

Resolución

Nº 102-2023/CCD-INDECOPI

Lima, 8 de agosto de 2023.

EXPEDIENTE Nº 169-2022/CCD
EXPEDIENTE Nº 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

DENUNCIANTES : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
(TELEFÓNICA)
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
(AMÉRICA MÓVIL)

IMPUTADA : WI-NET TELECOM S.A.C.
(WIN)

MATERIAS : ACTOS DE ENGAÑO
ACTOS DE DENIGRACIÓN
ACTOS DE COMPARACIÓN INDEBIDA
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL

ACTIVIDAD : TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: Se declara **INFUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica en contra de Win, por la presunta comisión de actos de denigración y comparación indebida, supuestos establecidos en los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Asimismo, se declara **INFUNDADA** la denuncia presentada por América Móvil en contra de Win, por la presunta comisión de actos de engaño y actos de denigración; infracción al principio de legalidad e infracción al principio de adecuación social, supuestos establecidos en los artículos 8, 11, 17 y 18 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En ese sentido, se **DENIEGA** los pedidos accesorios formulados por Telefónica.

Finalmente, se **DENIEGA** los pedidos accesorios formulados por América Móvil.

1. ANTECEDENTES

1.1. En el marco del Expediente N° 169-2022/CCD

El 5 de octubre de 2022, Telefónica interpuso denuncia en contra de Win, por la presunta comisión de actos de denigración y comparación indebida, supuestos establecidos en el artículo 11 y 12, respectivamente, del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).

Según los términos de la denuncia, Win vendría difundiendo en redes sociales YouTube¹, Facebook² e Instagram³, una campaña publicitaria la cual tendría como efecto menoscabar la imagen y la reputación empresarial de Telefónica, así como de las otras operadoras de telecomunicaciones que brindarían el servicio de internet mediante fibra óptica en el Perú.

¹ Anuncio publicado en el siguiente enlace: https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28

² Anuncio publicado en el siguiente enlace: <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/693942085499744>

³ Anuncio publicado en el siguiente enlace: https://www.instagram.com/win_internet/

Asimismo, Telefónica destacó que esta campaña habría tenido un despliegue importante en la televisión nacional abierta desde el 2 de octubre de 2022, en la medida que se habría transmitido publicidad en los canales de televisión Latina, América TV, ATV y Canal N, llegando a estar inclusive en pantallas led de la vía pública. Sobre el particular, indicó que en la publicidad de Win se recurriría a imágenes de una “rata” y a frases como “sigue fallando como siempre”, “decían que era fibra” y “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win”, para transmitir el mensaje de que las empresas que brindan el servicio de internet a través de fibra óptica, como Telefónica, estarían engañando a los consumidores.

En este punto, Telefónica destacó que Win trasladaría al mercado y a los consumidores un mensaje de carácter subjetivo que afectaría el crédito comercial de Telefónica (en particular) y de las prestadoras del servicio de internet de fibra óptica en el mercado (en general). En ese sentido, expresó que ello determinaría que la conducta de Win configure un acto de denigración. En este punto, precisó que además de ser un mensaje subjetivo, también sería impreciso e impertinente, así como vulgar e inapropiado, en la medida que jugaría con la frase ordinaria “meter la rata” para acusar a las empresas que brindan el servicio de telecomunicaciones, de engañar y estafar a sus consumidores. Al respecto, indicó que dichas acciones serían una mala estrategia empleada para captar rápidamente la preferencia de los consumidores, a costa de la afectación a la imagen y reputación comercial de Telefónica y demás competidores.

En ese sentido, la denunciante señaló que Win transmitiría a través de su campaña publicitaria un doble mensaje, debido a que transmitiría que: (i) Telefónica estafaría o engañaría a los consumidores, ello en tanto no se estaría brindado un servicio por fibra óptica conforme a lo ofertado, siendo que incluso se señalaría que el servicio de Telefónica siempre presentaría fallas; y, (ii) a partir del mensaje anterior, Win pretendería realizar una comparación indebida con Telefónica, al señalar que estos supuestos problemas no estarían presentes en su oferta del servicio, por lo cual, sugeriría a los consumidores que se cambien a Win, la empresa que supuestamente habría nacido para hacer las cosas de forma diferente.

Al respecto, Telefónica destacó que Win podría realizar las campañas publicitarias que crea conveniente sobre sus servicios, pero estas no podrían incluir un mensaje en donde se afecte la reputación empresarial de sus competidores, ni podría realizar una comparación indebida de servicios sobre la base de mensajes subjetivos, imprecisos e impertinentes, respecto de los cuales ni siquiera presentaría algún medio probatorio que acredite su veracidad.

Con relación a la comisión de **actos de denigración**, Telefónica mencionó que mediante la Resolución N° 0065-2022/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) habría señalado que la configuración de este acto requeriría la mención o alusión a competidores o a su oferta. A partir de ello, explicó que la Sala habría delimitado que la alusión se podría realizar mediante dos (2) formas, de forma explícita e implícita. En este punto, precisó que en presente caso, se trataría de una alusión implícita, siendo que, conforme lo desarrollado por la Sala, para que exista una alusión implícita se requeriría una referencia inequívoca de uno o varios competidores. En otras palabras, detalló que el público debería identificar al competidor o los productos o servicios competidores aludidos. Asimismo, destacó que, en la referida resolución, se detallaría que cuando se hace una mención a un competidor por implicación, esta debería ser fácilmente perceptible por los consumidores.

En particular, con relación a los requisitos de licitud establecidos en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la denunciante destacó que Win no cumpliría con dichos requisitos, pues mediante su publicidad no ofrecería a los consumidores información objetiva y comprobable, sino que la difundiría alegaciones subjetivas peyorativas con frases e imágenes como: “Sigue fallando como siempre, y decían que era fibra”, “Ahí está el modem, la caja, un cable extra. ¡Ah! y la dejaron a ella (se muestra a una “rata” en el comercial – ver imagen)”, “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win”, y “Cámbiate a Win, el internet hogar 100% fibra óptica que nació para hacer las cosas diferente”.

En este punto, Telefónica precisó que, a junio de 2022, poseería la mayor cantidad de usuarios, siendo que Win se encontraría en segundo lugar, por ende, ello permitiría acreditar que la campaña publicitaria habría estado orientada a conseguir más consumidores y tratar de que cambien sus preferencias sobre el servicio de internet. En esa línea, mencionó lo resuelto por la Sala mediante Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, con relación a la alusión inequívoca. En particular, destacó que, de manera similar a lo que habría sucedido en el caso citado, a la fecha, Telefónica tendría la mayor participación en

este mercado, 42,4%, seguido de Win con una participación de 24.3% y por América Móvil con un 14%. Así, aseveró que, por la composición del mercado, la campaña tendría un claro propósito alusivo a Telefónica.

Aunado a ello, la denunciante agregó que el propio creador de la publicidad, el señor Leone, habría reconocido presuntamente el trasfondo de la campaña publicitaria difundida, en la medida que, mediante una publicación realizada, habría descrito que hace años quería hacer piezas publicitarias como esta, las cuales reflejarían la impotencia de los consumidores ante tantos discursos de las marcas que cada vez difieren más del trato que darían.

Con relación a la comisión de **actos de comparación indebida**, Telefónica sostuvo que en el presente caso existiría una comparación indebida con el servicio brindado por Telefónica, debido a que se trasladarían dos (2) mensajes respecto a las ventajas de su servicio frente al servicio de Win que Telefónica siempre presentaría fallas en todos los consumidores, ello frente al servicio de Win que habría nacido para hacer las cosas de forma diferente, siendo que el servicio de internet por fibra óptica nunca presentaría fallas en comparación con el servicio de Telefónica; y, (ii) que Telefónica no brindaría un servicio de internet mediante fibra óptica y que engaña o estafa a los consumidores, por lo que Win sería el único proveedor que brindaría realmente un servicio de internet por fibra óptica.

En este punto, la denunciante expresó que, frente a los supuestos problemas y engaños escenificados, Win presentaría su oferta de un modo tal que permitiría dar a entender a los consumidores que estos problemas no se verificarían si hubieran contratado el servicio de internet por fibra óptica ofertado por Win. Así, expresó que Win invitaría a los consumidores a que se cambien de servicio, ya que esta empresa habría nacido para hacer las cosas de forma diferente.

En ese sentido, Telefónica señaló que, en la campaña publicitaria, la madre le preguntaría a su hijo si funcionaría bien el servicio de internet, siendo que el hijo le respondería que sigue fallando como siempre, y precisa que “y decían que era fibra”. Sobre ello, destacó que (i) primero, se precisaría que el servicio brindado por las empresas que habitualmente ofertan este tipo de servicios siempre fallaría (sin haber sustentado objetivamente esta afirmación); y (ii) segundo, se señalaría que existiría una estafa hacia los consumidores, ello en tanto se les habría informado que el servicio sería mediante fibra óptica, y en realidad no se habría dado este servicio en los términos ofrecidos.

Por dichas consideraciones, la denunciante solicitó a la Comisión: (i) declare fundada la denuncia interpuesta en contra de Win por haber incurrido en actos de denigración, comparación indebida; (ii) imponga Win una multa de hasta 700 UIT; (iii) ordene a Win como medidas correctivas: a) el cese definitivo de la campaña publicitaria y el retiro de las piezas publicitarias denunciadas, incluyendo cualquier publicidad igual o similar ya sea virtual o física, así como el cese definitivo de cualquier nueva difusión de ese tipo de anuncios (no repetición), b) la difusión, a su cuenta y costo, de una publicidad rectificatoria que permita la “remoción de los efectos producidos por el acto” (al respecto, precisó que dicha rectificación debería difundirse a través de medios de similar formato, alcance e impacto a los que fueron utilizados para difundir la publicidad denunciada); c) la publicación de la resolución condenatoria; y, (iv) se disponga el pago de las costas y costos incurridos por Telefónica en trámite del procedimiento.

El 14 de octubre de 2022, la Secretaría Técnica efectuó una primera inspección a la página de Youtube https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28, al perfil de Facebook <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/693942085499744>, y al perfil de Instagram https://www.instagram.com/win_internet/, con la finalidad de constatar la existencia de información relevante respecto de los hechos materia de denuncia.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 24 de octubre de 2022, Telefónica presentó una ampliación de denuncia indicando que Win habría continuado y ampliado la campaña publicitaria a través de nuevos anuncios publicitarios.

En línea con ello, la denunciante refirió que el día 9 de octubre de 2022, Win habría procedido a emitir una nueva pieza publicitaria⁴ como parte de su campaña, donde se afirmaría lo siguiente: “Yo ya fui dos

⁴ Anuncio publicado en el siguiente enlace: <https://www.instagram.com/p/CjgELDUDwTZ/>

veces, que vaya ella (señala a una rata que tira el modem al piso). (...) Como nos han metido la ra...(pido) cámbiate a Win.". Sobre el particular, indicó que Win recurriría nuevamente a imágenes de la "rata" y a frases como "decían que era fibra" y "Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win", para transmitir el mensaje de que las empresas que brindan el servicio de internet a través de fibra óptica, como Telefónica, estarían engañando a los consumidores. Asimismo, indicó que las piezas que compondrían la campaña publicitaria afectarían gravemente a Telefónica, en la medida que, al jugar con la frase vulgar e inapropiada "meter la rata", haría alusión a que Telefónica brindaría un servicio de mala calidad, con lo cual estafaría a sus consumidores.

En ese sentido, Telefónica refirió que la publicidad de Win no buscaría mejorar su posicionamiento en el mercado mostrando a los consumidores las ventajas de su servicio, sino que su publicidad tendría un único objetivo: desprestigiar a sus competidores haciendo uso de afirmaciones subjetivas e impertinentes (referencias a supuestos actos de engaño/estafa).

Aunado a ello, la denunciante sostuvo que, del análisis de participación en el mercado de las empresas que brindan el servicio de internet mediante fibra óptica, Telefónica contaría con un 42.4% catalogándolo como el principal proveedor de este tipo de servicio, seguido de Win con una participación de 24.3% (contando ambas empresas con un 66.7% del mercado). En atención a dichos porcentajes, Telefónica sería el principal participante del segmento y principal competidora Win, por lo cual, a su consideración, dicha empresa se estaría aprovechando de la situación para, a través de su publicidad, denigrar directamente a Telefónica por tener una posición de relevancia en el mercado, lo cual generaría que los consumidores la perciban como la empresa que principalmente brinda el servicio en cuestión.

De otra parte, Telefónica indicó que el mensaje que habría buscado trasladar Win con la campaña publicitaria, habría sido confirmado en el video publicado en la red personal de Instagram del actor que representó a la "Hijo" en las piezas publicitarias cuestionadas. En esa línea, resaltó que en dicho video, se explicaría claramente cuál habría sido la finalidad de la campaña y por qué resultaba necesario que la figura de la "rata" apareciera, pues ello sería utilizado para representar o vincular la frase "nos estafaron".

Del mismo modo, la denunciante refirió que, la Comisión debería tomar en cuenta cuando analice las piezas publicitarias difundidas por Win que se retiraría el módem con un guante siendo reemplazado por el módem de Win (siendo que, en este caso, ya no usaría guantes). En este punto, indicó que éstas imágenes con el guante quirúrgico transmitirían un claro mensaje denigratorio, consistente en sería inseguro, sucio, desagradable, inadecuado y peligroso; en contraposición, al módem de Win, el cual no presentaría estos supuestos problemas y podría ser tomado directamente con las manos, sin necesidad de usar un guante.

Adicionalmente a ello, Telefónica destacó que la caja utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem, sería similar a la caja usada por su empresa para poder entregar el módem al consumidor y brindarle el servicio, por lo cual, a su consideración, generaría en el consumidor la vinculación con Telefónica.

Bajo dicho análisis, la denunciante sostuvo que para nada sería una mera especulación la vinculación de Telefónica con los mensajes transmitidos por Win, en la medida que, mediante el Informe elaborado por la empresa Lúmini Interpretación de Mercados (en adelante, el Informe Lumini), se habría evaluado la campaña publicitaria "Rápido Cámbiate a WIN!" entre usuarios del servicio de Banda Ancha Fija, el cual, habría concluido que el mensaje central de las distintas piezas publicitarias, "ya nos metieron la ra...", se asociaría a Telefónica, en su condición de líder del mercado. Del mismo modo, refirió que, el informe anteriormente mencionado acreditaría la existencia de un acto comparación indebida cometido por Win, en la medida que, en este se concluiría que un número mayoritario de entrevistados entendería que el mensaje de la campaña sería: "que el internet de otras empresas siempre falla" y que por eso deberían cambiarse a Win. De lo anterior, indicó que se podría apreciar claramente que Win resaltaría las supuestas ventajas de su servicio, frente a los supuestos problemas que tendría el servicio de Telefónica (supuestas fallas en el servicio y que no se brindaría el servicio de internet mediante fibra óptica).

En efecto, Telefónica precisó que en dicha evaluación se les habría preguntado a los evaluados a qué empresas se haría alusión en la publicidad, la respuesta espontánea (es decir, sin que el entrevistador mencione marca alguna) en el caso de América Móvil llegaría a un 73%. En esa línea, agregó que

cuando esa misma pregunta se le habría formulado a los evaluados mostrándoles las opciones de operadores en el mercado, dicho porcentaje aumentaría al 78%. Asimismo, destacó que otra de las conclusiones del Informe sería precisamente que el mensaje captado es que Win afirmaría que los operadores brindarían intencionalmente servicios de mala calidad (es decir, que “engañan” o “estafan”): “3 de cada 4 percibe que el comercial busca mostrar que los operadores de competencia dan productos de mala calidad de manera intencional”.

En línea con ello, la denunciante indicó que dicho informe también demostraría que antes de ver la campaña publicitaria de Win, el 42% de los entrevistados declaraba “confiar” en Telefónica, la cual resultaba bastante superior respecto del porcentaje de entrevistados que declaraba “confiar” en Win, que llegaba al 22%. Sin embargo, luego de difundirse la campaña publicitaria, el impacto en la percepción de confianza hacia Telefónica habría sufrido un claro efecto negativo, en la medida que la percepción de confianza habría bajado, pues un 65% habría pasado a desconfiar en la marca conforme a los niveles: “total desconfianza”, “bastante desconfianza” y “ni acuerdo ni en desacuerdo”. En atención a ello, la denunciante sostuvo que la campaña publicitaria de Win habría causado un daño efectivo en la reputación de Telefónica.

El 20 de octubre de 2022, la Secretaría Técnica efectuó una segunda inspección a la página de Youtube https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28 y al perfil de Facebook <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/693942085499744>, con la finalidad de constatar la existencia de información relevante respecto de los hechos materia de denuncia.

El 25 de octubre de 2022, la Secretaría Técnica efectuó una tercera inspección al perfil de Instagram <https://www.instagram.com/p/CjgELDUDwTZ/>, con la finalidad de constatar la existencia de información relevante respecto de los hechos materia de denuncia.

Mediante Resolución de fecha 21 de noviembre de 2022, la Secretaría Técnica imputó a Win lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que a Win difundiría una campaña publicitaria que menoscabaría la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de Telefónica, la cual contendría afirmaciones subjetivas, imprecisas e impertinentes, por lo cual no cumpliría con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:
 - (i) Mediante las afirmaciones “sigue fallando como siempre”, “decían que era fibra”, “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win” y “Como nos han metido la ra...(pido) cámbiate a Win”, en conjunto con la imagen de una rata animada, daría a entender que Telefónica estafaría o engañaría a los consumidores, debido a que no brindaría un servicio de internet por fibra óptica conforme a lo ofertado pues siempre fallaría, por lo que sería una empresa deshonestista.
 - (ii) Mediante las afirmaciones “sigue fallando como siempre”, “Uy otra vez, ¿Hijo puedes ir por favor a reiniciar el modem?”, “yo ya fui dos veces”, en conjunto con una secuencia de imágenes en las que se retiraría el módem con un guante siendo reemplazado por el módem de Win (siendo que, en este caso, ya no usaría guantes), daría a entender que Telefónica brindaría un servicio de internet que siempre fallaría con un módem que sería inseguro y peligroso.
2. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida, supuesto establecido en el artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que Win difundiría una campaña publicitaria en la que presentaría las ventajas de su oferta de internet por fibra óptica en comparación con la oferta de Telefónica, la cual contendría afirmaciones subjetivas, imprecisas e impertinentes, por lo cual no cumpliría con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en particular, mediante las afirmaciones “sigue fallando como siempre”, “harto del internet tan lento”, “cámbiate a Win”, daría a entender que el servicio de internet por fibra óptica de Telefónica siempre presentaría fallas, ello frente al servicio de internet por fibra óptica de Win que nunca fallaría.

