

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de
Protección al Consumidor

La publicidad del internet fijo por fibra óptica y los actos de
engaño

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

Autora:

Militza Mercedes Najarro Prado

Asesor:

Alex Ever Sosa Huapaya


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, SOSA HUAPAYA, ALEX EVER, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “La publicidad del internet fijo por fibra óptica y los actos de engaño”, del autor(a) NAJARRO PRADO, MILITZA MERCEDES, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

SOSA HUAPAYA, ALEX EVER	
DNI: 41349445	
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-2122-3329	
Firma:	

RESUMEN

El presente artículo, expone el contexto de la publicidad efectuada en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, correspondiente al internet fijo que se presta mediante la tecnología de fibra óptica; mercado en el cual, hoy en día, compiten aguerridamente varios agentes económicos, atraídos por la creciente demanda que tiene este servicio tan esencial y necesario para el desarrollo de todos los peruanos.

Así en el primer capítulo, pasaremos a desarrollar el contexto enfocado en la fibra óptica y la competencia, para posteriormente analizar los criterios esgrimidos por el Indecopi, agencia de la competencia que fiscaliza y vela por el cumplimiento de las normas de la represión de la competencia desleal.

Palabras clave

Internet, fibra óptica, telecomunicaciones, competencia, competencia desleal, actos de engaño, publicidad.

ABSTRACT

This article exposes the context of the advertising carried out in the provision of the public telecommunications service, corresponding to the fixed internet provided through fiber technology; market in which, today, several economic agents compete fiercely, attracted by the growing demand for this service that is so essential and necessary for the development of all Peruvians.

Thus, in the first chapter, we will go on to develop the context focused on fiber optics and competition, to later analyze the criteria used by Indecopi, a competition agency that supervises and ensures compliance with the rules of repression of unfair competition.

Keywords

internet, optical fiber, telecommunications, competition, unfair competition, deceptive acts, advertising.

ÍNDICE

Introducción.....	1
I. Sobre el internet, la fibra óptica y la competencia.....	2
II. Análisis de la publicidad engañosa.....	5
II.1. Los actos de engaño.....	5
II.2. Criterios de análisis de los actos de engaño.....	8
II.3. Un poco de historia: El cuestionable criterio ESAN	9
III. Casuística.....	13
III.1. Claro vs. Ultra (EXP. 0137-2020/CCD).....	13
III.2. Claro vs. Nubyx (EXP. 0140-2020/CCD).....	15
Conclusiones.....	17
Bibliografía.....	19



Introducción

A lo largo de la historia de las telecomunicaciones se ha demostrado que estamos ante un sector muy voluble y cambiante que, a pasos de gigante, ha evolucionado a favor de todos los usuarios. Sin embargo, referirnos al vasto universo de las telecomunicaciones resultaría en un trabajo ambicioso para efectos de este artículo académico, por lo cual, exclusivamente nos avocaremos al servicio de acceso a internet mediante la tecnología de fibra óptica.

No cabe duda que, mediante la publicidad, muchos peruanos tomaron conocimiento de la existencia de la tecnología de fibra óptica para la prestación del servicio de internet fijo, servicio público de telecomunicaciones, tan esencial y necesario para el día a día de todos los ciudadanos, más aún tras un contexto post pandémico que nos dejó modalidades de trabajo mixtas y remotas, es decir, desde casa.

En ese sentido, mediante este trabajo se pretende abordar parte de los pronunciamientos efectuados por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, SDC o Sala) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), a razón del análisis de algunas piezas publicitarias efectuadas en el mercado de la prestación del servicio público de internet fijo mediante la tecnología de fibra óptica, por infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD)¹ bajo la modalidad de actos de engaño.

¹ Aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044.

I. Sobre el internet, la fibra óptica y la competencia

En principio, es necesario reconocer que el acceso al internet se erige como un derecho constitucional² que permite la materialización y satisfacción de otros derechos como lo son la educación, la seguridad ciudadana, la salud, la recreación, la libertad de empresa, entre otros.

Así, en palabras del profesor Landa, el internet se establece como el ícono de la sociedad de la información porque facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información; jugando un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y, entre estos entre sí; por lo cual, en esta nueva etapa de transformación del Estado y la sociedad, el internet se consolida como fundamento principal para reconstruir la identidad de los derechos fundamentales. (2016: 2)

De esta manera, nuestro diseño institucional ha pretendido garantizar el acceso al internet mediante la prestación de este servicio como un servicio público de telecomunicaciones, actividad económica que viene siendo proporcionada por diversos operadores privados, sin perjuicio de la atención reguladora y fiscalizadora que ejerce el Estado a través del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) y el Indecopi.

Asimismo, el acceso a internet se da bajo el marco de un sector económico altamente especializado que evoluciona de manera célere a la par con el desarrollo tecnológico y las necesidades sociales. Una muestra clara de lo señalado se suscitó tras la pandemia suscitada por el Covid-19, cuando familias enteras, así como el trabajo, se concentraron dentro de los hogares, develando la nueva necesidad de contar con un servicio de internet con una mayor velocidad, generando una demanda que ha sido bien recibida por los agentes económicos que compiten agresivamente en el mercado del internet fijo³ residencial, resaltando la introducción de una nueva tecnología: el acceso a internet mediante la utilización de fibra óptica.

