensaje, a efectos de establecer un parámetro que permita dilucidar la sanción aplicable al presente caso.
88. En esa línea, se debe recordar que la campaña denominada “La Yapa” fue difundida por un período de aproximadamente cinco meses (del 15 de agosto hasta el 31 de diciembre de 2016) a través de los siguientes medios:
- (i) Televisión nacional.
 - (ii) Radio nacional.
 - (iii) Prensa escrita a nivel nacional.
 - (iv) Internet (Facebook y página web de Entel).
 - (v) Folletos.
 - (vi) Paneles en vía pública en las ciudades de Lima, Arequipa, Chiclayo, Ica, Piura, Trujillo, Chimbote, Puno, Huánuco, Barranca, Chimbote, Chincha, Cusco, Huacho, Huancayo, Huaral, Iquitos, Juliaca, Moquegua, Pucallpa, Tarapoto y Tacna.
89. A diferencia de lo señalado por la Comisión, considerando el perfil de los medios empleados y atendiendo que estos se difundieron **a nivel nacional**, se advierte que la infractora buscó trasladar la campaña “La Yapa” a los usuarios de todo el país, cubriendo la mayor cantidad de medios publicitarios disponibles. Por tanto, se tiene que el alcance de la publicidad infractora es alto.
90. Siendo así, la Sala aprecia que en otros procedimientos en los cuales se sancionó la difusión de campañas publicitarias engañosas que promocionaban determinados beneficios a los usuarios de telecomunicaciones, se impusieron multas entre 80 y 700 UIT²³, en atención al alcance de la publicidad y a la

²³ Resolución 2207-2010/SC1-INDECOPI del 3 de agosto de 2010, procedimiento iniciado por Telefónica Móviles S.A. contra América Móvil Perú S.A.C. en el cual se impuso una multa ascendente a 80 UIT; Resolución 371-2011/SC1-INDECOPI del 10 de febrero de 2011, procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal contra Telefónica Móviles S.A. en el cual se impuso una sanción ascendente a 700 UIT; Resolución 584-2016/SDC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2016, procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal contra América Móvil Perú S.A.C. en el cual se impuso una multa de 83.34 UIT por la difusión de publicidad en volantes y 66.15 UIT por la difusión en publicidad en la Web; Resolución 362-2017/SDC-INDECOPI del 26 de junio de 2017, procedimiento iniciado por América Móvil Perú S.A.C. contra Entel Perú S.A. en el cual se impuso una multa ascendente a 286.64 UIT.

sustancialidad del mensaje difundido (esto es, la relevancia del mensaje para la toma de decisión de consumo).

91. En el presente caso, la Sala observa que uno de los objetivos de la campaña publicitaria era conseguir clientes nuevos. Ello, debido a la presencia de la frase “*Migra a Entel*” en los anuncios de mayor alcance (televisión y radio), lo que denota que se buscaba atraer un mayor número de usuarios nuevos prepago.
92. Estos usuarios, para activar su línea, debían hacer una primera recarga, la cual (de acuerdo con los términos y condiciones de la publicidad de la promoción analizada) no activaba el bono ofrecido. Sin embargo, las siguientes recargas sí activaban la promoción, por lo que, a criterio de este colegiado, la afectación al usuario es menor, pues restringe el número de usuarios afectados a los nuevos clientes de Entel.
93. Con relación a la segunda afirmación infractora, referida a que el empleo de las aplicaciones WhatsApp y Facebook Messenger no consumen el saldo (pese a que las llamadas vía WhatsApp consumen 20kb), la Sala aprecia que el impacto de este mensaje es mayor, debido a que comprende un universo más amplio de usuarios afectados en comparación a quienes se vieron inducidos a error por la primera afirmación.
94. En efecto, al ofrecer como beneficio adicional que el empleo de las aplicaciones WhatsApp y Facebook Messenger no consumirá el saldo de todos los usuarios prepago, tanto los clientes nuevos como los antiguos se encuentran atraídos a realizar recargas con la finalidad de emplear los referidos aplicativos sin que afecte su saldo, pese a que ello no es cierto.
95. En esa línea, corresponde señalar que en un anterior pronunciamiento²⁴, vinculado a publicidad de telecomunicaciones, específicamente relacionados con el servicio prepago, se sancionó con 80 UIT al infractor por la difusión de publicidad de alcance nacional a través de publicidad radial, audiovisual y en un banner publicitario.
96. Teniendo en cuenta entonces los pronunciamientos anteriores emitidos por esta Sala respecto a actos de engaño, así como la sustancialidad de los mensajes engañosos detectados, esta Sala estima que existen elementos para considerar que las multas a imponer quedarían disgregadas de la siguiente manera:
 - (i) Por la difusión del mensaje consistente en que los beneficios se otorgarían con todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00): 60 UIT.