El 19 de enero de 2023 Win presentó sus descargos manifestando que habría desplegado una campaña publicitaria bajo el amparo de las licencias humorísticas, que serían parte de la manifestación de la libertad de expresión que fundamenta la publicidad. En esa línea, expresó que se habría desplegado conforme a nuestros atributos de libertad de expresión y libertad de empresa, derechos fundamentales que han sido recogidos en la Constitución Política a través de los artículos 2, inciso 4, y 59.

En ese sentido, la imputada mencionó que, mediante Resolución del 14 de agosto de 2002, recaída bajo el Expediente N° 0905-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) indicó que *“la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones”*. Así, explicó que el TC ampliaría dicha definición e indicaría que la libertad de expresión *“se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente (FJ 16)”*, mediante Resolución del 26 de marzo de 2007, recaída bajo el Expediente de N° 10034-2005-PA/TC.

En esa línea, Win señaló que el TC habría señalado que la libertad de empresa se define como *“la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios (FJ 53)”*, conforme lo resuelto mediante Resolución del 13 de abril de 2007, recaída bajo el Expediente de N° 7339-2006-PA/TC.

De esta manera, Win manifestó que las piezas publicitarias que habría realizado como parte de su campaña se encontrarían protegidas por la libertad de empresa y la libertad de expresión. En efecto, precisó que habría utilizado publicidad sarcástica. En este punto, detalló que una aproximación a dicho concepto se encuentra en el artículo 11 inciso 2, literal c) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, cuando se señala que un acto se reputa lícito siempre que se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias. En particular, precisó que, de un análisis más profundo de la citada norma, se concluiría que dichas formas se encontrarían permitidas siempre que exista una justificación en atención a las circunstancias. Por ello, dichas circunstancias serían las que habilitaría el uso de este estilo de publicidad.

En esa misma línea, la imputada mencionó la Resolución N° 1857-2012/SC1-INDECOPI, recaída bajo el Expediente N° 141-2010/CCD, mediante la cual se habría establecido que *“(…) la fantasía y la exageración, como elementos que influyen en la interpretación del anuncio, contribuyen a recrear una situación irónica alejada de la realidad, bajo la cual el consumidor captará el mensaje publicitario en forma exagerada, sin atribuir seriedad a las escenas o frases mostradas. Por tanto, la utilización de estas licencias, por lo general, generará que los destinatarios de la pieza publicitaria no tomen en serio las diversas imágenes, secuencias y frases, de manera tal que el mensaje publicitario no tenga la aptitud de inducir efectivamente a brindar un trato cruel, degradante u ofensivo contra cierto sector vulnerable de la Sociedad”*. (Subrayado añadido).

Bajo lo expuesto, Win destacó que se estaría permitiendo el uso del sarcasmo en la realización de piezas publicitarias siempre que la lectura integral de estas el mensaje transmitido no produzca real ni potencialmente el efecto de degradar, ofender o promover actos ilícitos. Así, aseveró que, en el caso de la publicidad de su campaña, no bastaría con indicar que el uso de los elementos graciosos como la animación de la mascota “rata” o el empleo de frases de uso popular son suficientes para ser sancionados por actos de competencia desleal. En efecto, manifestó que sería necesario observar el elemento fantástico presente en sus piezas publicitarias, específicamente, al de una mascota en forma de rata gigante, la cual sería una figura graciosa sin objetividad alguna.

Al respecto, la imputada señaló que las piezas publicitarias no harían más que retratar de una forma gráficamente graciosa y con humor una situación cotidiana entre los peruanos. En ese sentido, indicó que son los elementos graciosos y populares los que ayudarían a retratar con mayor facilidad un malestar generalizado de muchos usuarios de internet. En este punto, agregó que la imputación podría tener un trasfondo discriminatorio, pues consideraría que elementos como la forma de hablar o expresarse de un determinado grupo popular son por sí mismas “vulgares”, lo cual demostraría una falta de tolerancia por la pluralidad en el Perú.

Por otra parte, Win informó que su campaña publicitaria estaría conformada por piezas publicitarias que habrían sido difundidas mediante canales digitales como Instagram, Facebook, YouTube, así como en su website; y, a través de canales tradicionales de publicidad como TV, radio, pantallas led, entre otros.

Respecto de los **actos de denigración**, en particular, con relación a la **alusión inequívoca**, Win aseveró que Telefónica habría utilizado información correspondiente al reporte de Osiptel de junio de 2022. En este punto, explicó que la imputación de cargos y en la denuncia de Telefónica, se precisaría que en el análisis de participación en el mercado de las empresas que brindan el servicio de internet por fibra óptica, Telefónica contaría con un 42.4%, seguido de Win con una participación del 24.3% del mercado. Sobre ello, destacó que dicha información no resultaría pertinente, sobre todo considerando que la información previa a la difusión de su publicidad sería la correspondiente a setiembre 2022. Por ello, solicitó a la Comisión que para realizar un justo análisis utilice la información correspondiente al mercado del servicio de internet a setiembre 2022.

Ahora bien, respecto de las frases: “sigue fallando como siempre”; “decían que era fibra”; “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido cámbiate a WIN”); “Como nos han metido la ra...(pido cámbiate a WIN”); “Uy otra vez, ¿Hijo puedes ir por favor a reiniciar el módem?”, “yo ya fui dos veces” en conjunto de la secuencia donde se ve el retiro de un módem con guantes; ya sea que se verifique de manera individual, o en conjunto con la mascota (figura de una rata animada), Win aseveró que no se desprendería alguna referencia sobre el servicio provisto por Telefónica; ya sea por el contenido de las frases, los personajes, la mascota de la rata animada, el módem o la utilización de guantes. Sobre ello, argumentó que se trataría de frases que se utilizarían en el contexto de la conversación, la cual se desarrollaría en un contexto cómico y humorístico. Además, agregó que la presencia de la mascota sería para caricaturizar los posibles defectos propios del servicio de internet, por lo que no existiría alguna referencia en el mercado que indique que dicha mascota sea identificación de la denunciante.

En ese sentido, la imputada resaltó que la utilización de la mascota se daría con una finalidad humorística, a efectos de representar los problemas que se presentarían en la prestación del servicio de internet fijo. Así, expresó que diferente hubiese sido si su mascota hubiese tenido un gorro con el logo de Telefónica, un polo color verde o que utilice cualquier elemento característico de la denunciante o que hubiese pronunciado alguna frase por la que sea reconocida en el mercado Telefónica. Sobre ello, añadió que la denunciante no habría remitido medio probatorio alguno que acredite que los problemas que se puedan presentar en la prestación del servicio de internet fijo sea un factor exclusivo y distintivo de Telefónica.

Asimismo, Win mencionó que la sola utilización de la mascota no tendría que estar referida a algún operador, o a la prestación específica de Telefónica. En efecto, destacó que asumir que los problemas presentes en la prestación del servicio de internet fijo corresponden a elementos característico de la oferta comercial de Telefónica no habría sido acreditado por la denunciante. En ese sentido, afirmó que no se evidenciaría una alusión inequívoca, directa o indirecta que señale alguna referencia hacia Telefónica o a su marca comercial. De hecho, detalló que para que se pueda configurar la infracción imputada sería necesario que en los anuncios analizados se verifique de manera directa o por implicación (así esta sea ligera) la denigración del denunciante, en este caso presuntamente Telefónica. En tal sentido, sostuvo que su publicidad no aludiría inequívocamente a Telefónica directa o indirectamente o a su oferta comercial de su servicio de internet fijo.

Por otra parte, Win manifestó que no se trataría de **publicidad de tono excluyente**, como sería, por ejemplo, la afirmación: “el único que cuenta con oficinas de atención disponibles las 24 horas del día” o la afirmación: “Es la única crema dental con 12 beneficios y 12 horas de protección”. Sobre esta última afirmación, detalló que mediante Resolución N° 0414-2014/SDC-INDECOPI, se habría revocado el pronunciamiento de primera instancia que declaraba infundada una denuncia por actos de engaño respecto a la frase: “Es la única crema dental con 12 beneficios y 12 horas de protección”, puesto que la denunciada no habría llegado a presentar los medios probatorios que acreditarían la veracidad de dicha afirmación; es decir, que durante el periodo de la difusión del anuncio habría sido la única en el mercado que ofrecía 12 (doce) beneficios y 12 (doce) horas de protección.

Así, la imputada explicó que, para que se configure una alegación publicitaria de tono excluyente, sería necesario que se presente una afirmación de contenido informativo y comprobable, es decir, de carácter

objetivo; por ello, aseveró que sería razonable que el análisis de licitud de este tipo de publicidad se efectúe bajo el enfoque de los actos de engaño. En este punto, indicó que, bajo el marco de su campaña publicitaria, no se habría emitido alegaciones publicitarias excluyentes que hayan dado cuenta de que Win tendría características únicas y/o sobresalientes de carácter comprobable y objetivo, informando alguna situación de preeminencia frente a los competidores.

Al respecto, Win detalló que distinto hubiese sido el caso que presentara, a manera de ejemplo, frases como: “el único que te ofrece 100% de Fibra Óptica para tu hogar”, “tenemos el servicio exclusivo de Fibra Óptica para sus hogares” o “somos el único internet que no presenta fallas”, etc; sin embargo, afirmó que dichas frases no habrían sido utilizadas en su campaña. En consecuencia, manifestó que no se trataría de una alegación publicitaria de carácter excluyente que pueda generar perjuicio a la totalidad de competidores de Win, en tanto no se presentarían las condiciones objetivas para que se efectúe este análisis, por lo cual, indicó que correspondería analizar el presunto carácter alusivo de su campaña.

En particular, sobre la **estructura del mercado**, la imputada detalló que un parámetro del que se valdría un consumidor para definir el contenido de una publicidad sería la estructura del mercado en el que esta se difunde. En efecto, precisó que la estructura y comportamiento del mercado serían elementos importantes que podrían permitir la identificación de cuál es la empresa aludida en alguna publicidad, pese a que en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos. En esa línea, señaló que dicho razonamiento había sido utilizado anteriormente por la Sala, mediante la Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010. Al respecto, detalló que, en dicha oportunidad, se habría analizado una publicidad difundida por América Móvil y, pese a que no existía en la pieza publicitaria denunciada una mención expresa a Telefónica, se tuvo en consideración, además de la estructura del mercado el contexto en que se difunde la publicidad y sus destinatarios para inferir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa.

En particular, Win manifestó que a efectos de verificar que no existiría actos de denigración (o comparación), acreditaría que su publicidad no contendría alusión inequívoca alguna, sea directa o indirecta a Telefónica o su producto comercial. Asimismo, detalló que correspondería realizar una evaluación de estructura de mercado, conforme los pronunciamientos emitidos por la Sala: Estructura + elementos adicionales.

En ese sentido, Win precisó que lo resuelto en la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, sería un caso diferente al presente. En efecto, aseveró que al momento de comparar la “estructura del mercado” de dicho caso, se verificaría que la participación del grupo Telefónica en el mercado de televisión de paga ascendía al 65%.

Por el contrario, la imputada destacó que, en el presente caso, Telefónica habría ostentado una participación mucho menor [40.9%] tal como se mostraría en el gráfico titulado “*Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional*”; es decir, una participación que, si bien sería significativa, no se equipararía al grado de importancia que sí habría sido evidenciado en la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI. Así, explicó que dicha gráfica permitiría apreciar los cambios suscitados en el mercado de internet fijo con fibra óptica, pues se evidenciaría claramente cómo habría variado dicha conformación en el transcurso de un año. Por ejemplo, explicó que se podría apreciar cómo la participación de nuevos operadores como Wow y el grupo Fiberlux irían tomando relevancia en este mercado competitivo, a diferencia de las casi inamovibles cifras de market share identificadas en el caso del mercado de Televisión de paga referido en la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, por lo cual afirmó que las condiciones de ambos mercados no serían similares.

Además, Win mencionó que sería importante evidenciar la cantidad de operadores que caracteriza este caso a diferencia del correspondiente a la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI. En efecto, afirmó que existiría una gran cantidad de empresas que proveen el servicio de internet fijo, tales como Claro, Fiberlux, Wow, Entel, Hughes, entre empresas, conforme se podría visualizar en el gráfico titulado “*Participación por empresa operadora en el servicio de internet fijo-setiembre 2022*”⁵. En efecto, aseveró

⁵ Sobre ello, la imputada detalló que se podría visualizar en: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-conexiones-a-internet-fijo-continuan-en-alza-y-en-setiembre-de-2022-se-incrementaron-en-5-1/>

que sería suficiente con acceder a la información pública⁶ que difundiría Osiptel a través de PUNKU⁶, en donde se podría verificar que al cierre del tercer trimestre 2022 (setiembre 2022), es decir, previo a la difusión de su publicidad, existía cerca de cincuenta (50) empresas que ofrecían el servicio de internet por fibra óptica.

En consecuencia, la imputada reiteró que la alusión contenida en el mensaje publicitario respecto a un solo operador se perdería entre la variedad de la oferta, se vuelve imprecisa y, por ende, generaría que no hubiera alguna alusión inequívoca. De esta manera, destacó que, según la estructura actual del mercado, un consumidor no podría identificar cuál es la empresa aludida en su publicidad. En efecto, destacó que no se trataría de un mercado oligopólico, sino que se trataría de un mercado competitivo con varios actores distintos a Telefónica. Por ello, a su criterio, el presente caso no cumpliría con el análisis de estructura de mercado, tal como habría sido imputado.

Bajo dicho criterio, Win manifestó que en la propia Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI se habría necesitado de un elemento adicional que acreditase la referencia inequívoca a la oferta de Telefónica: *“Si bien los elementos que incrementan la posibilidad de identificar la comparación con Telefónica a partir de los anuncios “Miss” y “Rock” no son explícitos, en el caso del anuncio denominado “Futbol” no hay materia de discusión respecto a la alusión a la oferta de Telefónica, dado que en la parte inferior de la pantalla se lee lo siguiente: “Comparación realizada entre el deco DirecTV HD DVR y el deco Motorola DCA700 de Claro TV y Prime CDKN4102 de Movistar TV.” (Subrayado añadido)*

Así, la imputada manifestó que, tal como se verificaría en el pronunciamiento de la Sala, la alusión al competidor se habría probado con el elemento comparativo del decodificador y no solo por la estructura del mercado, tal como lo habría sugerido Telefónica. En consecuencia, manifestó que resultaría evidente que la sola estructura del mercado no sería suficiente para concluir válidamente que sus anuncios se encuentran dirigidos a Telefónica.

En particular, sobre los **elementos adicionales**, la imputada expresó que la estructura y comportamiento del mercado serían elementos importantes que podrían permitir la identificación de cuál es la empresa aludida en alguna publicidad, pese a que en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos. Así, manifestó que no solo bastaría la cuota de mercado, también sería necesario la presencia de elementos adicionales. En esa línea, citó el caso resuelto por la Sala mediante Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI, en el cual se habría determinado que estos elementos adicionales serían: (i) el contexto en el que se difundió la publicidad cuestionada, dado que habría sido de público conocimiento que el grupo Libido era parte de la imagen comercial de Telefónica y (ii) la proximidad temporal entre las campañas de la denunciante y la imputada en las que habría aparecido el grupo “Libido”.

Respecto de los **elementos adicionales**, en particular, sobre el elemento adicional: publicación del creador de la publicidad (el señor Leone), Win indicó que lo manifestado por el señor Leone en su cuenta de Facebook se trataría de una percepción personal sobre su deseo de realizar publicidad divertida. Sobre ello, manifestó que no existiría alguna referencia directa o indirecta hacia la denunciante, solo existiría un testimonio sobre la impotencia que habría tenido el señor Leone respecto al trato que tendría “las marcas” hacia los consumidores.

Al respecto, la imputada señaló que parecería que la denunciante se encontraría afirmando que la referencia a los “discursos románticos de las marcas que difieren del trato que brinda a los consumidores” pese a que sería general, imprecisa o vaga tendría que entenderse como una referencia inequívoca a Telefónica o a su servicio. Es decir, según la imputada, Telefónica pretendería que se realice el más alambicado de los análisis e interpretaciones para concluir que dicha frase genérica se referiría a la denunciante. Sin perjuicio de lo anterior, precisó que la impotencia que pueda sentir el señor Leone no sería algo representativo, siendo más bien una sensación personal. En efecto, destacó que cada persona tendría percepciones singulares, sesgadas propias de la experiencia de vida, por ello, las percepciones que podría tener el señor Leone solo podrían ser tomadas como apreciaciones personales y no atribuibles a Win. En ese sentido, manifestó la declaración del señor Luciano no constituye una

⁶ Sobre ello, la imputada precisó que en <https://punku.osiptel.gob.pe/>, se en la sección “Datasets PUNKU”, en donde se podría verificar la información de las empresas que brindar el servicio de internet fijo por fibra óptica.

prueba de los “elementos adicionales” que son requeridos para acreditar la identificación inequívoca hacia la denunciante, en el análisis conjunto de estructura de mercado.

Por otro lado, respecto del elemento adicional: publicación del actor que interpreta al “Hijo”, Win indicó se les imputaría que la declaración del actor sería la prueba de dicho “elemento adicional” que probaría la referencia a la denunciante; sin embargo, mencionó que, de la revisión de lo afirmado por el actor, en ningún momento existiría alguna referencia directa o indirecta a la denunciante o a su producto, por el contrario, se trataría de su experiencia al momento de rodar el comercial y sus apreciaciones personales. En efecto, expresó que en ningún momento se haría alusión a la denunciante o a su servicio, por el contrario, se verificaría que se trataría de una narración acerca de su experiencia en grabar el anuncio y de la sorpresa al ver a la mascota de la rata gigante. Además, precisó que incluso si sus declaraciones fueran en referencia hacia el denunciante o hacia algún otro operador, se trataría de una apreciación personal en su calidad de actor; sin embargo, incluso con estas valoraciones no se podría utilizar la apreciación personal que ha tenido como actor acerca de la publicidad como una prueba de los elementos adicionales que son requeridos para acreditar la identificación inequívoca hacia Telefónica. En ese sentido, aseveró que lo manifestado por el Actor no constituiría una prueba de los “elementos adicionales” que son requeridos para acreditar la identificación inequívoca hacia la denunciante, en el análisis conjunto de estructura de mercado.