Si bien, históricamente el internet se prestó mediante diversas tecnologías (el Cablemódem, xDSL, Wimax, entre otras), en estos últimos años, las redes de fibra óptica han acaparado la atención. Estas redes también llamadas redes FTTX son aquellas redes que, utilizando como base la fibra óptica que permite el traslado de información a alta velocidad mediante finos filamentos de vidrio,

² Constitución Política del Perú

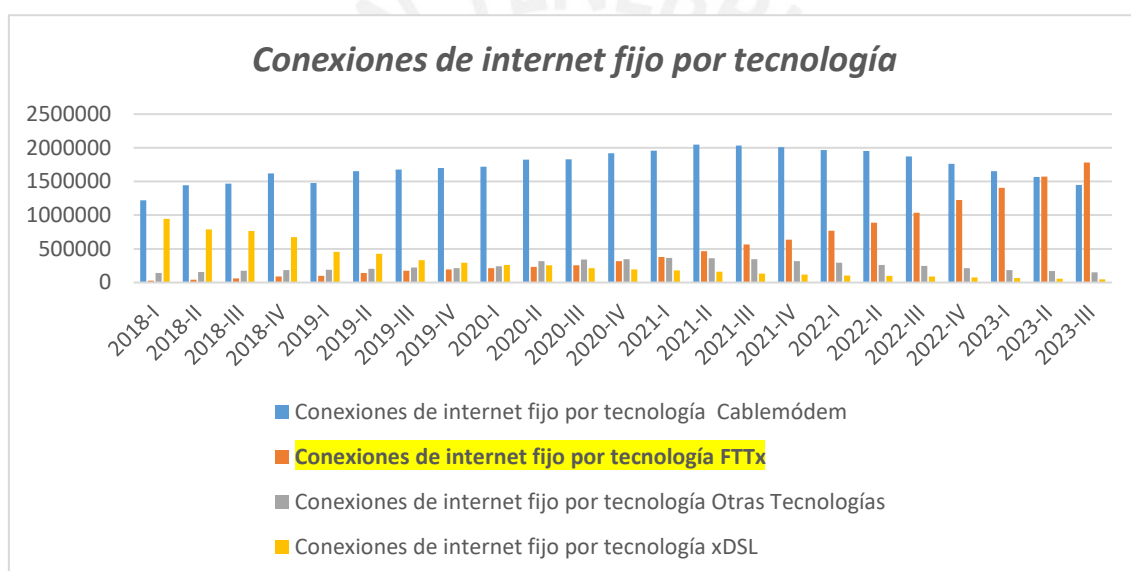
Artículo 14-A°.- El Estado garantiza, a través de la inversión pública o privada, el acceso a internet libre en todo el territorio nacional, con especial énfasis en las zonas rurales, comunidades campesinas y nativas.

³ La prestación del servicio de internet puede brindarse de manera fija (mediante conexiones físicas) o de manera móvil. Para efectos del presente artículo nos enfocaremos únicamente en la primera modalidad regulada.

se estructuran formando una topología que difiere dependiendo del punto de terminación de la red.

De esta forma, para abarcar todas las distintas denominaciones de las redes de fibra óptica se utiliza el denominador común FTTX, donde la X simboliza los diferentes puntos de terminación de la red que básicamente se pueden caracterizar bajo las siguientes topologías: FTTH (*Fiber To The Home*), FTTB (*Fiber To The Building*), FTTC (*Fiber To The Curb*) y FTTN (*Fiber To The Node*) (León, 2015: 39-41); e, inclusive el mayor desarrollo tecnológico, así como la inversión económica efectuada por las empresas operadoras a nivel internacional han permitido el desarrollo de la topología FTTR (*Fiber To The room*).

En ese sentido, pasaremos a ver el desarrollo y despliegue de esta tecnología frente a otras, mediante la información recabada por el Osiptel:



Fuente: Portal PUNKU Osiptel⁴

Como se puede visualizar de la tabla, para el tercer trimestre del 2023, las conexiones de Fibra Óptica (FTTx) se han acrecentado notablemente en los últimos 3 años, puesto que desde el 2020 se visualiza una creciente cantidad de conexiones del servicio que pasó de 213,906 conexiones para el inicio de dicho periodo a cerrar el último trimestre del 2023 con más de un millón de conexiones⁵, desplazando así a la tecnología xDSL (considerada por los especialistas: ya obsoleta), propiciando un ecosistema altamente atractivo para que las operadoras de internet fijo mediante fibra óptica (FTTx) compitan aguerridamente por ganar más cuota en el mercado.

Como nos podemos percatar, la prestación del servicio de internet fijo mediante fibra óptica se ha convertido en una atractiva actividad económica que, debido a

⁴ Consulta efectuada en: <https://punku.osiptel.gob.pe/>

⁵ Específicamente, acorde a los reportes estadísticos accesibles en Punku, al cerrar el trimestre referido se tienen 1,782,048 conexiones de servicio mediante fibra óptica (FTTx)

su creciente exponencial demanda, convoca a nuevos agentes económicos (empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones) para insertarse y competir en este mercado; más aún si, al tratarse de un servicio fijo que se encuentra en la capacidad de desplegarse a lo largo y ancho del Perú, todavía tiene mucho trecho que recorrer.

Así, en la actualidad se van insertando en el mercado, empresas que ofrecen sus servicios finales de internet fijo por fibra óptica, compitiendo aguerridamente por los usuarios residenciales y/o corporativos.

Hasta hace unos pocos años hablar de la “guerra en el mundo de las telecomunicaciones” podría, solamente, abarcar a las cuatro (04) grandes operadoras multiservicio (Movistar, Claro, Bitel y Entel) que, principalmente, prestaban los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía móvil (claramente empaquetados con otros servicios como datos e internet móvil), así como el acceso de internet fijo; podemos observar cómo su consolidada presencia en el mercado específico de la prestación del servicio de internet fijo, se ve amenazada debido al ingreso de nuevas competidoras que buscan abrirse un espacio en este mercado específico, resaltando nombres como Nubyx, Wow, Ultra, Iway, la controversial WIN, entre otras, que buscan cubrir una creciente necesidad que empieza a desplegarse más allá de la capital y se va abriendo paso en las principales ciudades del Perú.