²⁴ Ver Resolución 2207-2010/SC1-INDECOPI.

- (ii) Por la difusión del mensaje consistente en que WhatsApp y Facebook Messenger se emplearán sin consumir el saldo de los usuarios: 100 UIT.

97. Sin embargo, esta Sala no puede dejar de observar el principio de interdicción de la reforma en peor que rige la potestad sancionadora de la administración y se encuentra regulado en el artículo 49 del Decreto Legislativo 1044²⁵, en concordancia con el artículo 256.3 del TUO de la Ley 27444²⁶. En tal sentido, la decisión que tome la Sala en segunda instancia no deberá empeorar la situación de la apelante, imponiéndole sanciones más elevadas en aquellos casos en los que la Comisión calculó una sanción. En consecuencia, el monto final de las multas quedaría configurado de la siguiente manera:

- (i) Por la difusión del mensaje consistente en que los beneficios ofrecidos en la campaña publicitaria se otorgarían con todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00): 60 UIT.
- (ii) Por la difusión del mensaje consistente en que WhatsApp y Facebook Messenger se emplearán sin consumir el saldo de los usuarios: 40 UIT.

98. Finalmente, en aplicación de lo previsto en el artículo 246.6 del TUO de la Ley 27444, corresponde imponer la sanción de mayor gravedad. Por tanto, se debe imponer una multa de 60 UIT a Entel por la comisión de actos de engaño, debido a la difusión de la campaña publicitaria denominada “La Yapa”, monto que no excede el 10% de los ingresos brutos obtenidos por Entel en el ejercicio inmediato anterior de la resolución de la primera instancia.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: revocar la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI y, reformándola, declarar fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Entel Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de las afirmaciones “*Por recargas de S/5*”, “*Recarga desde 5 soles*”, “*30 días*”, en conjunto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “*Ahora todas tus recargas tendrán*”

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.
Artículo 49.- Resolución del Tribunal.-**

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

²⁶ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.
Artículo 256.- Resolución**

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

megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”, en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, que declaró fundada la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. contra Entel Perú S.A. por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto contemplado en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la difusión de las afirmaciones “*sin consumir tu saldo*” y “*sin gastar tu saldo*” en la campaña publicitaria denominada “La Yapa”.

TERCERO: sancionar a Entel Perú S.A. con sesenta (60) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

CUARTO: modificar la medida correctiva ordenada mediante Resolución 110-2017/CCD-INDECOPI, la cual queda establecida de la siguiente manera:

“Ordenar a Entel las siguientes medidas correctivas: (i) el cese definitivo e inmediato de la campaña publicitaria infractora, así como de otras campañas publicitarias, en tanto den a entender a los usuarios prepago que obtendrán beneficios con todas las recargas de cinco soles (S/ 5.00) y estos se entreguen recién a partir de la segunda recarga; y, (ii) el cese definitivo e inmediato de las piezas publicitarias infractoras u otras que den a entender a los consumidores que los beneficios otorgados se realizarán “sin consumir su saldo” y ello no sea cierto”.

Con la intervención de los señores vocales José Francisco Martín Perla Anaya, María Soledad Ferreyros Castañeda, Néstor Manuel Escobedo Ferradas y José Palma Navea.

JOSÉ FRANCISCO MARTÍN PERLA ANAYA
Vocal

MARÍA SOLEDAD FERREYROS CASTAÑEDA
Vocal

NÉSTOR MANUEL ESCOBEDO FERRADAS
Vocal

JOSÉ PALMA NAVEA
Vocal