Por otra parte, respecto del elemento adicional: utilización del módem, la imputada resaltó que Telefónica habría destacado que la caja del módem utilizada en sus anuncios sería una referencia inequívoca a la denunciante en tanto, la caja sería rectangular. Al respecto, manifestó que bastaría con realizar una búsqueda sencilla respecto a la forma de la caja de los módems, tantos los brindados por las empresas operadoras, como los que se adquirirían en el mercado y se podría comprobar que la forma rectangular de la caja del módem no sería un atributo específico de la denunciante, por el contrario, sería un atributo del módem en sí mismo. En particular, detalló que existirían diferencias de entre la caja mostrada en el anuncio y su caja: (i) el uso de una caja rectangular sería propio de todos los módems; asimismo, no existiría alguna evidencia de que la caja rectangular sea un hecho atribuible inequívocamente a los módems de la denunciante; (ii) la caja de color marrón utilizada no tendría marca o identificación de la denunciante o de cualquier otra empresa en el mercado. Incluso, preciso que Win utilizaría cajas de color marrón para la entrega de las ONT (módem); (iii) la caja de color marrón de la denunciante tendría el logo de Movistar; la cual no se encontraría presente en el anuncio; (iv) no existiría alguna evidencia de que la caja color marrón sea un hecho atribuible inequívocamente a los módems de la denunciante; (v) la caja presente en el anuncio se encontraría cerrada, por lo que no se podría verificar alguna distribución en específico; contrario a lo que señala la denunciante; (v) que la caja del módem incluya: módem, cable (rj45) y cargador no sería un elemento característico de la oferta de la denunciante, dado que todos los módems cuentan con dichos elementos. En ese sentido, alegó que no sería un “elemento adicional” la inclusión de la caja del módem en el anuncio.

De otro lado, respecto del elemento adicional: retiro del del módem negro con guantes, Win destacó que en esta parte del anuncio se presentaría un módem negro, siendo que el módem que proporcionaría Telefónica sería blanco. En este punto, añadió que la denunciante promocionaría y difundiría anuncios de su servicio de internet fijo a través de un módem color blanco el cual tendría el logo de Movistar, por lo que no se comprendería cómo es que Telefónica sostendría que el módem negro sería una referencia hacia su oferta. Además, detalló que el módem utilizado en dicha parte del anuncio no tendría marca; asimismo, se le habría retirado la antena con el propósito de que no se parezca a algún módem en particular ofrecido en el mercado. En adición a ello, manifestó que la utilización del guante para retirar el módem negro habría sido utilizada como parte de su licencia humorística permitida en la publicidad. En este punto, destacó que previamente a identificar si el mensaje es denigratorio, se tendría que probar que existe una alusión inequívoca hacia la denunciante y ello no habría sido probado. En consecuencia, expresó que no sería un “elemento adicional” la inclusión de la caja del módem en el anuncio.

En ese sentido, Win expresó que, al no haberse acreditado la alusión inequívoca, no correspondería continuar con el análisis de los hechos materia de cuestionamiento por presunta comisión de actos de denigración y comparación. Sin perjuicio de todo lo expuesto, manifestó que, pese a que la imputación de cargos indicaría que la inclusión de la mascota sería vulgar, esa sería la interpretación sesgada de Telefónica, debido a que utilizar una mascota, incluso si se trata de una rata no tendría que ser vulgar.

Así, añadió que en el mercado se habría demostrado que se podría utilizar a la rata en sus productos o publicidad: Rémy, personaje en Ratatouille; y, Speedy Gonzales.

Respecto de los **actos de comparación indebida**, la imputada precisó que serían aquellas conductas consistentes en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora, mientras que los actos de equiparación consistirían en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. En esa línea, señaló que no se trataría de equiparación indebida, pues ello querría decir que las constantes fallas y la pésima calidad serían un atributo exclusivo y caracterizador de Telefónica al cual se realizaría la adherencia. Además, agregó que en este supuesto también se requeriría percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos, lo cual no sucedería en este caso.

Sin perjuicio de ello, Win manifestó que Telefónica habría realizado inferencias importantes en el mensaje publicitario señalados en la imputación por actos de comparación indebida. En efecto, indicó que se entendería que para Telefónica se trataría de una alegación publicitaria excluyente, sin embargo, ello no sería cierto, pues en ningún momento de a lo largo de toda su campaña publicitaria se habría emitido la frase “Win nunca presenta fallas” ni la frase “WIN el único proveedor de internet por fibra óptica” o algo similar” y mucho menos se habría contrastado y/o comparado con el servicio de Telefónica, o algo similar. Por lo cual, expresó que las interpretaciones que extraería como mensajes publicitarios serían forzadas.

Por otra parte, respecto de Informe Lúmini, la imputada cuestionó que se haya formulado la pregunta sobre qué empresa o empresas se haría alusión en la publicidad, puesto que esta predispondría a los evaluados a elegir necesariamente un operador, lo cual sería partir de la premisa que efectivamente la publicidad de Win haría referencia a algún o algunos operadores en específico y transmitiría dicha idea a los evaluados, quienes seleccionarían su respuesta bajo estos parámetros iniciales. En este sentido, detalló que al predisponer la elección a algún o algunos operadores, ello traería como consecuencia que los evaluados basen su respuesta en factores externos a lo visualizado en la pieza publicitaria.

Así, Win señaló que podrían responder a factores tales como ser las únicas compañías que ellos conocen que compiten en el mercado de telecomunicaciones; una mala experiencia que hayan tenido con algún operador y que les genera propensión a relacionarlo con una connotación negativa; entre otros motivos que no necesariamente se relacionarían con lo que se puede apreciar de las piezas publicitarias de Win. En esa línea, destacó que los evaluados podrían haber basado sus respuestas en factores externos y solo por la obligación de mencionar a algún operador, lo cual quedaría demostrado con el hecho de que en el propio informe se mostraría que cuatro (4) entrevistados responderían a la pregunta indicando que el operador aludido en la campaña publicitaria sería Win.

En ese sentido, la imputada manifestó que sería de suma importancia resaltar que, si Telefónica hubiera querido realizar una encuesta imparcial, habría formulado una pregunta distinta y que no invoque a señalar necesariamente a una empresa. Así, precisó que una pregunta neutral habría sido la siguiente: ¿Considera que en la pieza publicitaria se hace referencia a una empresa en particular o recoge una experiencia generalmente compartida por los consumidores de internet?

Por otra parte, Win cuestionó cómo se habría realizado la encuesta, en tanto se habría considerado tanto las respuestas espontáneas como mostradas, sin indicar el valor individual de cada una de ellas. Asimismo, agregó que resultaría preocupante que no cuente con un Anexo en el que se detalle cuál habría sido la plantilla del formulario dado a los evaluados, es decir, un formato en el que se muestre cuáles fueron las empresas que se mostraron a los consumidores, si es que existió una opción de “otras empresas” que incluyera a los que no estaban siendo mencionadas o si es que existió la opción explícita de “ninguna empresa”. En esa línea, expresó que resultaría nuevamente imposible acreditar el valor de veracidad de dicha encuesta, por lo que se trataría de una encuesta parcializada y tendenciosa. Asimismo, destacó que si bien en la encuesta se mostraría que pese a las opciones aún hay un grupo – aunque inferior al anterior– que señalaría que la publicidad no se haría referencia a ninguna empresa, ello no demostraría que el informe no haya generado sesgos.

Por otro lado, la imputada manifestó que Telefónica sostendría que la campaña publicitaria tendría un mensaje subjetivo y peyorativo, debido a que en el Informe se concluiría que serían dos (2) los mensajes

principales que se transmitirían: (i) mensaje negativo sobre experiencia con internet de otros operadores: “nos metieron la rata”; y (ii) relación con el producto en cuestión: “Internet por fibra óptica. Al respecto, indicó que el Informe se basaría en una nube de palabras que contendría aquellas que más se repiten entre los evaluados, después de visualizar el comercial, las cuales serían Internet, rata y velocidad. Sobre ello, manifestó que de dichas palabras no sería posible llegar a la conclusión de que se trataría de un mensaje de desprestigio, ni mucho menos que este estaría dirigido contra Telefónica. En particular, destacó que en el propio cuadro que se adjuntaría en el Informe, en ningún momento se podría visualizar el nombre de Telefónica, Movistar o el de algún otro operador. En este sentido, precisó que la frase “nos metieron la rata” o cualquier otro de connotación que la denunciante pueda alegar, no se referiría a una empresa en particular, por el contrario, dicha frase solo buscaría capturar la percepción de cualquier usuario que pudo haber tenido ante un mal servicio de internet, mediante un enunciado humorístico. Además, agregó que “Win” no sería la palabra más resaltante de la nube de palabras.

Por otra parte, respecto de la percepción de confianza de los evaluados en Telefónica, la imputada señaló que los valores mostrados en el cuadro estadístico presentado en la página 19 del Informe serían incorrectos, en tanto que al realizar la suma de estos no daría como resultado un total de 100%, sino de 101%. Adicionalmente, cuestionó la representatividad de la encuesta en tanto que tomaría como muestra a tan solo 400 personas aun cuando estaría planteada para medir el nivel de percepción de seis (6) regiones distintas, siendo que dicha cantidad resultaría insuficiente para acercarse con mayor certeza a la percepción de la población analizada. Además, manifestó que se seleccionaría de manera parcializada algunas opiniones no representativas de los presuntos encuestados, siendo que se elegiría tendenciosamente seis (6) comentarios y los exhibiría como prueba del desprestigio.

El 6 de marzo de 2023, Win presentó un escrito mediante el cual presentó el Informe de evaluación de su campaña publicitaria, realizado por Impronta Research (en adelante, el Informe Impronta Research) realizado del 12 al 17 de enero de 2023, mediante el cual se podría verificar que 7 de cada 10 encuestados consideraría que su publicidad resultaba empática y divertida. En este punto, manifestó que, el 67% de los usuarios de Telefónica y el 82% de los usuarios de América Móvil habrían respondido que la publicidad les resultaba divertida. En esa línea, precisó que, para su realización, se consultó si Win denigraba a otras empresas operadoras mediante su publicidad, para lo cual el 71% de los encuestados no habrá considerado que la publicidad fuera denigratoria y solo el 29% habría considerado que sí (correspondiente a la sumatoria de “muy de acuerdo” y “de acuerdo”). En ese sentido, concluyó que se podría verificar que el público interpretaría que la publicidad no sería denigratoria; por el contrario; los anuncios generarían la percepción en los consumidores de que se trata de publicidad divertida, inclusive para los usuarios de los servicios de la competencia principal: Telefónica y América Móvil. En ese sentido, manifestó que al haber recogido la percepción de la población que reconocería que su publicidad no tendría un matiz denigratorio y, por el contrario, se trataría de un anuncio divertido.

El 25 de abril de 2023, Telefónica presentó un escrito mediante el cual reiteró sus argumentos y detalló que Win habría tratado de justificar su campaña publicitaria señalando que se trataría de un uso del sarcasmo siempre que la lectura integral del mensaje no tenga como efecto degradar, ofender o promover actos ilícitos; sin embargo, ello no es cierto, en la medida que, de una simple búsqueda rápida en internet, se podría verificar que la expresión utilizada en las piezas publicitarias de Win “nos metieron la rata” haría alusión a engaño y estafa.

En esa línea, la denunciante precisó que diversos autores habrían escrito sobre la definición que se le da a esta frase catalogada como una jerga o replana, así mismo, agregó que algunos habrían brindado ejemplos en donde se contextualizaría la frase en alguna expresión. Un claro ejemplo de ello sería lo afirmado por el experto publicista Fedor Larco, quien en su “Diccionario de Jeringa Peruana” analizaría diversos modismos peruanos utilizados en el día a día. En este punto, precisó que, entre las definiciones que recogería este libro se encontraría la palabra “rata”, la cual haría referencia a un sujeto despiadado que no tendría misericordia, por lo cual, el término connotaría una carga negativa. En esa misma línea, manifestó que el psicólogo y comunicador Julio Hervia habría señalado que, en el hablar coloquial, el término rata evocaría a una persona que se aprovecha de otra, es decir, que no sería de fiar. Adicionalmente a ello, precisó que el autor haría referencia a la frase utilizada por Win e indicaría que en el Perú “meter la rata” podría tener dos significados: el primero se encontraría referido al acto sexual, que claramente por el contexto en el que Win utilizaría la frase no es pertinente para este análisis; y, el

segundo significado atribuido por Hervia sería el engaño, estafa o embauque. De esta manera, expresó que no se trataría de una campaña publicitaria “inofensiva” o “de carácter humorístico”.

Además, Telefónica cuestionó que Win haya afirmado que el uso de una rata sería una figura graciosa, debido a que sería de “tamaño jumbo”. En esa línea, alegó que antes de analizar a profundidad las frases y la figura de la rata, se debería tener en cuenta lo señalado por la Sala en la Resolución N° 008-2023/SDC-INDECOPI. En este punto, se habría precisado que lo fundamental para el análisis de la denigración sería el significado que le daría el receptor a la expresión publicitaria, siendo que la intención del anunciante resultaría irrelevante, lo que importaría sería el significado que le atribuiría el receptor. Así, detalló que sería fundamental analizar cómo el receptor percibiría la expresión publicitaria, siendo que, contrariamente a lo señalado por Win, existirían diversos autores que habrían analizado la definición que se le daría a esta frase: (i) “Rata”, haría referencia a un sujeto despiadado que no tendría misericordia; (ii) “Meter la rata”, engaño, estafa o embaucar o persona que se aprovecha de otra, es decir, que no es de fiar. Al respecto, manifestó que lo importante sería cómo perciben los receptores dicha afirmación, siendo innegable que la percepción que genera sería una negativa. En esa línea, agregó que dicha frase en el habla coloquial del Perú sería usada para referirse a un engaño, estafa o mentira, la cual sería utilizada por diferentes personas comúnmente hasta para relatar o denunciar públicamente momentos en los cuales habrían sido víctimas de una estafa o engaño.

En ese sentido, la denunciante manifestó que sería indudable que Win habría sobrepasado cualquier límite de la libertad de expresión en el momento en que habría denigrado a Telefónica. En particular, expresó que Win presentaría dos (2) ratones animados para explicar que tendríamos una interpretación sesgada, sin embargo; resaltó que las diferencias entre ambos personajes saltarían a la vista sin mayor problema, debido a que en el dibujo animado se mostraría a un personaje alegre y animado, siendo que en la pieza publicitaria se utilizaría para indicar que se habría metido un animal no deseado (la rata) en la casa porque el servicio brindado no habría sido el prometido. En este punto, resaltó que la connotación y mensaje que se le daría a la rata en las piezas publicitarias no sería igual a la del dibujo animado. Cabe precisar que el ratón Speedy Gonzales, apodado como “el ratón más veloz de todo México”, tendría como características más importantes su increíble velocidad, inteligencia y astucia. En ese sentido, concluyó en que las alegaciones hechas por parte de Win en las piezas publicitarias tendrían como mensaje principal que Telefónica engaña o estafa a sus clientes con la instalación del servicio de internet que, a decir del mensaje contenido en la publicidad de Win, no sería fibra óptica pues siempre presentaría fallas. Por último, cuestionó que Win manifieste que existiría un trasfondo discriminatorio cuando mencionamos que la frase “nos metieron la rata” sería una expresión vulgar.

Adicionalmente a ello, Telefónica recalcó que no sería de obligación del consumidor realizar un análisis complejo que lo lleve a distinguir supuestos elementos publicitarios “graciosos” del mensaje que realmente se busca transmitir. En efecto, manifestó que lo único cierto sería que el consumidor se habría quedado con la imagen impregnada de una rata (en referencia a Telefónica) y la frase “nos metieron la rata” (nos han estafado). En este punto, añadió que las frases “nació para hacer las cosas diferente” y “rápido cámbiate a WIN”, permitiría apreciar que se trataría de alegaciones publicitarias excluyentes.

Por otra parte, la denunciante expresó que la alusión a telefónica sería innegable, al ser la empresa que poseería mayor cuota de participación en el mercado de internet. En este punto, aseveró que Win buscaría desviar la discusión sobre la participación de Telefónica en el mercado y su importancia para resolver el presente caso. De esta forma, manifestó que daría a entender que se necesitaría determinar un mercado relevante para poder concluir que Telefónica ocuparía el primer lugar (como si estuviésemos en un procedimiento de libre competencia). En particular, expresó que Win sostendría que su incremento “constante” en el mercado de internet fijo mediante fibra óptica sería resultado de haber “obtenido la preferencia de los consumidores” y que, por tanto, no habría incurrido en la práctica desleal que se le imputa. Al respecto, señaló que la importancia de que Telefónica tenga la mayor cuota en el mercado de internet residiría en que es un parámetro importante que permitiría identificar cuál sería la empresa aludida en la publicidad.

En esa línea, Telefónica cuestionó que Win haya señalado que Telefónica ya habría perdido su participación mayoritaria en el mercado de internet fijo por fibra óptica para setiembre de 2022, siendo que no habría precisado que dicha data se referiría únicamente a Lima y Callao, siendo que no se mostraría la distribución publicada por Osiptel sobre la participación por empresa operadora en el

mercado de internet fijo por fibra óptica para setiembre de 2022 a nivel nacional. Sobre ello, precisó que Telefónica ocuparía el primer lugar, y tendría casi el doble de participación en este mercado que Win. Según la denunciante, para junio de 2022 su empresa se habría encontrado en el primer lugar de participación. En este punto, resaltó que Win contaría con una concesión única para prestación de servicios públicos a nivel nacional, siendo que tendría dos (2) servicios registrados en su concesión: Portador Local y Distribución de radiodifusión por cable (desde el 2009); por ello, se podría apreciar que la participación de Win sería a nivel nacional.