Como bien sabemos, la competencia económica genera bienestar para todos nosotros los consumidores (usuarios) de internet fijo que nos vemos beneficiados por las eficiencias de la sana competencia entre las empresas operadoras, como la reducción de los precios (tarifas, técnicamente hablando), incrementos de calidad y mejores condiciones de la prestación del servicio como el aumento de la velocidad, mayor transparencia e información mediante la publicidad, entre otros; porque para llegar a nosotros, los usuarios, dichos operadores tienen que competir aguerridamente, utilizando todos sus mejores esfuerzos para lograr conseguir una mejor cuota de mercado.

Así, para fiscalizar de mejor manera la competencia económica el legislador peruano optó, bajo su diseño de políticas de competencia, emitir dos principales normas que rigen el accionar económico de los agentes en los mercados (como las operadoras en la prestación de los servicios de internet fijo) siendo estas: la Ley de Represión de conductas anticompetitivas⁶ y la LRCD; resaltando que, el primer objetivo de las políticas de competencia es mantener los mercados competitivos, es decir que, las cuales sirven como un instrumento para el fomento de la eficiencia industrial, la asignación óptima de los recursos, el progreso tecnológico y la flexibilidad para adaptarse a un entorno cambiante (Comisión Europea, 2000:19)

En ese sentido, la publicidad se erige como una importante herramienta de la cual disponen los agentes económicos para competir, presentar e informar al público los beneficios, características y cualidades de sus productos y servicios,

⁶ Aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034.

claramente, con el objetivo de generar más transacciones correspondientes a la adquisición del bien ofertado; más aún, si nos encontramos en un sector que se caracteriza por el cambio tecnológico y la convergencia de tecnologías, porque no hay mejor mecanismo para trasladar la constante y voluble información, como la publicidad que tienen los agentes económicos para comunicar los atributos de sus servicios.

Así, resalta que, la normativa peruana que regula la publicidad (la LRCD y el Código de Protección y Defensa del Consumidor⁷) busca la generación voluntaria de la publicidad como un medio informativo dirigido a los consumidores, así como la promoción de la competencia en los mercados; asimismo, también, tiene como objetivo proteger la credibilidad que tienen los consumidores respecto a la publicidad como medio de información (Eyzaquirre, 2011: 87). Por lo cual, resultará importante el análisis *ex post* que realiza la autoridad para velar por la correcta información que es trasladada al mercado, en esta constante lucha que tienen los agentes económicos.

Entonces, apreciando que la publicidad se ha convertido en un medio imprescindible para poder tener un mayor alcance, más aún considerando que el mundo de las telecomunicaciones no ha sido ajeno a la creatividad que se puede desplegar mediante esta interesante herramienta persuasiva, en el siguiente capítulo se pasará a analizar la principal y más recurrente infracción a la normativa de represión de la competencia desleal que se efectúa mediante la actividad publicitaria.

II. Análisis de la publicidad engañosa

Como referíamos, la principal infracción denunciada ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la CCD), organismo resolutor del Indecopi que vela por el cumplimiento y la aplicación de la LRCD, son los actos de engaño mediante actividad publicitaria, modalidad de actos de competencia desleal que pasaremos a desarrollar a continuación.

II.1. Los actos de engaño

Los actos de engaño son un tipo de conducta que se encuentra reprochada bajo lo establecido en el artículo 8° de la LRCD⁸. Así la norma establece que toda

⁷ Aprobado por Ley N° 29571.

⁸ Decreto Legislativo 1044 - LRCD

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.
- 8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.
- 8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.
- 8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, evitando que se desvíen indebidamente las preferencias de los destinatarios del anuncio, como consecuencia de las falsas expectativas que podrían generarse respecto las condiciones del producto o servicio; siendo este el criterio optado por la autoridad en diversos pronunciamientos⁹.

Acorde a nuestro modelo, la normativa no persigue privar el carácter persuasivo de la publicidad, porque el anunciante no está obligado a adoptar una posición distante y neutral en relación con el contenido de la comunicación publicitaria; sin embargo, debe evitar o, en su caso, completar las alegaciones que transmitan una información incompleta con riesgo a inducción a error (Massaguer, 1999: 224). En este sentido se puede afirmar que la publicidad comercial puede ser engañosa e inducir al error bajo los siguientes supuestos:

- Cuando su contenido sea falso
- Cuando del contenido se desprenda más de una interpretación, sea ambiguo
- Cuando se omita consignar información esencial, distorsionando completamente el mensaje publicitario que se desprendería.

De esta manera, como señala el profesor Sosa, las estrategias comerciales susceptibles de inducir a error a los consumidores son prácticas desleales en las que los anunciantes buscan desviar la demanda hacia su oferta a través de información engañosa en lugar de competir por sus propios méritos o esfuerzos, siendo un acto contrario a la competencia por eficiencia (2022: 50).

Así, podemos apreciar que un presupuesto clave para analizar esta clase de actos es la veracidad de la información que se está emitiendo al mercado, mediante la publicidad. Al respecto, sobre lo veraz, lo verdadero, la norma preceptúa que, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje, tal como se encuentra señalado en el artículo 8.3° de la LRCD.

Además, la carga de probar la veracidad le corresponde al mismo anunciante, dado que se encuentra en la mejor capacidad de sustentar objetivamente el mensaje en cuestión, criterio que ha sido recogido en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, emitidos por la autoridad.

Bajo estos términos se erige el principio de veracidad mediante el cual se reprimen las alegaciones que sean contrarias a la verdad denotando que nuestro ordenamiento salvaguarda la veracidad en la información emitida en el mercado, situación que permite la tutela de los consumidores de la asimetría informativa (Pazos, Capurro, Mac Kee, & Escalante 2020:15), situación en la que se encuentran los consumidores dentro del mercado con relación a los proveedores

⁹ Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI del 26 de junio de 2017.

de bienes y servicios, puesto que las empresas quienes, gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, han adquirido información relevante sobre las características y otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen y, por ende, pueden utilizarla de mejor manera.

Así, la obligación que se desprende del principio de veracidad, bajo los términos del profesor Sosa, exclusivamente recae sobre los mensajes comprobables, es decir, los mensajes objetivos incluidos en la publicidad comercial porque estos son los mensajes que los consumidores razonables toman en serio al momento de evaluar su decisión de consumo; mientras que todo mensaje subjetivo contenido en la publicidad comercial queda fuera de la evaluación de veracidad, porque no son posibles de probar como sucede con las exageraciones publicitarias y juicios estimativos (2017: 163).

De esta manera, el análisis de los actos de engaño se efectúa sobre los mensajes publicitarios de corte objetivo, es decir, aquellos sobre los cuales cabe la verificación incrustándose la categoría del “deber de sustanciación previa” como una herramienta para determinar la veracidad y exactitud de los mensajes materia de análisis en un procedimiento administrativo, consignando claramente en el artículo 8.3. de la LRCO que la carga probatoria correspondiente a acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios la posee el anunciante.

Así, los agentes económicos tienen el deber de sustanciación previa porque deben contar con los medios probatorios para acreditar la veracidad de lo que afirman en su publicidad comercial antes de emitir dicha información en sus piezas publicitarias, estableciéndose un límite válido por el ordenamiento jurídico al derecho de libertad de empresa y expresión que ostentan, libertades que les permiten elaborar sus campañas y anuncios publicitarios de las diversas creativas formas que puedan con el objetivo de persuadir y promover la contratación de sus bienes y servicios.

En esta línea, los anunciantes tienen la obligación de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas difundidas por los anuncios publicitarios, por lo cual el marco regulatorio contribuye a garantizar un ejercicio responsable de la libertad de comunicación comercial, generando incentivos para que los anuncios difundidos en el mercado cuenten de manera anticipada a la difusión con las pruebas que los sustenten, promoviendo que, a nivel publicitario así como a nivel de los consumidores, todas las decisiones se basen en información que cuenta con la sustentación previa y adecuada (Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa, & Stucchi. 2013: 98)

En este sentido, la autoridad tiene la facultad de requerir las pruebas que sustenten los mensajes de naturaleza comercial que se difundan en el mercado respecto a las afirmaciones objetivas, mas no subjetivas. Así, en caso esta información trasladada mediante las piezas publicitarias no pueda verificarse

mediante pruebas que se constituyan de manera previa a la emisión de la publicidad, se generarán los actos engañosos.

II.2. Criterios de análisis de los actos de engaño

Actualmente, la CCD consolidó un desarrollo jurisprudencial con el objetivo de efectuar un análisis más específico respecto a las infracciones que puedan ser susceptibles de sanción por consolidarse como actos de engaño. De esta manera para establecer si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, la Sala a través del precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI, estableció la siguiente metodología:

31. *Para enjuiciar si la omisión de determinada información constituye una infracción al principio de veracidad, deberá determinarse a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje publicitario que reciben los consumidores. Una vez delimitado dicho mensaje, éste debe ser corroborado con la realidad y, si existe una discordancia entre ellos, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.*

Gráfico N° 1



Elaboración: ST-SDC/INDECOPI"

En esta línea, para determinar si la información que se encuentra dentro de una pieza publicitaria contraviene el principio de veracidad, de acuerdo con la metodología analizada en el precedente de observancia obligatoria previamente citado, se deberá seguir el siguiente análisis:

- a) Delimitación del mensaje: Determinarse cuál es el mensaje que reciben los consumidores, a quiénes va dirigida la publicidad, desde una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario.
- b) Verificación de la veracidad del mensaje: Determinar si el mensaje que reciben los consumidores se encuentra acorde con la realidad y si existe una discordancia.

Como resalta, la primera fase de este análisis está compuesto por la delimitación del mensaje publicitario, es decir, determinar cuál el contenido del mensaje comunicado al público del mercado mediante la publicidad, mensaje que deberá ser determinado a partir de una apreciación integral y superficial desde un enfoque propio de los consumidores.

Posteriormente, una vez que dicho mensaje haya sido delimitado, la segunda fase del análisis corresponde a que el mensaje publicitario sea corroborado, es decir que sea verificado con la realidad, acorde al principio de sustanciación previa; y, en el caso se presente alguna discordancia con los hechos, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error infringiendo así el principio de veracidad

Entonces, siguiendo lo señalado por la Sala, se sanciona la falsedad y la inducción a error, situación vinculada a la información transmitida. Además, es plausible que la inducción al error dependa de la afirmación presentada mediante frases y/o indicaciones, así como mediante gráficos, imágenes y fotos que acompañan a dichas afirmaciones porque pueden generar que un consumidor considere que los productos poseen determinadas características que carecen.