En este punto, la denunciante resaltó que un consumidor razonable en el país no diferenciaría entre las distintas tecnologías a través de las cuales se ofrecería el servicio de internet, es decir, no distinguiría en una evaluación general entre el mercado de internet fijo o por fibra óptica, sino que percibiría el mercado de servicio de internet fijo como uno solo, ello sumado a que a nivel nacional Telefónica siempre habría mantenido el primer lugar en el mercado de fibra óptica, lo cual permitiría concluir que la percepción del consumidor siempre sería que Telefónica sería el operador con mayor cantidad de clientes. En particular, detalló que su empresa también se mantendría líder en el mercado de acceso al servicio de internet fijo para setiembre de 2022, con más de la mitad del porcentaje del mercado. De esta manera, concluyó destacando que resultaría evidente que Telefónica mantendría (e históricamente ha mantenido) una posición líder en el mercado de servicio de internet, lo cual habría impactado en la percepción de los consumidores sobre su posición como el operador con mayor presencia en el mercado.

Al respecto, Telefónica manifestó que al momento de presentarse la denuncia que dio inicio al presente procedimiento, la única data oficial con la que habría contado correspondía a junio de 2022. Sin embargo, precisó que la situación no habría variado entre junio y setiembre de 2022, en tanto Telefónica se mantendría como líder en el mercado nacional de internet fijo de fibra óptica. En esa línea, precisó que si bien la estructura de mercado sería un parámetro importante para identificar cuándo un agente económico es aludido en una pieza publicitaria, el alcance que propondría Win sobre la estructura de mercado sería incorrecto, pues lo confundiría con el análisis detallado del mercado del mercado relevante y la posición de los agentes que se realiza en los casos de libre competencia. Por ello, destacó que Win analizaría el caso de forma contraria a la jurisprudencia revisada.

En esa línea, la denunciante mencionó que si bien Win habría señalado que el criterio de la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI no sería replicable para resolver el presente procedimiento, ya que Telefónica no tendría el mismo porcentaje de participación en el mercado que se analizó en dicho caso (alrededor del 65%), a criterio de la denunciante, Win ignoraría nuevamente que la discusión no recaería en el número del porcentaje de participación, sino que este se debería centrar en la posición que ostenta el operador en el mercado y la percepción que ello genera en los consumidores, conforme lo habría señalado la Sala en la Resolución en mención: *“Como se puede advertir, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria, Telefónica (grupo Telefónica) gozaba de una posición predominante en el mercado. Es cierto que no se trataba del único competidor de Directv, pero la composición del mercado permite advertir que el propósito expansivo a nivel nacional reconocido por la propia Directv constituye un elemento que conduce a considerar que existía un propósito alusivo a la oferta de Telefónica e incluso a América Móvil”*. En ese sentido, precisó que, a la fecha, el nivel de participación no habría variado, en tanto Telefónica mantendría su posición como operador líder en el mercado nacional de fibra óptica, al punto que aproximadamente duplicaría el porcentaje de participación de Win en el mercado de fibra óptica para setiembre de 2022 (Telefónica posee el 40.9% de participación mientras que WIN, el 24.8%).

Adicionalmente, a manera de ejemplo, Telefónica formuló la siguiente pregunta: *“¿Qué opinaría el INDECOPI si el día de mañana una Asociación de Consumidores presenta por televisión y redes sociales un spot publicitario en donde se menciona lo siguiente: “La autoridad competente para resolver los casos de libre competencia en el Perú nos ha metido la rata en diversos casos”?”*. Al respecto, precisó que, de una primera impresión, se entendería que la entidad aludida sería el Indecopi, debido a que sería la entidad que conocería los casos de libre competencia en el Perú; sin embargo, el Osiptel también tendría competencia para poder conocer este tipo de casos en el sector de telecomunicaciones. En ese sentido, precisó que, si bien formalmente ello sería correcto, un consumidor peruano inmediatamente relacionaría el mensaje con Indecopi, ya que sería la entidad que tendría la mayor cantidad de casos y la que sería públicamente es más conocida por resolver casos de libre competencia. Al respecto, manifestó que sería cuestionable que dicha afirmación sea aceptada como graciosa, humorística o una mera fantasía.

Respecto de los elementos adicionales: la caja del módem, la denunciante manifestó que ninguna de las cajas presentadas por en sus descargos serían iguales o similares a la caja que habría sido usada en su publicidad; por el contrario, expresó que la única caja similar sería la utilizada por Telefónica, lo cual evidenciaría que la alusión sería a Telefónica al utilizar su caja de módem. En este punto, manifestó que las propias pruebas aportadas por Win, habrían permitido demostrar que en el mercado de fibra óptica ningún otro agente utilizaría una caja como la mostrada por Win en su publicidad; por el contrario, las otras empresas emplearían distintos colores y logotipos. Asimismo, destacó que Win habría reconocido que la caja sería un elemento diferenciador dentro del mercado de internet, por ello, aseguró que no sería necesario que la caja tenga la marca o el logo de Telefónica para determinar que existiría alusión, bastaría con apreciar la forma y el color empleado por Win para concluir que se haría alusión a Telefónica.

Respecto de los elementos adicionales: uso de guantes y módem, Telefónica manifestó que la imputada habría incorporado elementos que a ojos del consumidor mostrarían a Telefónica de manera despectiva, de manera tal que debería ser rechazado. En este punto, precisó que el uso de los guantes quirúrgicos no sería un hecho menor que se limita a una "licencia de humor". En esa línea, agregó que en el módem que se utilizarían en el vídeo aparecería un signo representativo que haría alusión a Telefónica, empresa de telecomunicaciones que también ofrecería un servicio de telefonía. Sobre ello, precisó que en el módem de Telefónica se encontraría habilitada la opción para poder tener el servicio de telefonía fija, ello en tanto sería un servicio brindado por su empresa. En línea con ello, se podría apreciar que la empresa a la que haría alusión sería una empresa que provee un servicio de telefonía fija en el hogar de los consumidores, ello aunado a lo señalado anteriormente, evidenciaría una clara alusión a Telefónica en esta campaña publicitaria. Sobre este aspecto, destacó que Win no habría emitido pronunciamiento alguno.

Por otra parte, respecto de las observaciones realizadas por Win al Informe Lúmini, la denunciante manifestó que la pregunta que se habría realizado fue de manera general y espontánea, sin pedir que se mencione un operador de telecomunicaciones. Asimismo, precisó que se habría colocado en rojo y resaltado que existía la posibilidad de colocar "ninguna", si es que así lo consideraba el encuestado, por lo cual no habría direccionamiento ni parcialización. Asimismo, expresó que los resultados habrían sido ponderados con data del informe TELCO 2022, acotado a los NSE ABC, incluso precisó que en el informe se habría presentado una lámina comparativa, con la participación de mercado de BAF de Osiptel y la obtenida en TELCO 2022, para mostrar que la data sería similar y la ponderación no distorsionaría los resultados. En adición a ello, expresó que las empresas que se mostraron serían las que tendrían mayor participación de mercado y las más conocidas por los consumidores.

En esa línea, Telefónica precisó que esta habría sido una pregunta complementaria, posterior a la pregunta abierta y totalmente espontánea. Adicionalmente, indicó que se habría presentado la opción "otros" por si deseaban escribir alguna que no estuviera precodificada y también la opción "ninguna", por si consideraba que no se hacía alusión a ninguna de las empresas mostradas. En adición a ello, indicó que las conclusiones del informe se basarían en un análisis de todas las preguntas realizadas, donde el principal sustento partiría de respuestas espontáneas, sin ningún direccionamiento en las preguntas. En este sentido, expresó que ante la pregunta abierta sobre cuál se percibiría que sería el principal mensaje de los comerciales, resaltarían las palabras: internet, velocidad, rata, metieron, fibra. Por otro lado, ante la pregunta específica: "En el comercial aparece una rata y una señora dice "ya nos metieron la ra...", ¿a qué empresa o empresas crees que hace referencia esta situación?", señaló que las respuestas habrían sido claras. En esa línea, agregó que también se habrían planteado una serie de frases, para que los encuestados indiquen qué tan de acuerdo o no se encontrarían con cada una de ellas.

Por lo anterior, la denunciante manifestó que existiría una clara percepción de que el comercial buscaría afectar la imagen de otras empresas, sin embargo, dado que la asociación espontánea más alta sería a Telefónica, se podría concluir que habría un mensaje de desprestigio que aludiría a Movistar. Al respecto, detalló que, en un gráfico estadístico, los resultados podrían sumar 101, si es que se suman los números específicos que se observan, ya que estos estarían redondeados. Dicho de otra manera, sería una presentación con el objetivo de no recargar una lámina, por ello se presentarían números enteros, pero el procesamiento de la data, y lo que habría detrás, se consideraría en decimales. En esa línea, precisó que se presentarían los datos con dos (2) decimales y el redondeo por convención que se realizaría en la industria, donde se podría observar que la suma real sería 100. En este punto mencionó

que todo estudio que no se trate de un censo, se trabajaría con una muestra. En esa línea, precisó que dicha muestra se definiría en función al universo que se quiere representar. Así, precisó que, para el caso del presente estudio, el universo tendría determinadas características, siendo que se habría buscado que los encuestados cumplan con dichas características y se les mandó la encuesta, de manera que todos los expuestos al envío tuvieran la misma oportunidad de ser escogidos.

Por otra parte, la denunciante manifestó que, entendiendo las proporciones que representan cada ciudad del estudio, el mayor volumen de muestra se habría cargado en Lima. Posteriormente, utilizando data de la Asociación Peruana de Empresas de Inteligencia de Mercado (en adelante, APEIM), la cual a su vez se nutriría de la Encuesta Nacional de Hogares - ENAHO, se habría realizado una ponderación, para realizar un factor de corrección sobre la muestra recogida. En este punto, manifestó que sería importante el concepto de representatividad a nivel total, ya que los datos se leerían por total y no por cada ciudad. Sobre ello, precisó que sería porque el tamaño de la muestra de 400 casos sería robusto para una lectura general, pero no para mostrar data por ciudad. Por todo lo anterior, aseveró que la muestras sí serían representativas y, además, habría sido ponderada con factores que partirían de la distribución real del universo en cuestión, para corregir desviaciones en la muestra. Por todo lo anterior, manifestó que se debería tomar en cuenta que el informe emitido no presentaría errores y solo representaría la perspectiva del consumidor que debería ser especialmente valorado por la Comisión.

El 21 de junio de 2023, la denunciante presentó un escrito, mediante el cual reiteró los argumentos formulados durante el procedimiento.

El 18 de junio de 2023, Telefónica presentó un escrito, a través del cual reiteró los argumentos formulados durante el procedimiento.

El 18 de junio de 2023, Win presentó un escrito, a través del cual reiteró los argumentos formulados durante el procedimiento.

1.2. En el marco del Expediente N° 211-2022/CCD

El 11 de noviembre de 2022, América Móvil interpuso denuncia en contra de Win, por la presunta comisión de actos de engaño, denigración, e infracción al principio de legalidad y adecuación social, supuestos establecidos en el artículo 8, 11, 17 y 18 respectivamente, de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Según los términos de la denuncia, Win vendría difundiendo una campaña publicitaria promocionando su servicio de internet hogar de fibra óptica desde los primeros días del mes de octubre de 2022, cuya continuidad persistiría hasta la fecha de presentación de la denuncia. Al respecto, la denunciante indicó que dicha campaña publicitaria tendría un despliegue importante en televisión, radio, redes sociales y página web de Win⁷, en la cual se habría difundido los siguientes anuncios publicitarios con determinadas afirmaciones publicitarias.

Sobre el particular, respecto de la comisión de **actos de denigración**, la denunciante expresó que Win vendría difundiendo publicidad la cual tendría como propósito transmitir que contaría con el servicio de internet de fibra óptica más veloz y sin interrupciones en el Perú; sin embargo, en línea con promocionar su servicio de internet de fibra óptica, a su consideración, Win aludiría a la oferta de sus competidores - entre ellos, América Móvil- y en forma denigratoria menoscabaría el servicio de internet de fibra óptica ofrecido por su empresa.

En particular, respecto de **la alusión inequívoca**, América Móvil aseveró que existiría una evidente alusión inequívoca a su oferta comercial, en la medida que, el criterio de estructura de mercado de telecomunicaciones sería un elemento que incrementaría la posibilidad de aludir a agentes competidores. En efecto, indicó que sería posible advertir en la información pública difundida por el Osiptel, que existirían tres (3) agentes con participación significativa en el país oferentes del servicio de internet fijo a través de fibra óptica, los cuales serían: América Móvil, Win y Telefónica de los cuales sobresaldrían solo dos (2) participantes América Móvil y Telefónica.

⁷ Información recogida por la denunciante en el Anexo 1-D del escrito de denuncia.

Aunado a ello, la denunciante agregó que incluso se podría advertir en los comentarios realizados en las redes sociales Facebook⁸ e Instagram⁹, así como en YouTube¹⁰ que, la interpretación realizada por ellos no sería equivocada, pues sería más que evidente para todos los consumidores que el anuncio pretendería hacer referencia de manera peyorativa a los dos (2) principales competidores de Win, lo cual permitiría acreditar en cómo se manifestarían los seguidores de Win en las redes, compartiendo el mismo lenguaje peyorativo que Win incitaría en contra de dichas empresas competidoras.

Al respecto, América Móvil indicó que existirían **elementos adicionales** que deberían ser considerados, tales como el contexto en el cual se habría emitido la campaña publicitaria cuestionada.

Considerando ello, América Móvil indicó que habría venido difundiendo una intensa campaña publicitaria titulada “Velocidad + Estabilidad”, desde el 16 de marzo de 2022, por parte de América Móvil para promocionar el servicio de internet de fibra óptica con lanzamientos de anuncios durante los meses de marzo, junio, agosto y septiembre de 2022. En particular, mencionó que, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria de Win, América Móvil habría venido difundiendo y promocionando su servicio de internet de fibra óptica a nivel nacional con más de 6 meses de antelación.

De otro lado, como circunstancia adicional, la denunciante destacó que sería relevante considerar la coincidencia de la temática empleada por Win, la cual habría sido inicialmente utilizada por América Móvil, siendo que esta habría comprendido la recreación del uso de videojuegos para demostrar su velocidad en el servicio de internet brindado a través de fibra óptica. En ese sentido, manifestó que se confirmaría la existencia de una clara y evidente alusión inequívoca (peyorativa y sin fundamento) en contra de su empresa.

En línea con lo señalado precedentemente, América Móvil sostuvo que la publicidad objeto de cuestionamiento sería ilícita por no contar con información verdadera y objetiva, ni ser pertinente en la forma, pues las frases de la campaña publicitaria de Win darían a entender, por lo menos, que el servicio de internet de fibra óptica del agente económico aludido (América Móvil) sería defectuoso (“sigue fallando como siempre”, “falla como el anterior” y “puedes ir, por favor, a reiniciar el modem”), así como su servicio técnico, el cual sería poco diligente al dejar equipos sueltos y sin instalar durante la visita al hogar del cliente, tal como se expondría de las siguientes frases: “Justo estoy probando, sigue fallando como siempre y decían que era fibra”; “Ahí está el modem, la caja, un cable extra”; “¡Uy, otra vez! Hijo, ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?”; y, “Sí, pero falla como el anterior.”

Sobre el particular, la denunciante indicó que la campaña publicitaria no indicaría los medios probatorios que sustentarían las frases citadas y que serían reiteradas por Win. En tal sentido, señaló que el mensaje publicitario de la denunciada sería ilegal, en la medida que carecería de un parámetro unívoco al omitir incorporar elementos objetivos que permitan su análisis, haciendo imposible su comprobación.

Sin perjuicio de lo expuesto, América Móvil destacó que la campaña publicitaria también sería impertinente en la forma, dado que buscaría señalar a la oferta competidora de la denunciante como deficiente y carente de diligencia al graficarla de manera extremadamente peyorativa con “una rata” o “que dejaría una rata”, acompañada de sonidos característicos en diversos momentos de los anuncios: (i) aludiendo que la oferta competidora entregaría equipos sin instalar, (ii) señalando que se dejaría una “rata” como sinónimo de deficiencia e incomodidad, (iii) empleando el sonido de una rata al retirar el módem de la secuencia publicitaria, o (iv) que metería la “RA” (refiriéndose expresamente al roedor mencionado) a sus clientes, lo que en el argot popular alude claramente al hecho de haber sido embaucado, timado, engañado o estafado de una forma vergonzosa.

En ese sentido, la denunciante manifestó que la representación de que la oferta competidora “dejaría una rata” o que esta oferta evocaría a dicho roedor no representaría un recurso que pueda brindarle información o parámetros objetivos y comprobables a los consumidores para tomar una decisión de consumo, menos aún, sería un parámetro que pueda determinar la superioridad del servicio de Win respecto de sus competidores, entre ellos, América Móvil.

⁸ Imágenes de la publicación realizada el día 2 y 9 de octubre de 2022, recogidas en el folio 11, 12 y 13 del escrito de denuncia.

⁹ Imágenes del anuncio publicitario difundido el día 9 de octubre de 2022, el cual se encuentra recogido en la página 13 y 14 del escrito de denuncia.

¹⁰ Imagen del anuncio publicitario recogido en la página 14 del escrito de denuncia.

En base a lo expuesto, América Móvil señaló que la publicidad cuestionada también sería impertinente en la forma porque utilizaría la burla y exageración de una forma injustificada e ilegal, por lo cual su difusión en el mercado afectaría el crédito comercial de América Móvil de forma injustificada e ilegal.

De otro lado, respecto de la **infracción al principio de adecuación social**, América Móvil indicó que la campaña publicitaria de Win contravendría el supuesto de la norma que establecería una prohibición a la difusión de anuncios que reflejen o acepten como válido (y en tal sentido incite) una conducta ofensiva de cualquier índole. En esa línea, destacó que se debería tener presente el desarrollarse la publicidad en cuestión, dado que en esta se mostraría un entorno familiar en el cual se da lugar a una conversación entre madre e hijo acerca del servicio de internet de fibra óptica.

Sobre el particular, la denunciante refirió que sería pertinente notar dos elementos presentados en el anuncio del 2 de octubre: (i) la intervención de un menor de edad; y, (ii) el ambiente donde se desarrolla el anuncio, dentro de un hogar que recrea un entorno familiar (concretamente, la conversación entre una madre y su hijo), en la medida que, en dicho contexto del comercial, se estaría banalizando o normalizando el empleo de estereotipos de género, insultos, lenguaje soez o violento contra un menor de edad. En efecto, a decir de la denunciante, cuando la madre reacciona ante la presencia del roedor, levanta la voz y señala de forma airada: “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...” sería evidente que lo que está haciendo la madre es emplear un lenguaje peyorativo dentro del hogar que no solo resulta ofensivo, sino que refuerza el uso de estereotipos de género que resultaría capaz de promover la violencia contra las mujeres.