De esta manera, la SDC ha consolidado a través de sus diversos pronunciamientos, la metodología para efectuar el análisis correspondiente a que si determinada información contenida en un anuncio publicitario se constituye en engañosa o no. Por lo cual un acto de engaño resultará sancionable cuando el anunciante emita una comunicación cuya afirmación objetiva que se enmarca como mensaje publicitario no tenga correlato con la realidad, induciendo a error a los consumidores sobre las atribuciones del producto promocionado.

II.3. Un poco de historia: El cuestionable criterio ESAN

El análisis del mensaje publicitario parte de las alegaciones y mensajes que son emitidos al público mediante las piezas publicitarias por parte de los agentes que concurren en los mercados, mensajes que deben tener la condición de ser alegaciones objetivas y comprobables; puesto que, en el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (principio de veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable tome como objetivas. Puesto que, como señalamos, solamente se le puede exigir al anunciante que proporcione los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores, en cumplimiento del deber de sustanciación previa, solo respecto de afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas, es decir afirmaciones objetivas.

Así, antes de continuar con el análisis de la actividad publicitaria de los operadores de los servicios públicos de internet fijo mediante fibra óptica analizaremos, previamente, un cuestionable criterio que intentaba delimitar los alcances de aquello que debe ser considerado como alegación objetiva.

En el 2014, la Sala se pronunció sobre una alegación que nos ayudará a comprender los casos “telecomunicativos” que examinaremos a posterior. Así, mediante la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI (caso ESAN), la sala analizó los presuntos actos de engaño, suscitados mediante la siguiente afirmación publicitaria: **“ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú”** para cuestionarse si calificaba o no como publicidad objetiva, pues solo de ser así (una afirmación objetiva) se pasa a analizar el presunto acto de engaño, sobre el cual le resulta exigible para el anunciante probar su veracidad para eximirse de sanción alguna por actos de competencia desleal bajo la modalidad de actos de engaño.

Al respecto, citando un par de curiosas alegaciones como: “El mejor jugador de fútbol del año 2013” y “El mejor restaurante de Lima”, la Sala esbozó el siguiente criterio para analizar si calzan como afirmaciones objetivas o, por el contrario, estamos ante alegaciones subjetivas que no son pasibles de análisis como actos de engaño:

27. *En el caso del mejor jugador de fútbol, ¿será la cantidad de goles anotados lo determinante para su elección, o quizás, el número de títulos o campeonatos ganados con su respectivo equipo; o, el número de camisetas vendidas; o, la cantidad de fans o seguidores con los que cuenta? A partir de estas interrogantes se evidencia una segunda característica a considerar, y es que, además de que el anuncio en sí no hace referencia expresa al parámetro objetivo con el que se puede comprobar su veracidad, tampoco es posible determinar este parámetro objetivo de manera implícita, puesto que no existe un criterio objetivo unívoco con el que pueda comprobarse la veracidad de su afirmación.*
28. *En efecto, en la medida que no existe un criterio unívoco de medición, cada persona podrá determinar el que, a su parecer, es el mejor jugador de fútbol. Así, para algunos, lo determinante será el número de goles anotados, mientras que otros –partiendo de la premisa que el fútbol es un juego en equipo– sostendrán que lo más importante es el número de títulos o campeonatos que el jugador ha obtenido con su equipo.*
29. *Seguramente en esta elección habrán algunas voces más “conocedoras” y “autorizadas” que otras, por ejemplo, la de periodistas especializados o incluso la de la propia Federación Internacional de Fútbol Asociado - FIFA. Sin embargo, todas estas no son más que opiniones, subjetivas por naturaleza.*
30. *En esta misma línea, al analizar la afirmación “El mejor restaurante de Lima”, encontramos una misma lógica: (i) la afirmación en sí misma no cuenta con un criterio objetivo que permita su comprobación; y, (ii) si buscamos fuera de la afirmación en sí misma, tampoco encontraremos algún criterio que de manera objetiva y unívoca nos permita comprobar su veracidad.*

31. *En el caso del restaurante se pueden encontrar múltiples factores a considerar, como por ejemplo, la cantidad de estrellas Michelin, la relación precio-calidad de sus platos, lo que diga una revista especializada o la voz autorizada de un famoso cocinero. Sin embargo, no existe fundamento objetivo alguno para sostener que alguno de estos criterios deba primar sobre los otros, por lo que estaremos necesariamente ante opiniones, algunas de estas muy fundamentadas, pero no por ello dejan de ser opiniones subjetivas, puntos de vista de personas o incluso de instituciones.*
32. *Por tanto, a diferencia de afirmaciones como “el mejor jugador de fútbol” o “el mejor n restaurante de Lima”, estaremos ante una afirmación objetiva cuando se cumplan alguna de estas dos condiciones: **(i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación;** o, **(ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.***

De esta manera, la SDC consolidó un criterio para “objetivizar” las afirmaciones que eran lanzadas al público, considerando las siguientes condiciones para poder proceder con el análisis de los presuntos actos de engaño:

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

Aplicándolo al caso, entre otros argumentos, la Sala señaló que para llegar a la conclusión que una escuela de negocios o una universidad es la mejor del Perú se pueden considerar una serie muy diversa de factores, tales como la calidad de sus profesores, la malla curricular, las instalaciones e infraestructuras, las aulas de clase, la cantidad de convenios o redes de contactos que la universidad le puede ofrecer a sus alumnos, entre otros notables criterios subjetivos (claramente para el criterio del Indecopi). Por lo que concluyó que, en dicho caso, la afirmación cuestionada no transmitía un mensaje objetivo y, por tanto, no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del principio de veracidad ni el deber de sustanciación previa.