Por otra parte, América Móvil expresó que la frase transmitida por Win no sería extraña ni ajena en la realidad nacional, por el contrario, sería ampliamente conocida y tendría un efecto recordatorio en el público. Siendo esto así, a partir de diversas fuentes consultadas, su significado no solo evocaría sentimiento de culpa, violencia psicológica no solo por el engaño y estafa a la que aluden, sino también una connotación sexual de un acto no consentido. Así, resaltó que la afirmación publicitaria tendría un contenido altamente sensible y que habría sido expuesto al público en general en un horario además de protección al menor conforme se observaría en el reporte de medios¹¹.

Sin perjuicio de ello, la denunciante destacó que dicho contenido peyorativo habría sido advertido por los mismos usuarios destinatarios de la publicidad, quienes comentarían en la red social Facebook, en el anuncio de fecha 2 de octubre, el empleo de dichos términos insultantes, haciendo referencia incluso al horario familiar. En este punto, señaló que, la actuación de Win no se habría detenido en la publicidad antes señalada, también habría subido el tono de la afirmación difundiendo un nuevo anuncio desde el 9 de octubre de 2022 con un similar contenido, pero en este segundo anuncio se incluiría una frase que tendría una connotación aún más ofensiva “¡Cómo nos han metido la RA...!” comentario afirmado por la madre al visualizar a una rata dentro de su hogar. En esa línea, aseveró que este anuncio resultaría aún más ofensivo que el primer anuncio descrito al incluir la frase “¡Cómo nos han metido la RA...!” pues se complementaría con la presencia de una rata y el gesto de indignación de la madre. En esta oportunidad, nuevamente el contexto se repetiría (dentro del hogar y en una conversación con su hijo) pero la frase - por su grado de ofensa- podría dar a entender un mensaje publicitario de connotación sexual.

Aunado a ello, América Móvil indicó que Win pretendería disminuir e ignorar un problema real en el entorno familiar que consistiría en violencia de cualquier tipo, más aún en el Perú donde existiría un contexto de discriminación estructural de género, lo cual vendría siendo reforzado a través de publicidad como la difundida por Win. En particular, indicó que la violencia en el entorno familiar y dentro del hogar sería un problema real y presente en nuestra sociedad, por lo que la difusión de una afirmación ofensiva y el empleo de un lenguaje soez, dentro de este contexto como ocurre en la campaña publicitaria denunciada, no significa más que una “normalización” a esta situación y que pretendería ser “protegida” bajo la libertad de expresión.

En virtud de lo expuesto, la denunciante reiteró que, si bien existiría una libertad de expresión empresarial que se materializa a través de la publicidad y que es un elemento esencial en el proceso competitivo, el medio publicitario también podría ayudar a afianzar estereotipos, patrones sociales no

¹¹ Información recogida por la denunciante en el Anexo 1-G del escrito de denuncia.

deseables o conducta ofensiva por reflejar violencia en cualquiera de sus tipos, un trato agresivo o degradante hacia la mujer o cualquier integrante del grupo familiar o situaciones que no reflejen un ambiente sano. En este punto, resaltó que, el ordenamiento jurídico prohibiría este tipo de prácticas por intermedio de diversas normas siendo que, en el caso particular de la publicidad comercial, el Principio de Adecuación Social reprimiría la difusión de las afirmaciones como “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...” y “¡Cómo nos han metido la RA...!” en el contexto en que han sido publicitadas.

Por otro lado, respecto de la comisión de **actos de engaño**, América Móvil manifestó que Win vendría difundiendo en diversas piezas publicitarias la afirmación consistente en que su internet de fibra óptica contaría con el “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” exponiendo de forma simultánea trofeos que acreditarían la referida frase. En base a la información expuesta, estos premios serían “Netflix – Speed Index del Perú”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”. En tal sentido, el mensaje publicitario consistiría en que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú, lo cual se corroboraría con los premios recibidos por este atributo por parte de Netflix en el año 2021 y por Ookla en los años 2021 y 2022.

En esa línea, la denunciante indicó que en la parte central del anuncio Win expondría sus premios en los rankings de las empresas Netflix en el año 2022 y Ookla en los años 2021 y 2022. No obstante ello, señaló que al revisar la información que aparece de manera imperceptible en el disclaimer, estos premios serían más acotados de lo que Win anunciaría en la “parte captatoria” de la publicidad omitiéndose información relevante para comprender la información transmitida. En efecto, respecto del premio “Netflix Speed Index del Perú”, destacó que se anunciaría su obtención en el año 2022 dando a entender que se trataría de un premio anual; sin embargo, al revisar el disclaimer, este ranking de velocidad únicamente habría comprendido los meses de junio y julio de 2022. Además, agregó que a la fecha de difusión de dicho anuncio, el último ranking de velocidad elaborado y publicado por “Netflix” correspondía a agosto de 2022, en el cual las empresas Win, América Móvil y Wow habrían empatado. Por ende, indicó que su mensaje sería impreciso y estaría desactualizado.

Aunado a ello, América Móvil señaló que en relación con el premio obtenido de la empresa Ookla en los años 2021 y 2022, Win habría anunciado que estos reconocimientos a la velocidad de su internet de fibra óptica habrían abarcado los años 2021 y 2022. Sin embargo, cuestionó que tales reconocimientos a la velocidad del servicio de internet no habrían abarcado la totalidad de los años en dichos años, sino que se limitaría a períodos trimestrales de estos años, lo cual podría ser erróneamente interpretado por los consumidores. En este punto, precisó que la afirmación engañosa de Win no se limitaría únicamente al aspecto señalado, también existiría una falta de precisión respecto de los períodos en que dicha empresa obtuvo el reconocimiento por parte de Ookla.

Por otra parte, la denunciante explicó que se podría analizar las afirmaciones “Cansado de reiniciar el módem (..) Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners” y “(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?” también en un contexto de difusión de publicidad engañosa, dado que Win anunciaría su servicio de fibra óptica haciendo énfasis en el carácter “infalible” de su servicio al transmitir el mensaje de que sus usuarios no tendrían que reiniciar el módem que brinda la conexión de internet o que su servicio no estaría sujeto a interrupciones o sería “infalible”, afirmación que como sería engañosa.

A mayor abundamiento, América Móvil refirió que la afirmación “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” difundida en una campaña publicitaria a través de diversos medios cuyo alcance es nacional darían a entender a los consumidores que el servicio de internet de fibra óptica promocionado abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional. Sin embargo, señaló que, de una lectura del texto legal que aparece en el scroll de la publicidad, se señalaría que dicho servicio solo resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo. En esa línea, añadió que la mencionada limitación territorial del servicio de internet de Win, también se desprendería del contenido de su sitio web donde indicaría que su ámbito de servicio comprendería a las siguientes ciudades (no regiones): Piura, Chiclayo, Trujillo y Chimbote. Por ello, cuestionó que el servicio ofrecido por Win no tendría alcance nacional, siendo que vendría utilizando de forma indebida un reconocimiento a su servicio de internet, para afirmar que contarían con el “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”, pese a que su oferta de servicio estaría limitada a Lima y algunas ciudades del norte del país, siendo injustificado que pueda afirmar un presunto “liderazgo” en el Perú.

Ahora bien, respecto del anuncio difundido en el sitio web quierowin.pe, la denunciante indicó que habría identificado que Win difundiría la misma afirmación “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” y si bien, en este caso habrían incorporado información adicional junto con esta afirmación, continuarían incurriendo en actos de engaño. En particular, señaló que, en este anuncio, respecto del reconocimiento obtenido por “Netflix” que se sustentaría en el “ISP con el Mayor Índice de Velocidad del Perú en junio y julio 2022”, persistiría la comisión de actos de engaño por parte de Win en la medida que, a la fecha de difusión de la campaña (inicios de octubre de 2022), el último ranking de velocidad elaborado por “Netflix” correspondía a agosto de 2022, en el cual las empresas Win, América Móvil y Wow habrían empatado. Por tanto, aseveró que no resultaría exacto ni actual sostener que su afirmación se fundamentaría en el “último ranking de velocidades de proveedores de servicio de internet fijo” en tanto se sustentaba en una información que había perdido vigencia a la fecha de difusión de la publicidad cuestionada, induciendo a error a los consumidores.

De otro lado, respecto del premio recibido por parte de Ookla, América Móvil refirió que Win incorporaría la frase “Internet Hogar con el mayor puntaje de velocidad en el 2do trimestre 2022”, mostrando seguidamente en la misma parte principal del anuncio, una imagen de un reconocimiento de Ookla del año 2021 sobre el mismo atributo. Asimismo, detalló que, en la parte inferior, en letras pequeñas, se señalaría que esta afirmación se sustentaría en la información “del último semestre de 2021”. Por lo que, toda esta información, no haría más que contradecir y profundizar el carácter de ambiguo de los mensajes ante los consumidores, lo cual resultaría sensible cuando Win emplearía ello para promocionar como beneficio la velocidad de su servicio de internet de fibra óptica.

Ahora bien, respecto de la presunta **infracción al principio de legalidad**, América Móvil indicó que Win estaría infringiendo el artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que habría difundido una campaña publicitaria dirigida a menores de edad incumpliendo con los parámetros exigidos en dicha norma.

Es por ello que, con el fin de identificar una publicidad dirigida a menores, la denunciante señaló que se debería tener en consideración los siguientes factores: (i) el contexto del anuncio (identificación de los menores y sus necesidades), (ii) el servicio promocionado, (iii) la forma cómo está estructurado el mensaje e (iv) informaciones adicionales como el empleo de frases, entre otros. En línea con lo indicado, expresó que la campaña publicitaria difundida por Win ocurriría en el contexto de un entorno familia y dentro del hogar, en tanto comprendería una conversación entre madre e hijo, además, el desarrollo se habría dado en la sala donde el hijo se encontraría probando el servicio de internet fijo mientras jugaba un videojuego, donde surgen comentarios sobre el rendimiento del servicio de internet y los inconvenientes en la fluidez que tendría, donde sería en ese momento, que la madre exclamaría una afirmación de naturaleza ofensiva, y aparecería en la publicidad “Rápido cámbiate a Win”. Por último, destacó que en las piezas publicitarias cuestionadas se incorporaría el mensaje publicitario de “el internet de los ganadores”, el cual habría sido difundido en televisión, radio, internet y redes sociales, con diversa redacción, pero con un único significado: WIN es el “El Internet de los Winners”.

Particularmente, América Móvil destacó que la afirmación “El Internet de los Winners” difundida en la campaña publicitaria reforzaría su mensaje publicitario evocando a que el servicio de internet de fibra óptica de WIN sería el internet de los ganadores con las afirmaciones “¡Con WIN no eres un 10, eres un 100!”, “¡Nuestros Winners merecen lo mejor...!”, “Conviértete en un Winner”, “¿ya eres un winner?”, “¡queremos que más peruanos disfruten del internet de los winners!”, entre otras. De tal manera, a su consideración, estas frases contarían con una connotación excluyente que diferencia a los usuarios de Win como “winners” del resto de consumidores.

Por ello, la denunciante sostuvo que sería evidentemente que la difusión de publicidad a menores de edad debería conllevar un mayor cuidado y cumplir con las disposiciones legales a fin de evitar transmitir impresiones erróneas sobre su servicio como “con WIN no eres un 10 eres un 100”. De no contar con dicho servicio, no serás un “winner” o no te “convertirás en un “winner”; en otras palabras, serás un perdedor por tener un servicio de internet distinto, este mensaje transmitido, tendría un efecto directo en producir un sentimiento de inferioridad en el público menor de edad al no ser parte de los “ganadores” o “winners”.

En tal sentido, América Móvil resaltó que al existir un público menor de edad expuesto a este mensaje que pretendería diferenciar a los usuarios de Win como “ganadores” y al resto de usuarios de otros servicios de internet como “perdedores”, no solo resultaría inexacto, sino que provocaría que los menores de edad arriben a conclusiones erróneas sobre el servicio de internet de Win, tal como “ahora podré convertirme en un ganador”, lo cual, esta situación resultaría totalmente alejada de la realidad.

Por dichas consideraciones, América Móvil solicitó a la Comisión: (i) declare fundada la denuncia interpuesta en contra de Win por haber cometido actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, denigración, así como infracción al principio de legalidad y adecuación social; (ii) ordene a Win el cese inmediato y definitivo de la campaña publicitaria denunciada y de las afirmaciones objeto de cuestionamiento, así como de cualquier otro elemento publicitario de similares características o similar propósito; difundido por cualquier clase de medio; (iii) la publicación de avisos rectificatorios de la publicidad materia de denuncia; (iv) se imponga a Win una sanción de multa por lo máximo permitido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal; (v) se ordene el pago de las costas y costos incurridos con motivo de la tramitación del presente procedimiento.

Posteriormente, mediante escrito de fecha 28 de noviembre de 2022, América Móvil presentó una ampliación de denuncia indicando que Win habría difundido un nuevo anuncio a través de sus redes sociales Facebook, Instagram, YouTube, TikTok y transmitido en televisión, el cual no solo recogerían los hechos ya denunciados sino que reforzarían e intensificarían el acto ofensivo transmitido a través de su campaña publicitaria. Particularmente, refirió que Win continuaría promoviendo actos ofensivos y antisociales que infringen el **principio de adecuación social**, en la medida que, en esta ocasión, dicho roedor contaría con una participación más activa y agresiva. En este punto, indicó que la rata deslizaría el módem del servicio de internet fijo hasta dejarlo caer al piso y seguidamente, empezaría a patearlo en señal de rechazo e indignación. Ante ello, según destaca la denunciante, en señal de aceptación a dicha conducta y expresando su indignación por el módem (pero no por la conducta ofensiva), la madre señalaría “¡Cómo nos han metido la RA...!”.

Al respecto, América Móvil indicó que la nueva publicidad incorporaría aspectos que agravarían la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los cuales serían: (i) el deslizamiento del módem y las patadas hacia este objeto por parte de la rata y (ii) la reacción de la madre ante dicha conducta violenta, aceptándola y señalando “¡Cómo nos han metido la RA...!”.

En particular, refirió que este tipo de imágenes y acciones difundidas a través de la publicidad no serían ajenas a la Comisión, en la medida que, con anterioridad a este caso, ya se habría multado este tipo de prácticas (patadas a objetos) como una infracción a las normas de publicidad por cuanto se consideró que este acto es una “conducta violenta” que podría incentivar a los consumidores a realizar conductas ofensivas o antisociales.

En línea con ello, América Móvil explicó que, mediante Resolución N° 028-1998/CCD-INDECOPI, la Comisión sancionó una publicidad en la que aparece un futbolista pateando una máquina expendedora de latas de gaseosas, a raíz de lo cual obtiene una unidad de dicho producto sin pagar por ella, afirmando ante la mirada de un menor y de dos mujeres lo siguiente: “¿Sabes por qué entreno tanto? Por si me quedo sin sencillo”. En este punto, precisó que la Comisión declaró dicho acto como violento y antisocial, pues la publicidad en lugar de promocionar servicios o productos ofrecidos en el mercado se enfocaría en el acto ofensivo que, inclusive, podría configurarse como un delito. En virtud de lo antes indicado, la refirió que en el presente caso ocurriría el mismo escenario que fue analizado por la Comisión en el año 1998, en la medida que, ambos anuncios expondrían la ejecución de una acción agresiva ante la presencia de menores de edad tanto en calidad de personajes de la trama publicitaria como en calidad de público destinatario de la publicidad.

Siendo esto así, a decir de la denunciante, Win sería responsable de transmitir publicidad con un lenguaje soez, dedicada a exponer un comportamiento ofensivo y antisocial que podría configurarse como una conducta no deseada socialmente por su naturaleza violenta. Dicho esto, indicó que el actuar agresivo no se detendría en las patadas del roedor al módem, sino que inclusive se reforzaría este mensaje al exponer una imagen de “naturalidad” en la reacción de la madre ante dicha conducta violenta y, refiriéndose al servicio de internet fijo de la competencia afirmando lo siguiente: “¡Cómo nos han metido la RA...!”.

En ese sentido, América Móvil sostuvo al analizar la totalidad de piezas publicitarias difundidas, se podría advertir la intensificación en la exposición de esta conducta ofensiva por cuanto su exposición cobraría preponderancia en cada nueva publicidad difundida. Así, explicó que, en un inicio se incluyó en un anuncio la afirmación “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...”, posteriormente, en otro anuncio se habría elevado el tono de la frase publicitaria con lo siguiente: “¡Cómo nos han metido la RA...!”, y en esta ocasión, el anuncio difundido no solo incluiría la frase ofensiva “¡Cómo nos han metido la RA...!” expresada por la madre, sino que esta sería complementada con una acción violenta por parte del roedor y un gesto de aceptación/consentimiento a esta conducta por parte de la madre.

Finalmente, la denunciante reiteró que, con estas afirmaciones Win no buscaría promocionar su servicio de internet fijo de fibra óptica o transmitir información relevante a los consumidores.

Mediante Resolución de fecha 22 de noviembre de 2022, la Secretaría Técnica imputó a Win los siguientes cargos:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que difundiría una campaña publicitaria, a través de diversos medios (redes sociales, sitio web y fuerza de ventas) con las siguientes afirmaciones:
 - a) “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” y “Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo”; las cuales darían a entender a los consumidores que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú lo cual se corroboraría con los premios anuales recibidos por “Netflix – Speed Index del Perú”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”, no obstante ello sería inexacto y/o erróneo, en la medida que dichos reconocimientos a la velocidad del servicio de internet no habrían abarcado la totalidad de los años, sino que se limitaría a períodos trimestrales de estos.
 - b) “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”; la cual daría a entender a los consumidores que el servicio de internet de fibra óptica promocionado abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional, sin embargo, el texto legal que aparece en el scroll de la publicidad, se señalaría que este servicio solo resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo,
 - c) “Cansado de reiniciar el módem (..) Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners” y “(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?”; las cuales darían a entender a los consumidores que Win ofrecería un servicio de fibra óptica infalible, libre de interrupciones, en la medida que no tendrían que reiniciar el módem que brindaría la conexión de internet, sin embargo, ello no sería cierto.
2. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, a través de una campaña publicitaria difundida por medio de redes sociales YouTube¹², Facebook¹³ e Instagram¹⁴, habría transmitido información que menoscabaría la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de América Móvil, la cual no sería veraz, exacta y pertinente, por lo que no cumpliría con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11, en tanto daría a entender lo siguiente:
 - (i) con la afirmación “sigue fallando como siempre”, “falla como el anterior” y “puedes ir, por favor, a reiniciar el modem” que, el servicio de internet de fibra óptica brindado por América Móvil sería defectuoso porque siempre presentaría fallas durante la prestación del servicio.

¹² Videos publicados en los siguientes enlaces: https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28&ab_channel=WINInternet y https://www.youtube.com/watch?v=O8U5Vqg8cVA&ab_channel=WINInternet

¹³ Videos publicados en los siguientes enlaces: <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/693942085499744> y <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/788962425762426>

¹⁴ Videos publicados en los siguientes enlaces: <https://www.instagram.com/p/CjPBoKKDk65/?hl=es> y <https://www.instagram.com/p/CjgELDUDwTZ/?hl=es>

- (ii) con las afirmaciones “decían que era fibra”, “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win” y “Cómo nos han metido la ra...!”, que América Móvil engañaría o estafaría a los consumidores de su servicio, pues entregaría servicios sin instalar.
3. La presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la inobservancia del artículo 16 de la Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que difundiría una campaña publicitaria, a través de diversos medios (televisión, radio, internet y redes sociales) indicando que Win sería “el internet de los ganadores”, “el internet de los winners”, transmitiendo con ello impresiones erróneas, sentimiento de inferioridad en el público menor de edad al no ser parte de los “ganadores” o “winners”.
4. La presunta infracción al principio de adecuación social, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que Win habría difundido una campaña publicitaria con la afirmación: “Ay no, ya nos metieron la ra...” y “Cómo nos han metido la ra...!”, el cual contendría una connotación sexual que reforzaría el uso de estereotipos de género que resultarían capaces de promover la violencia contra las mujeres.

El 13 de marzo de 2023 Win presentó sus descargos manifestando que habría desplegado una campaña publicitaria bajo el amparo de las licencias humorísticas, que serían parte de la manifestación de la libertad de expresión que fundamenta la publicidad. En esa línea, expresó que se habría desplegado conforme a SUS atributos de libertad de expresión y libertad de empresa, derechos fundamentales que han sido recogidos en la Constitución Política a través de los artículos 2 inciso 4 y 59.

En ese sentido, la imputada mencionó que mediante Resolución del 14 de agosto de 2002, recaída bajo el Expediente N° 0905-2001-AA/TC, el Tribunal Constitucional (en adelante, el TC) indicó que *“la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones”*. Así, explicó que el TC ampliaría dicha definición e indicaría que la libertad de expresión *“se refiere a la capacidad de recibir los puntos de vista personales del emisor que, en tanto son opinables, requieren un carácter básico de congruencia entre lo que se busca señalar y lo que finalmente se declara públicamente (FJ 16)”*, mediante Resolución del 26 de marzo de 2007, recaída bajo el Expediente de N° 10034-2005-PA/TC.

En esa línea, Win señaló que el TC habría señalado que la libertad de empresa se define como *“la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios (FJ 53)”*, conforme lo resuelto mediante Resolución del 13 de abril de 2007, recaída bajo el Expediente de N° 7339-2006-PA/TC.

De esta manera, Win manifestó que las piezas publicitarias que habría realizado como parte de su campaña se encontrarían protegidas por la libertad de empresa y la libertad de expresión. En efecto, precisó que habría utilizado publicidad sarcástica. En este punto, detalló que una aproximación a dicho concepto se encuentra en el artículo 11 inciso 2, literal c) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, cuando se señala que un acto se reputa lícito siempre que se ejecute con pertinencia en la forma por evitarse entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias. En particular, precisó que, de un análisis más profundo de la citada norma, se concluiría que dichas formas se encontrarían permitidas siempre que exista una justificación en atención a las circunstancias. Por ello, dichas circunstancias serían las que habilitaría el uso de este estilo de publicidad.

En esa misma línea, la imputada mencionó la Resolución N° 1857-2012/SC1-INDECOPI, recaída bajo el Expediente N° 141-2010/CCD, mediante la cual se habría establecido que *“(…) la fantasía y la exageración, como elementos que influyen en la interpretación del anuncio, contribuyen a recrear una situación irónica alejada de la realidad, bajo la cual el consumidor captará el mensaje publicitario en forma exagerada, sin atribuir seriedad a las escenas o frases mostradas. Por tanto, la utilización de estas licencias, por lo general, generará que los destinatarios de la pieza publicitaria no tomen en serio las diversas imágenes, secuencias y frases, de manera tal que el mensaje publicitario no tenga la aptitud de*

inducir efectivamente a brindar un trato cruel, degradante u ofensivo contra cierto sector vulnerable de la Sociedad". (Subrayado añadido).

Bajo lo expuesto, Win destacó que se estaría permitiendo el uso del sarcasmo en la realización de piezas publicitarias siempre que la lectura integral de estas el mensaje transmitido no produzca real ni potencialmente el efecto de degradar, ofender o promover actos ilícitos. Así, aseveró que, en el caso de la publicidad de su campaña, no bastaría con indicar que el uso de los elementos graciosos como la animación de la mascota "rata" o el empleo de frases de uso popular son suficientes para ser sancionados por actos de competencia desleal. En efecto, manifestó que sería necesario observar el elemento fantástico presente en sus piezas publicitarias, específicamente, al de una mascota en forma de rata gigante, la cual sería una figura graciosa sin objetividad alguna.

Por otro lado, la imputada presentó el Informe de Impronta Research realizada del 12 al 17 de enero de 2023, mediante el cual se podría verificar que 7 de cada 10 encuestados consideraría que su publicidad resultaba empática y divertida. En este punto, manifestó que, el 67% de los usuarios de Telefónica y el 82% de los usuarios de América Móvil habrían respondido que la publicidad les resultaba divertida. En esa línea, precisaron que para su realización, se consultó si Win denigraba a otras empresas operadoras mediante su publicidad, para lo cual el 71% de los encuestados no habrá considerado que la publicidad fuera denigratoria y solo el 29% habría considerado que sí (correspondiente a la sumatoria de "muy de acuerdo" y "de acuerdo"). En ese sentido, concluyó que se podría verificar que el público interpretaría que la publicidad no sería denigratoria; por el contrario; los anuncios generarían la percepción en los consumidores de que se trata de publicidad divertida, inclusive para los usuarios de los servicios de la competencia principal: Telefónica y América Móvil.

En ese sentido, Win manifestó que al haber recogido la percepción de la población que reconocería que su publicidad no tendría un matiz denigratorio y, por el contrario, se trataría de un anuncio divertido, acreditaría que se trataría de elementos graciosos, exagerados y humorísticos que deberían ser permitidos y se reputarían lícitos. De esta manera, indicó que el público peruano habría recibido la parodia de un malestar generalizado de muchos usuarios de internet (esto es, que por diversos motivos muchas veces el servicio de internet fallaría) logrando con ello que se sientan identificados y se decidan por probar una opción nueva como sería Win. Así, manifestó que las piezas publicitarias no harían más que retratar de una forma gráficamente graciosa una situación cotidiana, a razón de un ejemplo ficto y específico como sería el de la escena de una madre y su hijo compartiendo espacio con una rata gigante.

Finalmente, la imputada expresó que no debería limitarse los esfuerzos y desarrollos por parte de las empresas de marketing y publicidad, cuando no existirían afectaciones concisas, debido a que a largo plazo se generaría un incentivo perverso de disuasión en el desarrollo de la creatividad publicitaria que podría desembocar en publicidad monótona y aburrida que, lejos de divertir y recrear al consumidor como lo habría logrado su campaña publicitaria, atosiguen al público, generándoles los impulsos de saltar la publicidad y/o cambiar de canal.

Respecto de la comisión de **actos de engaño**, en particular, **con relación a las afirmaciones: "mayor puntaje de velocidad del Perú" y "basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de internet fijo"**, Win señaló que serían correctas porque se presentarían junto a información suficiente y tendrían fundamento en los premios periódicos de Netflix y Speedtest, siendo que de un análisis integral y superficial de la totalidad de la información presentada en la campaña publicitaria analizada para estos extremos, se daría a entender a los consumidores lo siguiente: *"El servicio de internet fijo de WIN poseía el mayor índice de velocidad durante los meses de junio y julio 2022 con fundamento en el ranking mensual de velocidad de "Netflix – Speed Index del Perú"; así como tenía el mayor puntaje de velocidad en el último semestre del año 2021, en el primer y en el segundo trimestre 2022, con base en los premios trimestrales "Ookla SpeedTest Ookla Awards"*.

Al respecto, la imputada precisó que el análisis de la campaña publicitaria se debería efectuar de manera conjunta, en efecto, indicó que sería necesario identificar la publicidad cuestionada en este extremo de la imputación, la cual estaría conformado por los anuncios publicitarios de la página web (banner), así como en el video 1, video 4 y la información adicional que complementaría y perfilaría el mensaje publicitario a manera de pie de página (en la web) y texto en scroll (en los videos). En esa línea, destacó que el

mensaje publicitario que recibirían los consumidores debería ser interpretado de la apreciación integral y superficial de las piezas publicitarias. Así, manifestó que en la misma información adicional se vincularían los links de las fuentes originales que sustentarían los premios, siendo así que todos los consumidores tendrían acceso transparente a la información que se transmitiría en su publicidad. De esta manera, precisó que se podría acudir a la fuente de la información desde los links vinculados en su publicidad difundida en la página de Win: (i) respecto a los premios Netflix: <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru>; (ii) respecto a los premios Ookla: https://www.SpeedTest Ookla.net/awards/fixed/2021/?time_period=q3-q4

En la misma línea, Win señaló que la información adicional presentada como pie de página en movimiento de los Videos 1 y 4 también debería ser considerada en el análisis de la Comisión, en tanto en estos videos se consignaría el texto rotativo siguiente: *“Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo en Perú (junio-julio 2022) **Basado en el análisis Ookla de los datos de SpeedTest Ookla Intelligence para Perú en el Q3-Q4 2021 y Q1 2022”*. En este punto detalló que ambos rankings se encontrarían publicados originalmente en idioma inglés, en el cual la indicación trimestre corresponde al término “Quarter” que suele presentarse bajo la abreviatura Q. Así, por ejemplo, mencionó que el Q3 haría referencia al tercer trimestre que abarcaría el periodo de julio – agosto – setiembre.

Por otro lado, la imputada manifestó que sería falso considerar interpretación alguna respecto a que los premios otorgados tengan un carácter anual, debido a que su empresa habría complementado la información de la publicidad con las indicaciones adecuadas sobre la periodicidad de la entrega de los premios y los que correspondían a Win. En este sentido, respecto al premio “Netflix – Speed Index del Perú”, precisó que a lo largo de toda su campaña publicitaria habría consignado la información adicional correspondiente a los meses junio y julio 2022. En esa línea, precisó que las figuras utilizadas como premios a manera de tótems cuadrados que habría incluido en las piezas publicitarias respecto a los “Ookla SpeedTest Ookla Awards”, las cuales tendrían las indicaciones 2021 y 2022 en la parte inferior, no serían su invención, ello debido a que las figuras serían diseñadas y utilizadas en la misma página web de SpeedTest Ookla, los cuáles serían el identificativo del premio obtenido en los trimestres. En este punto, mencionó que América Móvil también habría utilizado los premios obtenidos en su servicio móvil Ookla con indicación anual.

Ahora bien, Win expresó que ingresando a la página web del ranking mensual de velocidad de “Netflix – Speed Index del Perú” (Disponible en: <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru>), se podría apreciar una clasificación que se reporta mensualmente, donde figura un reporte respecto a la velocidad de los proveedores, indicando el tipo de tecnología (Fiber = Fibra Óptica, Cable o DSL) durante los últimos seis (6) meses. En esa línea, indicó que, para tener la data completa de los meses previos, desde la misma página web se podría descargar el Ranking Netflix, en el cual se visualizaría que, para los meses de junio y julio del 2022, efectivamente Win habría tenido el mayor índice de velocidad por sobre sus competidores, información correspondiente a 3.6 y 3.4 Mbps, respectivamente para cada mes señalado. En ese sentido, expresó que resultaría cierto que, para los meses señalados en su publicidad (junio y julio 2022), Win sí habría contado con la mayor velocidad. En este punto, precisó que, si bien para el mes de agosto de 2022 hubo un empate entre Win, América Móvil y WoW, la publicidad habría empezado a emitirse en el mes de octubre, por lo cual, indicó que si se contextualiza, para aquel entonces el ranking mensual correspondiente era el del mes inmediato anterior, es decir, la clasificación del mes de setiembre del 2022. En este sentido, aseveró que su empresa también se habría ubicado en la mejor posición respecto al Ranking de velocidad de Netflix para el mes de setiembre con 3.6. Mbps, por lo cual, no cabría cuestionamiento alguno respecto a la veracidad y actualidad del mensaje transmitido.

Asimismo, respecto a los premios Ookla, la imputada expresó que la información también se encontraría disponible en su página web, desde la cual se podría acceder al análisis del servicio “Fastest Fixed Network” correspondiente al servicio de internet mediante Redes fijas. Así, precisó que se visualizaría y se podrían descargar los reportes trimestrales de la página de ookla: https://www.speedtest.net/awards/fixed/2021/?time_period=q3-q4. En este punto, precisó que en dicha página se podría verificar de manera pública el premio otorgado por el periodo Q3 y Q4 2021 a WIN. En adición a ello, precisó que para complementar esta información visualizada en la página de Ookla, se podría acudir al apartado correspondiente al análisis del mercado correspondiente a Perú, en el SpeedTest Ookla Global Index. En esa línea, detalló que, en dicho apartado, se consignarían los

rankings para los periodos trimestrales (Q) en el año correspondiente, respecto a las tecnologías: Fixed y Mobile. En este punto, destacó que, conforme se podría apreciar en dichos reportes, desde el Q3 -2021 hasta el Q2 – 2022 (y de manera posterior para el Q3 y Q4 2022), Win habría venido liderando con el mayor puntaje de velocidad en el servicio de internet fijo (Fixed).

Respecto de la comisión de **actos de engaño**, en particular, **con relación a las afirmaciones: “mayor puntaje de velocidad del Perú”**, la imputada expresó que del análisis integral y superficial de la totalidad de la información presentada en la campaña publicitaria analizada, se daría a entender a los *consumidores lo siguiente: “El servicio de internet fijo de WIN posee el mayor puntaje de velocidad del Perú, acorde al índice de velocidad acorde al ranking mensual de velocidad de “Netflix – Speed Index del Perú”; así como en el puntaje de velocidad en el último semestre del año 2021, en el primer y en el segundo trimestre 2022, con base en los premios trimestrales “Ookla SpeedTest Ookla Awards”. Calificación que resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo, lugares donde prestamos el servicio mas no en el resto de los departamentos porque WIN no ha desplegado sus servicios en otros lugares.”*

Asimismo, la imputada precisó que al ser una campaña publicitaria, también correspondería adicionar al análisis la información adicional contenida en el pie de página del banner que se encontraba en la web de Win, la cual habría contenido información señalada respecto a los premios. Así, precisó que, de la interpretación realizada se entendería que el servicio de Win se prestaría en Lima, Piura, Trujillo, Chiclayo y Chimbote, por ende, cualquier categorización respecto a su servicio se debería circunscribir a dichas regiones. En este punto, destacó que la frase “Mayor puntaje de velocidad del Perú” sería carácter objetivo, en tanto se podría cuantificar y demostrar conforme hemos argumentado previamente, a través de los rankings efectuados con “Netflix – Speed Index del Perú” y “Ookla SpeedTest Ookla Awards”. De esta manera, manifestó que se trasladaría el mensaje de que los premios otorgados y, además, se precisaría las locaciones donde brinda su servicio: Lima, Chimbote, Trujillo, Chiclayo y Piura. En ese sentido, manifestó que habría consignado claramente como parte de la información adicional que complementa el mensaje publicitario, en el texto legal que aparece en el scroll de la publicidad que dicho servicio solo resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo, ciudades donde prestaría efectivamente su servicio de internet fijo mediante Fibra Óptica.

Asimismo, la imputada enfatizó en que en su anuncio no incurriría en contradicción alguna porque en ningún extremo habría señalado con alguna frase que diera a entender que su servicio se brindaría en todo el Perú o en la totalidad del territorio nacional. En ese sentido, precisó que sería diferente a los casos citados por América Móvil donde las afirmaciones publicitarias literalmente habrían consignado: “4G LTE ilimitado en todo el Perú” y “Todo el norte” (mencionadas en las Resoluciones N° 0088-2018/SDC-INDECOPI y N° 0814-2014/SDC-INDECOPI). En este punto, añadió que también Osiptel utilizaría los datos del portal SpeedTest Ookla para elaborar sus notas de prensa, siendo que en base a ello, también habría publicado una nota donde resaltaría el incremento de la velocidad promedio de descarga en Perú durante el 2022.¹⁵

Respecto de la comisión de **actos de engaño**, en particular, **con relación a las afirmaciones: “cansado de reiniciar el módem (..) rápido cámbiate hoy mismo a win 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los winners” y “(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?”**, la imputada expresó que serían de carácter subjetivo. Sobre ello, afirmó que no sería posible estimar cuantitativamente el cansancio; asimismo, precisó que la expresión “*Cansado de reiniciar el módem*” respondería a la licencia publicitaria de exageración. En ese sentido, destacó que se trataría de afirmaciones subjetivas, las cuáles no resultarían engañosas, por el contrario, debido a su naturaleza de expresión subjetiva no se encontrarían sujetas al principio de veracidad.

Asimismo, Win precisó que en ningún momento habría señalado literalmente la frase “servicio infalible” o “libre de interrupciones”, por el contrario, destacó que habría utilizado la licencia humorística para simular una situación de problemas en el servicio. Además, indicó que habría utilizado la frase “Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners”; es decir, no ha habría precisado alguna referencia sobre si el servicio de Win presentaría o no interrupciones, por el contrario,

¹⁵ La imputada señaló que dicha información se encontraría disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-delusuario/noticias/internet-fijo-velocidad-promedio-de-descarga-en-peru-aumento-en-56-durante-elano-2022/>

el mensaje sería que se podría experimentar la velocidad de los WINners – usuarios de WIN- sin dotar de algún elemento objetivo del mismo.