Sin embargo, consideramos que este es un criterio cuestionable y peligroso porque deja fuera del análisis de la autoridad afirmaciones que pueden tener dos o más parámetros limitados de comprobación claramente objetivos y que, por no ser unívocos, puedan ser catalogados como subjetivos. A diferencia de la autoridad, discrepamos respetuosamente de afirmar que, por ejemplo “*La universidad XXXX es la mejor universidad del Perú*” sea una alegación subjetiva, puesto que sí existen rankings calificados y de renombre¹⁰ que tienen la

¹⁰ A manera de ejemplo, podemos citar el QS World University Rankings 2024 que clasificó a la PUCP como la mejor universidad del Perú por 11 años consecutivos y alcanza el puesto N°10 en América Latina en el Ranking QS Mundial 2024

capacidad de sustentar objetivamente que dicha institución es, efectivamente la mejor universidad en dicho territorio,

En caso contrario, dejaríamos fuera del ámbito de aplicación de ley a alguna universidad o instituto que, probablemente de una manera ajena a la eficiencia en el mercado, se publicite en el mercado como “la mejor universidad del Perú” sin siquiera ser licenciada por la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria – SUNEDU; puesto que, para el criterio del Indecopi sería una alegación subjetiva, sin embargo no podríamos cuestionar la afectación generada puesto que algún consumidor podría entender razonablemente algún mensaje publicitario erróneo, falaz o inexacto.

De esta manera, un pernicioso efecto del criterio ESAN que tiene en el mercado sería el correspondiente a que la publicidad pierda eficiencia y poder, cuando en realidad la publicidad también tiene como objetivo ahorrarnos costos de transacción correspondientes a la búsqueda de información; puesto que, cualquier institución podría afirmar que es la mejor escuela y no habría consecuencias, ni siquiera podría incentivar un mínimo análisis por parte de la autoridad.

Así, diversos agentes económicos podrían publicitarse como “el mejor” ofreciendo los productos o servicios de su sector económico, cuando ello, no necesariamente sea congruente con la realidad, generándose escenarios confusos para los consumidores cuando, hipotéticamente, se topen con diversos operadores de internet fijo que se publiciten como “el mejor internet del Perú”, peor aún, al mismo tiempo.

Por último, cabe recalcar que nos podemos enfrentar a un criterio ilegal, puesto que el artículo 21° de la LRCD¹¹ establece que la publicidad comercial se interpreta de forma integral, sesgando la interpretación y minimizándola a un solo criterio objetivo y unívoco de comprobación; situación que reincide con la ilegalidad porque dicho criterio obliga a tener un solo parámetro objetivo de comprobación cuando la norma no lo señala de dicha manera, por el contrario brindar los parámetros de cómo efectuar el análisis de la publicidad atentaría, evidentemente, contra la libertad de empresa y con los alcances del principio de sustanciación previa.

¹¹ Decreto Legislativo 1044 - LRCD

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.

III. Casuística

En el mundo de las telecomunicaciones se reconocen los esfuerzos que realizan todos los agentes que concurren en el mercado. Así, entre todos los participantes, resaltamos de manera positiva las diversas y creativas herramientas que utilizan los competidores para prevalecer en el mercado. Al respecto, podemos identificar que la operadora Claro, que tiene como denominación social América Móvil Perú S.A.C. utiliza estratégicamente la inteligencia comercial, coadyuvando a la autoridad con un rol vigilante de la presunta publicidad infractora de la LRCD en el mercado de las telecomunicaciones

III.1. Claro vs. Ultra (EXP. 0137-2020/CCD)

Así, entre toda la casuística que resalta por la actividad de Claro como denunciante, tenemos algunos pronunciamientos de la SDC, como el presente caso en el cual se imputaron infracciones contra la LRCD por actos de engaño y denigración efectuadas, presuntamente, por la marca ULTRA, cuya titularidad es de la empresa Optical Technologies S.A.C., que también participa en el mercado del internet fijo por fibra óptica.

Al respecto, fueron varias alegaciones denunciadas como, presuntamente, engañosas; sin embargo, resaltan las siguientes afirmaciones: «*el mejor #Internet hogar*» o «*el mejor servicio de Internet para hogares*», sobre los cuales la Sala declaró lo siguiente mediante la resolución N° 0093-2023/SDC-INDECOPI:

76. *En el presente caso, de una evaluación superficial e integral de los anuncios se observa que estos incluyen frases como «el mejor #Internet hogar» o «el mejor servicio de Internet para hogares», es decir, se limitan a indicar -de manera genérica- que el servicio de internet prestado por Optical sería «el mejor» sin que los **anuncios objeto de examen contengan un parámetro objetivo que permita comprobar la veracidad de estas afirmaciones o exista un parámetro objetivo y unívoco que permita corroborar ello.***
77. *Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, «mejor» se define como algo superior a otra cosa y que la excede en una cualidad natural o moral, es decir, esta palabra en sí misma no revela un parámetro que haga pasible su medición para determinar la veracidad de las afirmaciones objeto de análisis. Por tanto, para establecer su objetividad esta tendría que encontrarse acompañada de algún otro elemento o característica comprobable fácticamente.*

78. *A partir de lo señalado, en la medida de que **no existe un criterio objetivo y unívoco de medición, cada persona podrá asumir distintas variables para determinar lo que, a su criterio, sería el «mejor servicio de internet».** En tal sentido, la determinación del mensaje transmitido dependerá de la apreciación que tenga cada persona considerando sus circunstancias particulares, por lo que se podrán encontrar diversos criterios, conclusiones u opiniones con distintas valoraciones respecto de cada afirmación.*
79. *América Móvil sostuvo que en los anuncios objeto de análisis, Optical también difundió afirmaciones referidas a que el servicio de internet que ofrece se encontraría libre de interrupciones y caídas, lo que -a decir del recurrente- daría un carácter objetivo a la afirmación de ofrecer el mejor servicio de internet.*
80. *Al respecto, las afirmaciones evaluadas en este apartado y aquellas referidas por América Móvil en el párrafo anterior, transmiten a los consumidores mensajes distintos, lo que -a su vez- ha motivado que su evaluación se haya realizado por separado. Además, el hecho de que ambas afirmaciones consten en similares soportes publicitarios no implica que ambas tengan carácter objetivo, pues ello se determina en función del mensaje transmitido a los consumidores. (Énfasis agregado)*