Por otra parte, Win informo que las piezas publicitarias corresponderían una campaña publicitaria la cual incluiría diversas publicaciones que habrían sido difundidas mediante canales digitales como Instagram, Facebook, Tik Tok, LinkedIn y YouTube, así como en su website; y, a través de canales tradicionales de publicidad como TV, radio, pantallas led, entre otros.

Respecto de la comisión de **actos de denigración**, Win aseveró que América Móvil habría utilizado información correspondiente al reporte de Osiptel de junio de 2022. En este punto, explicó que la imputación de cargos y en la denuncia de América Móvil, se precisaría que en el análisis de participación en el mercado de las empresas que brindarían el servicio de internet por fibra óptica, América Móvil contaría con un 14.2%; y, Win con una participación del 25.2% del mercado. Sobre ello, destacó que dicha información no resultaría pertinente, sino la correspondiente a setiembre 2022.

Asimismo, la imputada manifestó que, para realizar la comparación, América Móvil se basaría en la participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional, aun cuando Win no ofrecería sus servicios en dicha cobertura, solo lo ofrecería en Lima, Chimbote, Trujillo, Chiclayo y Piura, a diferencia de América Móvil. De esta forma, indicó que, para que América Móvil demuestre que sería uno de los principales competidores de Win, debería de hacerlo a través de un estudio que se base en las regiones anteriormente mencionadas, esto en tanto que la competencia entre ambas debería de ser medida, precisamente, en el área geográfica en la que compiten.

En línea de lo expresado, y como ejemplo de que la participación en el mercado podría variar notablemente dependiendo de las áreas geográficas que sean tomadas como referencia, Win mencionó que, de acuerdo con el último reporte de Osiptel de septiembre de 2022 titulado “Participación de empresas operadoras en el mercado de internet fijo con fibra óptica en Lima y Callao”, Win se encontraría como líder en el mercado de internet fijo con fibra óptica de Lima y Callao, principal lugar donde ofrecería sus servicios, teniendo alrededor de seis (6) veces más la participación en el mercado que América Móvil. De esta forma, destacó que de acuerdo con dicho reporte, la diferencia entre América Móvil y Win sería de 33.6%; mientras que en el presentado por América Móvil, esta sería solo del 11%. Así, según la imputada ello demostraría que dependiendo del área analizada esta participación y quienes son los principales competidores podrían variar.

Respecto de la **alusión inequívoca**, la imputada expresó que las frases: “sigue fallando como siempre”; “decían que era fibra”; “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido cámbiate a WIN””; “Como nos han metido la ra...(pido) cámbiate a WIN””; “Uy otra vez, ¿Hijo puedes ir por favor a reiniciar el módem?”, “yo ya fui dos veces” en conjunto de la secuencia donde se ve el retiro de un módem con guantes; ya sea que se verifique de manera individual, o en conjunto con la mascota (figura de una rata animada), Win aseveró que no se desprendería alguna referencia sobre el servicio provisto por América Móvil; ya sea por el contenido de las frases, los personajes, la mascota de la rata animada, el módem, entre otros.

En particular, sobre la **estructura del mercado**, la imputada detalló que un parámetro del que se valdría un consumidor para definir el contenido de una publicidad sería la estructura del mercado en el que esta se difunde. En efecto, precisó que la estructura y comportamiento del mercado son elementos importantes que podrían permitir la identificación de cuál es la empresa aludida en alguna publicidad, pese a que en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos. En esa línea, señaló que dicho razonamiento había sido utilizado anteriormente por la Sala, mediante la Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010. Al respecto, detalló que, en dicha oportunidad, se habría analizado una publicidad difundida por América Móvil y, pese a que no existía en la pieza publicitaria denunciada una mención expresa a Telefónica, se tuvo en consideración la estructura del mercado, el contexto en que se difunde la publicidad; y, sus destinatarios para inferir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa.

Sobre el particular, Win precisó que lo resuelto mediante Resolución N° 0397-2013/SDC-INDECOPI sería un caso diferente al presente, debido a que, al momento de comparar la “estructura del mercado” de dicho caso, se habría verificado que la participación del grupo Telefónica en el mercado de televisión de paga ascendía al 69%, mientras que América Móvil habría contado con una participación del 17%; en

ambos casos mayores a DirecTv. En esa línea, detalló que, por el contrario, en el presente caso, considerando el mercado de Lima y Callao, América Móvil ostentaría una participación mucho menor que Win, siendo que si utilizase la información a nivel nacional correspondiente al mes de junio de 2022, Win ostentaría una posición mayor a la de América Móvil. Sin perjuicio de ello, se debe de realizar una evaluación en aquellas zonas donde Win tendría presencia a efectos de tener un análisis de participación correcto. Además, precisó que el mercado de internet fijo con fibra óptica contaría con múltiple participación de nuevos operadores como Wonw y el grupo Fiberlux, los cuáles irían tomando relevancia en este mercado competitivo, a diferencia de las casi inamovibles cifras de market share identificadas en el caso del mercado de televisión de paga referido en la Resolución en mención, por lo cual las condiciones de ambos mercados no serían similares.

Además, la imputada mencionó que sería importante evidenciar la cantidad de operadores que caracteriza este caso a diferencia del correspondiente a la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI. En efecto, afirmó que existiría una gran cantidad de empresas que proveen el servicio de internet fijo, tales como Claro, Fiberlux, Wow, Entel, Hughes, entre empresas, conforme se podría visualizar en el gráfico titulado *“Participación por empresa operadora en el servicio de internet fijo-setiembre 2022”*¹⁶. En efecto, aseveró que sería suficiente con acceder a la información pública que difundiría Osiptel a través de PUNKU¹⁷, en donde se podría verificar que al cierre del tercer trimestre 2022 (setiembre 2022), es decir, previo a la difusión de su publicidad, existía cerca de cincuenta (50) empresas que ofrecían el servicio de internet por fibra óptica.

En esa línea, Win manifestó que en la propia Resolución N° 0397-2013/SDC-INDECOPI se habría requerido de elementos adicionales que acreditasen la referencia inequívoca a la oferta de América Móvil: ***“Conforme se advierte en las imágenes, contrariamente a lo expuesto por DirecTv, representar unas piezas publicitarias con la presencia de personajes conocidos como “mariachis” en un mercado en el que los consumidores pueden identificar el origen de los capitales de sus operadores aumenta la posibilidad de identificar a la empresa aludida.” “(...) en el caso del anuncio denominado “Fútbol” no hay materia de discusión respecto a la alusión a la oferta de América Móvil (además de la alusión a la oferta de Telefónica, como se ha analizado en la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI), puesto que en la parte inferior de la pantalla en la que se aprecia el anuncio televisivo se lee lo siguiente: “Comparación realizada entre el deco DirecTV HD DVR y el deco Motorola DCA700 de Claro TV y Prime CDKN4102 de Movistar TV.” (Negrita añadido)***

Así, la imputada manifestó que, tal como se verificaría en el pronunciamiento de la Sala, la alusión al competidor se habría probado con el elemento comparativo del decodificador (alusión directa) y a través del uso de los Mariachis (referencia indirecta) no solo por la estructura del mercado, tal como habría sugerido América Móvil. En consecuencia, manifestó que resultaría evidente que la sola estructura del mercado no sería suficiente para concluir válidamente que sus anuncios se encontrarían dirigidos a la oferta de América Móvil, para ello sería necesario elementos adicionales, conforme lo habría establecido la Sala en múltiples pronunciamientos, tales como la Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI, Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI y Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI.

En esa línea, Win expresó que en la denuncia e imputación de cargos en su contra se utilizaría como fundamento de la referencia inequívoca a América Móvil, los siguientes elementos adicionales en su publicidad: (i) la estructura de mercado; (ii) el uso de la mascota; (iii) el uso de videojuegos en la publicidad de Win; (iv) el uso de la campaña publicitaria desplegada por Claro: “Velocidad +Estabilidad”; y, (v) los comentarios individuales presentes en la publicidad. En ese sentido, detalló que correspondería realizar una evaluación de estructura de mercado, conforme los pronunciamientos emitidos por la Sala: Estructura + elementos adicionales.

Respecto de los **elementos adicionales**, en particular, sobre el elemento adicional: uso de una rata animada tamaño jumbo, Win destacó que su publicidad se caracterizaría por la presencia de su mascota, una rata, la cual serviría para caricaturizar los posibles defectos propios del servicio de internet. Sobre el particular, precisó que no existiría alguna referencia en el mercado que indique que dicha mascota sea

¹⁶ Sobre ello, la imputada detalló que se podría visualizar en: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-conexiones-a-internet-fijo-continuan-en-alza-y-en-setiembre-de-2022-se-incrementaron-en-5-1/>

¹⁷ Sobre ello, la imputada precisó que en <https://punku.osiptel.gob.pe/>. Se debería de descargar la sección “Datasets PUNKU”, en donde se podría verificar la información de las empresas que brindar el servicio de internet fijo por fibra óptica.

identificación de la denunciante. En efecto, manifestó que la utilización de una mascota en u publicidad sería realizada en atención a la licencia publicitaria, que no prohibiría el uso de mascotas con connotación humorística, a efectos de representar una escena particular que satirizaría los problemas que se podrían presentar en la prestación del servicio de internet fijo. Así, explicó que a su mascota no se le habría atribuido algún elemento que identifique a América Móvil o a cualquier otro operador del servicio de internet fijo, pues no se verificaría los colores de América Móvil o que se utilice algún producto característico de la denunciante. En este punto, destacó que América Móvil no podría atribuirse como propio los problemas en el servicio de internet como un elemento característico de su servicio, por ello, aseveró que la sola utilización de su graciosa mascota no tendría que estar referida a algún operador, o a la prestación específica de América Móvil.

Asimismo, sobre el elemento adicional: joven jugando con un videojuego, la imputada expresó que el hecho de que América Móvil haya difundido en alguna oportunidad publicidad relacionada con la temática de los videojuegos, esto no la haría acreedora y/o titular de todos los anuncios en las que se utilicen a lo videojuegos o que, incluso los consumidores identifiquen a América Móvil con los videojuegos. En esa línea, indicó que América Móvil habría utilizado diferentes temáticas a lo largo de los años para publicitar sus servicios, siendo que la alusión a los videojuegos no sería ni la más característica, ni la más reciente, ni la única para promocionar sus servicios de fibra óptica u otros.

Adicionalmente a ello, sobre el elemento adicional: uso de la palabra “velocidad”, Win señaló que el hecho de que Win utilice en sus spots publicitarios el término velocidad no podría considerarse que por defecto, cualquier nueva velocidad en la que se utilice el término “velocidad” sea visto o interpretado como una alusión inequívoca a América Móvil, es más, resaltó que ello resultaría ilógico en tanto el servicio ofrecido es internet, por lo que uno de los elementos a resaltar sobre este siempre sería la velocidad. De esta manera, indicó que si bien la campaña de América Móvil se habría denominado “Velocidad + estabilidad”, dicha frase sería la que caracterizaría la campaña de América Móvil, siendo que esta no habría estado presente en los anuncios.

En adición a ello, sobre el elemento adicional: usuarios de Facebook señalan que la campaña de Win está dirigida contra América Móvil, la imputada señaló que América Móvil se valdría de ciertas capturas de pantallas de supuestos consumidores que habrían visto la campaña difundida por Win, sin embargo, destacó que, de existir dichos comentarios, serían opiniones aisladas de determinados usuarios y no representarían de ningún modo la totalidad de los consumidores. Asimismo, precisó que dichos comentarios habrían sido seleccionados de manera arbitraria por América Móvil, siendo que no serían representativos.

Respecto de la infracción al **principio de legalidad**, Win precisó para determinar que exista una infracción a lo dispuesto por el artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, correspondería analizar si: (i) los anuncios publicitarios de Win están dirigidos a menores de edad; y (ii) si son susceptibles de generar algún sentimiento de inferioridad a los menores que accedan a ellos.

Sobre el particular, la imputada manifestó que, si bien se trataría de un joven en un ámbito doméstico, en el que mantiene una conversación con su madre mientras juega videojuegos, ello no querría decir que se trataría de un menor de edad como protagonista del anuncio; y, erróneamente, que ello implique que la publicidad está dirigida a menores de edad, quienes se podrían sentir identificados. Sobre ello, señaló que sería incorrecto, debido a que el consumo de videojuegos en el Perú sería bastante común entre los grupos etarios de 16 a 34 años (es decir, adolescentes y adultos jóvenes), de acuerdo con el Reporte elaborado por la empresa Etermax. Al respecto, destacó que el grupo etario con más “gamers” sería el de 16 a 24 años (39%), luego aquel compuesto por personas de entre 25 y 34 años (30%); y, en tercer lugar, por adultos de entre 35 y 44 años (15%). En consecuencia, resaltó que del universo de “gamers” peruanos, al menos un 61% es mayor de 18 años, sin contar a aquellos mayores de edad de entre 18 y 24 años que se encuentran en el grupo de 39%. A lo anteriormente dicho, precisó que el uso de videojuegos en publicidad no implicaría que aquella esté dirigida, necesariamente, a niños, niñas y adolescentes, sino que estaría dirigido a más del 61% de la población que consume videojuegos, quienes son mayores de edad.

Sobre ello, Win resaltó que si bien la denunciante habría presentado una serie de encuestas y reportes sobre el consumo de videojuegos en el Perú, las estadísticas presentadas contendrían grupos etarios

demasiado amplios (por ejemplo, se toma en cuenta la población de entre 14 y 29 años), lo que no permitiría diferenciar apropiadamente la relación proporcional de menores y mayores de edad que consumen dichos productos. En ese sentido, manifestó que se podría concluir que cualquier tipo de videojuego que se utilice en una publicidad no podría ser interpretada como un anuncio dirigido a menores de edad, toda vez que, los consumidores de videojuegos serían principalmente un público con mayoría de edad, tal como se habría acreditado a nivel nacional y mundial.

Adicionalmente a ello, la imputada expresó que en el contexto familiar tampoco implicaría, necesariamente, que un anuncio esté dirigido a menores de edad. De hecho, en el Perú la edad promedio de independización sería de 29 años¹⁸, de manera que sería una situación bastante común en los hogares peruanos que los jóvenes adultos aún vivan en casa de sus padres, principalmente por factores económicos como el sueldo mínimo, el alto costo de acceso a los inmuebles y la dificultad para alcanzar la independencia económica.

En particular, Win explicó que, de acuerdo con la jurisprudencia del Indecopi, existiría una serie de criterios para determinar que un anuncio esté dirigido a menores y que representarían una infracción al principio de legalidad, conforme a lo resuelto mediante la Resolución N° 096-2005/CCDINDECOPI, confirmada por la Resolución N° 663-2006/TDC-INDECOPI (Caso Speedy). Asimismo, detalló que la Comisión habría determinado que un anuncio publicitario estaría dirigido a menores cuando contenga imágenes de personajes animados, humanizados u otros, propios de la publicidad infantil, conforme lo resuelto por la Resolución N° 166-2019/CCD-INDECOPI del 4 de octubre de 2019. En dicho contexto, agregó que incluso en el supuesto de que la publicidad esté dirigida a menores de edad, de los anuncios publicitarios empleados por la empresa no se advertiría la posibilidad de que pueda generar sentimientos de inferioridad a quienes esté dirigido.

En este punto, la imputada manifestó que no se debería perder de vista que las frases “el internet de los winners”, “dupla winner” o “velocidad winners”, harían referencia al servicio de internet que proveería la empresa y no a la palabra “ganador”, como se pretendería mediante la imputación. En esa línea, precisó que, de acuerdo con los anuncios presentados en la Sección I de este escrito, Win no habría utilizado, en ningún momento, la palabra “ganador” para referirse a sus usuarios. En esa línea, detalló que las frases bajo comentario constituirían un juego de palabras que vincularía a la marca (Win) con sus usuarios (winers), por lo que se trataría de una frase meramente subjetiva, que de ninguna manera implicaría que, por contratar el servicio de Win, los menores o sus usuarios ganarán o se convertirán siempre en ganadores en sus partidas de videojuegos. En este punto, detalló que, aunque se alegue que la frase “winner” sea empleada como una traducción al inglés de la palabra “ganador”, lo cierto sería que en el Perú el conocimiento del idioma inglés de los alumnos del nivel primario o hasta secundario sería básico. A manera de ejemplo, mencionó que, en un estudio elaborado por García, Vecorena y Velasco (2019), se habría concluido que, a nivel de educación pública, más del 80% de alumnos se encontrarían ubicados en los niveles A1 y A2 (inglés básico), luego de 5 años de educación secundaria (alrededor de 400 horas).¹⁹

Por todo lo anterior, Win resaltó que las frases empleadas por Win (“el internet de los winners”, “dupla winner” o “velocidad winner”) no estarían vinculadas a la traducción al inglés de la palabra “ganador”, toda vez que resultarían un juego de palabras que vincularía a la marca con sus usuarios. Aunado a ello, precisó que, si se admitiera la posibilidad de una asociación entre ambas palabras, el nivel de comprensión y entendimiento del idioma inglés por parte de los menores alcanzaría el nivel básico. En ese sentido, lo anterior determinaría la imposibilidad de que con la publicidad de Win se separen dos grupos: (i) uno, el ganador (usuarios de Win) y otro compuesto por los “perdedores” (que no son usuarios de Win), no produciéndose sentimiento de inferioridad alguno en los menores que accedan al mensaje publicitario.

Respecto de la infracción al **principio de adecuación social**, la imputada precisó que se podría entender que la socialización diferencial por género se encontraría unido al concepto de estereotipo en la

¹⁸ Al respecto, la imputada señaló que ello se encontraría detallado en: <https://larepublica.pe/datos-lr/2022/08/24/peru-a-que-edad-promedio-los-jovenes-peruanos-se-vande-la-casa-de-sus-padres-roomie-latinoamerica-evat>

¹⁹ García I., Vecorena, N. y Velasco, E. (2019). El nivel de inglés alcanzado en quinto grado de secundaria en tres colegios públicos de Lima metropolitana. Revista Educación, vol. 28, núm. 55, 80-102. <http://www.scielo.org.pe/pdf/educ/v28n55/a04v28n55.pdf>

medida que, al nacer bajo determinado género, se esperaría que este ser actúe o replique determinados comportamientos que se habrían interiorizado que, supuestamente, le serían propios o pertenecerían al género al que un ser pertenece. En esa línea, detalló que dichos estereotipos, a su vez, podrían acarrear connotaciones negativas que más adelante podrían crear prejuicios sobre el grupo al que se les atribuye. En esa misma línea, agregó que podría identificarse que los estereotipos de género vendrían a ser tanto una causa como una consecuencia de la violencia y discriminación estructural contra las mujeres, ello en la medida que los estereotipos de género privilegiarían los atributos asociados a lo masculino, infravalorando lo femenino y justificando la violencia hacia las mujeres de no cumplir con las expectativas que se tendrían sobre ellas por los mismos estereotipos.