En ese sentido, la SDC consideró que no existe un criterio objetivo y unívoco de medición respecto a la alegación del «mejor servicio de internet» por lo cual no procedió al análisis de sustanciación previa de dicha afirmación; sin embargo, consideramos que la pluralidad de criterios objetivos es, más bien, un indicador fehaciente de que dicha alegación debería ser analizada acorde al principio de veracidad y ser considerada como objetiva, justamente para mitigar que llegue información inexacta al público consumidor.

Al respecto, resaltamos que existen indicadores internacionales como “Netflix – Speed Index del Perú”¹² y premios como los “Ookla Speedtest Awards”¹³ que reconocen el puntaje de velocidad de internet por tecnología, territorio y periodos; por lo cual, al ser la velocidad de navegación el principal atributo que caracteriza al internet, podríamos “objetivizar” y “sustanciar” las alegaciones que refieran en el mercado “el mejor internet” y que son utilizadas por los operadores del servicio.

En ese sentido, nos cuestionamos que no se llegue a analizar la veracidad de la afirmación el «mejor servicio de internet» cuando esta alegación puede ser demostrada en la plataforma fáctica y ser acreditada mediante diversas pruebas de calidad. Como se verifica, el criterio ESAN sigue vigente.

¹² Dicha información puede ser verificada en el siguiente link: <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru>

¹³ Dicha información puede ser verificada en el siguiente link: https://www.speedtest.net/awards/fixed/2021/?time_period=q3-q4

III.2. Claro vs. Nubyx (EXP. 0140-2020/CCD)

Otro caso materia de análisis fue el presente, mediante el cual Claro denunciaba a otra operadora: FIBERLUX S.A.C., cuya marca comercial es NUBYX, también por las afirmaciones vertidas respecto a su servicio de internet fijo a través de tecnología de fibra óptica.

En este expediente, entre otros cuestionamientos, se analizaron las siguientes expresiones “la mejor calidad de internet”, “*Descubre la mejor solución de conectividad que hará crecer tu negocio*”, “*Brindamos la mejor solución en conectividad para edificios empresariales*”; y, “*La mejor conexión en fibra óptica*”.

Siendo que, la SDC se pronunció en el siguiente sentido, mediante la resolución N° 068-2023/SDC-INDECOPI:

83. *De la revisión de dichas afirmaciones, se observa que Nubyx ha expresado de manera general que su servicio de internet contaría con la “mejor calidad” y la “mejor solución de conectividad” como atributos positivos del mismo, sin embargo, no ha identificado algún elemento o característica particular que convertiría a su servicio de internet en el mejor en esos aspectos.*
84. *En efecto, la campaña publicitaria materia de análisis no contiene algún criterio objetivo o parámetro en el mensaje transmitido a los consumidores que pueda generar que estos consideren que el servicio de internet de Nubyx cuenta con la mejor calidad y conectividad del mercado por un determinado motivo, más allá de la sola opinión del anunciante.*
85. *En tal sentido, esta Sala considera que los consumidores pueden interpretar que las afirmaciones difundidas por Nubyx corresponden a un atributo que la empresa pretende resaltar de su servicio de internet, sin que ello **tenga un parámetro objetivo y unívoco de medición, por lo que se trata de un mensaje publicitario de naturaleza subjetiva.** (Énfasis agregado)*

En estos párrafos podemos visualizar como se replica el criterio previamente comentado, es decir, que una afirmación, deba tener un solo parámetro unívoco de medición para poder analizarse dicha alegación como una afirmación objetiva, en caso contrario nos encontraremos ante una afirmación subjetiva

Sin embargo, se erige un cuestionable criterio que se contrapone con la realidad porque, actualmente, mediante las diversas pruebas de calidad, indicadores, premios y reconocimientos que puedan ser presentados por las operadoras denunciadas, la autoridad sí debería estar en la posición de determinar la veracidad y sustanciación de afirmaciones como, por ejemplo, “*La mejor conexión en fibra óptica*”. No obstante, la SDC ha optado la postura de evitar llegar a esta fase del análisis por la pluralidad de parámetros.

No cabe la menor duda de que, por el dinamismo y la ensañada guerra competitiva que se está gestando en el mundo de las telecomunicaciones, las

operadoras buscarán posicionarse como el mejor en la prestación de su servicio; lamentablemente, un criterio como el expuesto brinda carta abierta a que todos los operadores se publiciten como el mejor, generando un escenario de incertidumbre para los usuarios, dejándonos, entre otras dudas, el cuestionamiento de ¿quién es la mejor operadora de servicios de internet fijo mediante fibra óptica? Expresión que sí es comprobable fácticamente, cuanto menos, a nivel temporal y territorial.



Conclusiones

1. Para garantizar el acceso al internet nuestro modelo institucional permite que los agentes privados se constituyan como operadores económicos que prestan los servicios públicos de telecomunicaciones, entre los cuales se encuentra la modalidad del acceso a internet fijo.
2. Debido a la creciente demanda de acceso al internet fijo, más aún, tras los estragos del Covid-19, se han insertado en el mercado nuevos agentes económicos que compiten agueridamente en el mercado del servicio de internet fijo.
3. Adicionalmente, los actuales requerimientos de una mejor velocidad en la utilización del internet (subida y descarga de documentos) que permite el traslado de información ha propiciado el desarrollo de nuevas tecnologías, entre las cuales destaca el acceso de internet fijo mediante fibra óptica (FTTx).
4. Así, para ganar una mayor cuota de mercado en la prestación del internet fijo mediante fibra óptica, los diversos y nuevos agentes económicos de este mercado, despliegan diversas estrategias, siendo uno de los mayores recursos el uso de la publicidad, así como la inteligencia comercial enfocada a la aplicación e interposición de recursos legales.
5. La publicidad debe efectuarse en el mercado, acatando las normas que son fiscalizadas por el Indecopi, resaltando la LRCD que establece la proscripción de los actos de engaño, modalidad de actos de competencia desleal que, recurrentemente, se efectúan en la actividad publicitaria.
6. Los actos de engaño son una modalidad de actos de competencia desleal mediante los cuales, a través de la información que es presentada al público, se induce al error a los consumidores respecto a la verdadera naturaleza de los productos o servicios que son ofertados por los proveedores en el mercado. Además, estas conductas tienen un importante enfoque por parte de la autoridad en tanto se manifiesta una gran actividad fiscalizadora y sancionadora, más aún en el segmento de los productos dirigidos para el consumo humano
7. Así, el análisis de la publicidad se efectúa sobre afirmaciones objetivas, es decir que tengan la cualidad de comprobables, debido a que son aquellas que son consideradas por los usuarios al momento de tomar la decisión de

consumo, como, por ejemplo, al momento de contratar el servicio de internet fijo.

8. Existe un consenso, tanto en la interpretación normativa como en los pronunciamientos de las autoridades, respecto al análisis para determinar si se configuran o no los actos de engaño. Este análisis consta de dos niveles: 1) delimitación del mensaje publicitario y 2) verificación de la veracidad del mensaje.
9. De acuerdo con el precedente de observancia obligatoria establecido en el caso Metro, la delimitación del mensaje debe llevarse a cabo considerando la pieza publicitaria desde un enfoque integral, así como superficial, desde la percepción de un consumidor.
10. La verificación de la categoría correspondiente a la veracidad del mensaje publicitario se constituye en la materialización del deber de sustanciación previa que tienen los proveedores. Así, mediante los medios probatorios correspondientes se determina si el mensaje que reciben los consumidores se encuentra acorde con la realidad o si, por el contrario, las alegaciones objetivas resultan ser falsos o ambiguos, induciendo al error y, en consecuencia, constituyendo actos de engaño pasibles de sanción bajo la normativa de represión de la competencia desleal.
11. En el 2014, mediante resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI (caso ESAN), la sala analizó la siguiente afirmación publicitaria: “ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú”, estableciendo los parámetros para la consideración de una afirmación como una alegación objetiva, considerando las siguientes condiciones para poder proceder con el análisis de los presuntos actos de engaño: (i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o, (ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.
12. El criterio establecido en el caso Esan, se replica hoy en día, en pleno año 2023, y se ha visualizado en diversos pronunciamientos efectuados a razón de la fiscalización de la publicidad de los operadores económicos que prestan el servicio de internet fijo, mediante la tecnología de fibra óptica.

Bibliografía

ARAMAYO, A., GAGLIUFFI, I., MAGUIÑA R., RODAS, C., SOSA, A., & STUCCHI, P.

2013 *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima: INDECOPI. Consulta: 30 de abril de 2023.

https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y

COMISIÓN EUROPEA

2000 XXIXth Report on competition policy 1999. Brusellas

<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/106c34b6-7227-4ecd-beb3-43bad2093cca/language-en>

EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo.

2011 *Políticas de competencia y su aplicación*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

FARRÉ LÓPEZ, Pedro

2002 *El Derecho de Rectificación en el ámbito de la publicidad comercial*. En: "Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos". Parte II. Santander: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria.

MASSAGUER, José

1999 *Comentarios a la ley de competencia desleal*. Madrid: Civitas.

LANDA ARROYO, César

2016 *Derecho fundamental al Internet*. En Primeras Jornadas Nacionales de Derechos Fundamentales. Lima. Themis. PUCP.

<http://themis.pe/wp/wp-content/uploads/2016/07/Derecho-al-Internet-y-Libertad-de-Expresio%CC%81n.docx>

LEÓN ARAUJO, Carlos

2015 *Análisis y diseño de la red FTTH con tecnología GPON para el ISP TRONCALNET en el cantón Cañar*. Quito, Ecuador: Pontificia Universidad Católica del Ecuador

<https://1library.co/es/download/880728313295863810>

PAZOS, J., CAPURRO, A., MAC KEE G., & ESCALANTE, A.
2020 *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Lima:
INDECOPI. Consulta: 03 de mayo de 2023.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7793/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20%282019%29VF..pdf?sequence=2&isAllowed=y>

SOSA HUAPAYA, Alex

2017 “Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos)”. *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, pp. 161-182. Consulta: 12 de mayo de 2023.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19886/19924>

2022 *Derecho y Marketing online. Un análisis desde el Derecho de la Competencia Desleal y la regulación publicitaria*. Primera edición. Lima: Foro Académico

RESOLUCIONES:

Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI

Resolución 0363-2014/SDC-INDECOPI

Resolución 0362-2017/SDC-INDECOPI

Resolución 0093-2023/SDC-INDECOPI

Resolución 068-2023/SDC-INDECOPI