A modo de ejemplo, Win indicó que se esperaría que las mujeres y niñas sean sutiles, bondadosas y maternales; mientras que, de los hombres y niños, se esperaría que sea valientes, fuertes y astutos. En ese sentido, expresó que, como podría apreciarse los atributos que vendrían asociados a lo femenino serían socialmente menos valorados que los masculinos; asimismo, generarían que se tengan determinadas expectativas sobre cómo debería ser una mujer y niña para cumplir un determinado rol. En este punto, precisó que Begoña Panadero Fernández y Nieves Leris Anso, habrían señalado que los medios de comunicación no solo serían instrumentos mediante los cuales se transmitiría información, sino que serían medios de incitación al consumo y, por tanto, de transmisión y generación de deseos, conductas y actitudes²⁰. De esta forma, tendrían un rol principal como agentes socializadores. Así, citando a las mencionadas autoras, mencionó que la publicidad comercial se encontraría presente en los medios de comunicación y al tener una finalidad mercantil utilizaría todos los recursos a su alcance para persuadir a la audiencia de la compra de un producto o marca, siendo que la publicidad terminaría siendo una gran transmisora de estereotipos.²¹

Sobre el particular, la imputada negó que del análisis integral y superficial de la campaña publicitaria las frases “Ay no, ya nos metieron la rata” o “Cómo nos han metido la rata” tenga connotación sexual, incluso pese a que, supuestamente de acuerdo con América Móvil, dichas frases tengan dicho significado en el argot popular. En línea con ello, agregó que el significado de las palabras y frases “populares” no se encontraría determinado por lo que indica un blog personal o lo que la denunciante crea que puede significar, sino que debe de considerarse la opinión de las mismas personas que la utilizan dicha frase y el contexto en la que esta es emitida. De este modo, aseveró que América Móvil no habría presentado pruebas fiables que sustenten su posición; esto es que la frase “meter la rata” tenga una connotación sexual; específicamente, penetrar o que brinde la idea de un acto sexual no consentido. Para ello, manifestó que América Móvil requeriría realizar encuestas de opinión o entrevistas para determinar que, efectivamente, en el argot popular “meter la rata” tenga esa connotación; no obstante, resaltó que no se habrían actuado tales pruebas.

Ahora bien, Win manifestó que sería necesario que, para determinar el significado de una frase, se evalúe en conformidad con el contexto en el que se presenta. Así, explicó que la Comisión podría concluir que las frases por más que puedan tener un significado literal (o por el argot popular), dependerían del contexto en el que son empleadas para finalmente puedan cobrar una interpretación. En ese sentido, precisó que incluso si es que América Móvil pudiese demostrar que la frase “meter la rata” tendría bajo ciertas circunstancias o en el entendimiento popular un significado sexual, ello no bastaría para concluir que en el anuncio de Win se interpreta como tal, sino que se debería realizar un análisis de los elementos que acompañan dicha frase y el contexto en el que es empleada.

Además, la imputada manifestó que también habría quedado demostrado que el producto o servicio publicitado también sería fundamental para interpretar el contexto de las frases y, por ende, lo que ellas buscarían transmitir al ser reproducidas en los anuncios. Al respecto, aseveró que el contexto en el que se ambienta el spot sería una casa, en el que se buscaría representar un ambiente familiar y cuyos personajes serían los de madre con su hijo. En dicho escenario, detalló que se evidenciaría que estos habrían contratado un servicio de internet, el cual presentaría fallas y esto les causaría malestar. Por ello, precisó que, ante esa incomodidad, la madre habría pronunciado la frase: “Ay no, ya nos metieron la RA...!” o “Cómo nos han metido la RA...!”, ello para ser interrumpida por el interlocutor, quien completaría la frase diciendo “Rápido, cámbiate a WIN”.

²⁰ Los estereotipos en la publicidad. Begoña Panadero Fernández y Nieves Leris Anso, 2002, pp. 4

²¹ Ibidem

En adición a ello, Win indicó que frase “meter la rata”, no tendría un significado tal como penetrar o realizar un acto sexual no consentido; ello sería una jerga, la cual sería una forma de expresión del lenguaje y su uso en la publicidad no se encontraría proscrito, ni en sí misma podría interpretarse como de mal gusto o violenta, cuando dependiendo del ámbito en el que sea utilizada adquiriría diversos significados.

En particular, la imputada manifestó que sería necesario describir el escenario en el que se encontraría ambientada la publicidad. Sobre el particular, expresó que el comercial retrataría el entorno familiar y las acciones de los personajes transcurrirían en una casa, específicamente, en la sala. En este sentido, precisó que el ambiente en el que sucederían las acciones no sería uno que nos pueda transmitir la idea de un acto sexual; esto en la medida que no se trataría de una habitación de un hotel, una discoteca o bar, una fiesta, entre otros.

En adición a ello, en aras de analizar la pertinencia de los sujetos en relación del producto comercializado, Win señaló que estos se justificarían. De este modo, detalló que la idea de representar a una madre y un hijo sería completamente válida en la medida que el producto promocionado sería internet fijo de fibra óptica, el cual sería instalado típicamente en casas y departamentos (viviendas). Por ello, aseveró que el hecho que los personajes dentro del comercial sean una madre y un hijo cobraría sentido, pues el propósito sería incentivar que las familias contraten los servicios de Win para sus hogares. Así, expresó que la representación de estos personajes no obedecería a un capricho o un trasfondo sexual, sino que guardaría completa relación con el producto promocionado: servicios de internet de fibra óptica para los hogares.

Asimismo, en relación con el producto comercializado, la imputada manifestó que la frase en cuestión no implicaría una connotación sexual que se pueda inferir en relación con los servicios ofrecidos por Win. Como se habría indicado previamente, Win proveería servicios de internet por fibra óptica, no se trataría de una marca de condones, lubricantes o juguetes sexuales, lo cual no permitiría pensar en algún acto de penetración u otros relacionados a esta temática. De este modo, manifestó que un consumidor no podría inferir que la frase “nos metieron la rata” signifique algún acto sexual en relación con el servicio que se comercializa, más aún cuando no existirían elementos que así puedan darlo a entender como las acciones o comportamiento de los personajes, sonidos de fondo, entre otros.

Complementariamente, respecto a las alegaciones de América Móvil, en donde compararía el anuncio de Win con un comercial protagonizado por el “Puma Carranza”, la imputada precisó que no sería posible realizar tal comparación, en tanto la mascota Jumbo no ejecutaría una acción violenta, en el contexto de la campaña se verifica que se trataría de acciones juguetonas; mientras que la acción del “Puma Carranza” sería una patada con alevosía y fuerza, acción que reforzaría con sus “declaraciones” finales en el comercial. Asimismo, añadió que en la publicidad del “Puma Carranza” se justificaría la acción del referido jugador y capitán de Universitario de Deportes, siendo que, en contraste con ello, en su campaña publicitaria en todo momento se mira con desaprobación a la mascota. Sobre esto último, cuestionó que América Móvil haya manifestado que la madre “asiente” en sentido de aprobación a las conductas de la rata, siendo que, de la revisión en conjunto de su campaña se verificaría que en todo momento se cuestiona las acciones de la mascota, siendo el gesto de la madre de desaprobación, conforme el contexto de la publicidad.

El 7 de junio de 2023, América Móvil presentó un escrito en el que indicó que Win no ocuparía el primer lugar en la prestación del servicio de internet fijo a nivel nacional, sobre la estructura de mercado de internet fijo en el país, así como la participación de las principales operadoras que concurren en este ámbito. Al respecto, manifestó que, en línea con lo informado por la imputada, la estructura del mercado a nivel nacional continuaría siendo la misma, según los reportes de la autoridad de noviembre de 2022, febrero de 2023, e inclusive, mayo del presente año. Al respecto, agregó que, en este último y reciente reporte, la autoridad en telecomunicaciones también habría resaltado la evolución por tecnología de acceso al internet fijo en la que predominan el cabledem (50.30%) y otras tecnologías en donde se encontraría la fibra óptica (47.72%). De tal manera, detalló que los primeros lugares se encontrarían ocupados por Telefónica, América Móvil y Win. En este punto, manifestó que la campaña publicitaria difundida por Win, a nivel nacional, debería de evaluarse bajo el ámbito del mercado que refleje la misma dimensión, esto es, el mercado a nivel nacional. De tal manera, señaló que los argumentos de Win

enfocados en resaltar su participación a nivel de Lima Metropolitana no serían pertinentes para dilucidar los hechos cuestionados que versarían sobre una publicidad difundida a nivel nacional.

Por otro lado, la denunciante manifestó que los elementos incluidos en la publicidad denunciada no podrían ser analizados de forma aislada y separada, tal como Win pretendería hacer creer a la Comisión. Al respecto, indicó que la inclusión de la presencia de un roedor tiene un significado en el contexto de la publicidad denunciada, este es, indicar que la prestación del servicio de internet fijo por parte de la competencia de Win sería deficiente. En este punto, mencionó que no cuestionaría la posibilidad de que Win difunda publicidad sino la forma en que publicita denigrando a sus competidores, entre ellos, América Móvil.

Adicionalmente, América Móvil destacó que, desde el año 2021, a partir del incremento de la virtualidad de las actividades educativas y laborales, se podría sostener que esta tendencia a contar con consumidores informados que solicitan servicios de internet fijo se habría incrementado con motivo de la proliferación de las referidas actividades de forma remota. En esa línea, manifestó que dicha información permitiría sostener que estos consumidores informados conocerían a los principales proveedores del servicio de internet fijo y sus ofertas. Así, detalló que conocerían la oferta de América Móvil en el servicio de internet fijo, entre otras empresas, y que reconocería an la oferta comercial de la denunciante, con la mayor participación en algunos mercados regionales, que fueron parte del ámbito de difusión de la publicidad de Win, según lo informado por el propio Osiptel.

Al respecto, la denunciante manifestó que sería importante tener en consideración los comentarios de los consumidores informados sobre los servicios de internet fijo, toda vez que transmitirían una impresión genuina e inmediata respecto del contenido de una publicidad. Así, indicó que ello habría ocurrido en el presente caso, en el que los consumidores habrían identificado el contenido alusivo de la publicidad denunciada. Sobre ello, destacó que dichos comentarios realizados en diversas redes sociales harían notar que el carácter alusivo estaría presente en los anuncios de Win, es decir, se habrían materializado en la realidad, tal como los consumidores lo harían saber.

En esa línea, América Móvil resaltó que la Sala habría resaltado la importancia del impacto de la publicidad denunciada en el público consumidor. En efecto, detalló que tanto los argumentos como la participación en un mercado geográfico y la interpretación que el público consumidor serían elementos que coadyuvarían a determinar una alusión inequívoca. En esa línea, detalló que dicho criterio reconocería una importante realidad en el análisis de la publicidad que consistiría en que los destinatarios de la publicidad recibirían e interpretarían la publicidad conforme a sus conocimientos previos dentro del contexto anunciado. Así pues, detalló que resultaría alejado de toda razonabilidad asumir que los consumidores interpretarán la publicidad de manera aislada. A mayor abundamiento, detalló que en el video difundido el 2 de octubre de 2022 en redes sociales (el cual habría sido removido), serviría a modo de ejemplo cómo uno de tantos usuarios habría identificado a la alusión inequívoca de Win hacia sus competidores, en particular a América Móvil, al nombrarnos como “cristalinos”, frente a lo cual la imputada asintió con un emoticón de “me divierte”.

En ese sentido, la denunciante expresó que el argumento de Win desestimando los elementos estructurales propios del mercado de internet fijo, tales como la participación de los agentes económicos, el tipo de consumidor expuesto a estas ofertas de servicios y su interacción con estos usuarios en redes sociales, debería ser rechazado por cuanto llevaría a la Comisión a interpretar la publicidad denunciada fuera de todo contexto lo que resulta contrario a los parámetros de interpretación previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En este punto, manifestó que la Comisión debería incluir dichos elementos y evaluarlos en su conjunto en virtud de lo cual notaría que la campaña denunciada contaría con un contenido alusivo hacia los competidores de Win, entre ellos, América Móvil.

Adicionalmente a ello, América Móvil expresó que los hechos alusivos no se evaluarían por separado o de forma aislada como pretende Win, sino de manera conjunta. En este punto, detalló que, en sus descargos, Win abordaría los argumentos sobre los elementos alusivos de su publicidad de manera aislada y separada. Así, explicó que naturalmente desvirtuaría existencia de una estructura de mercado que facilite la alusión a competidores, la inclusión de un roedor en “tamaño jumbo”, el menor de edad utilizando videojuegos y los comentarios de usuarios de Facebook que habrían reaccionado a la publicidad denunciada, por lo que deberían ser analizados de forma individual, ello pese a que la Ley de

Represión de la Competencia Desleal y los pronunciamientos de la autoridad dispondrían expresamente lo contrario. En particular, manifestó que, a partir de una interpretación superficial e integral de los anuncios es que se podría determinar la existencia de un contenido alusivo a la oferta competidora, más no “cortando” la publicidad de forma arbitraria a fin de “acomodar” su contenido a la argumentación de defensa. De esta manera, expresó que la metodología de análisis de la publicidad sería contraria al “método” propuesto por Win. En base al artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la interpretación se realizaría de manera integral y superficial.

Sobre la alusión inequívoca, la denunciante manifestó que su habría realizado campañas publicitarias sucesivas y con seis (6) meses de anticipación a la publicidad cuestionada. En este punto, precisó que los diversos elementos descritos corroborarían la alusión, por implicación, realizada por Win en sus anuncios a América Móvil, entre otros competidores. Así, detalló que elementos tales como la estructura del mercado, así como las afirmaciones utilizadas por Win revelarían que su mensaje publicitario aludiría -por implicación- a diversos agentes económicos, entre ellos, América Móvil. En tal sentido, explicó que no sería necesario hacer referencia a colores, características o marcas de los competidores para concluir que existe una alusión a dicha oferta, debido a que, ante la ausencia de una alusión inequívoca expresa, se contaría con la denominada “alusión inequívoca” por implicación.

Por otra parte, respecto del Informe de Impronta Research, América Móvil destacó que dicho documento contaría con información incompleta lo cual no permitiría analizarlo en su integridad. Así, detalló que desconocería qué criterios se habrían empleado para determinar cuándo una publicidad alude a una empresa competidora y/o la denigra. En adición a ello, explicó que la pregunta realizada por Impronta impediría obtener una respuesta de los encuestados que tenga en consideración los elementos para determinar la existencia de una publicidad alusiva o denigratoria.

En adición a ello, la denunciante agregó que en el Informe de Impronta Research, en la lámina 7 se evaluaría los resultados de la pregunta “Me parece que denigra a otras operadoras...” (resaltado agregado), pero, en las conclusiones, se haría referencia que “La pieza evaluada no es percibida como un material que alude o denigra a otras operadoras...”. En ese sentido, precisó que el Informe arribaría a dicha conclusión pese a que el elemento alusivo de la publicidad de Win no habría sido parte de la pregunta del informe, en otras palabras, el informe de Impronta concluiría aspectos que no habrían sido parte de su análisis ni preguntas.

En línea con lo antes mencionado, América Móvil manifestó que la Comisión ya habría sostenido en pronunciamientos previos, como el recaído en la Resolución N° 064-2019/CCD-INDECOPI, que la interpretación de los consumidores de una publicidad no tendría que estar “necesariamente sustentada en encuestas o focus groups” sino, principalmente, en el análisis superficial e integral de la campaña publicitaria cuestionada y las expectativas razonables de los consumidores. Por tanto, solicitó sea desestimado dicho documento.

Respecto de la comisión de actos de denigración, América Móvil manifestó que la campaña publicitaria de Win no superaría la excepción de veracidad, siendo su interpretación parcial dejaría de lado diversos elementos que serían parte de la publicidad y que expondrían una situación que iría más allá a la contratación de un servicio de internet y la respectiva prueba de uso que realizaría el consumidor contratante. En este punto, precisó que las afirmaciones de Win no se ajustarían a la realidad ni serían verificables por los consumidores. Así, destacó que, en un escenario de una publicidad alusiva, ello resultaría ilegal. Asimismo, manifestó que sería impertinente en la forma, en tanto la inclusión del roedor sería innecesaria por no proporcionar información alguna.

En esa línea, la denunciante expresó que, de la revisión integral y superficial de la publicidad cuestionada, se observaría que los argumentos de Win no tendrían asidero alguno. En efecto, precisó que la trama publicitada trataría sobre la conversación de la madre y su hijo sobre la instalación y conectividad del servicio de internet que sería recreada en la sala de su hogar; sin embargo, destacó que, de una forma descontextualizada, la publicidad incluiría a un roedor en la cocina eligiendo comida del refrigerador, en un ambiente y conductas distintos a las mostradas por la madre y el hijo. En ese sentido, resulta evidente que Win habría incluido dicha sección, la cual no tendría relación alguna con su oferta comercial, con un propósito denigratorio a sus competidores. En este punto, expresó que a la fecha, Win no habría argumentado cuál sería el motivo de incluir al roedor en la publicidad denunciada,

siendo que ello ocurriría porque su presencia no estaría justificada y, en lugar de aportar información sobre el servicio de internet fijo de Win (por ejemplo), sería empleada como una representación denigratoria de los competidores de Win, aquellos que habrían instalado el servicio de internet de forma deficiente en el hogar de la madre y el hijo en la escena recreada en la publicidad objeto de denuncia.

Respecto de la infracción al **principio de legalidad**, América Móvil manifestó que Win habría difundido publicidad dirigida a menos con un mensaje que evocaría sentimientos de inferioridad para aquellos que no son sus clientes. En este punto, precisó que ambas partes habrían aportado documentación que acreditaría la existencia de un grupo de menores de edad que adquiriría y consumiría videojuegos, siendo este grupo parte del público destinatario de la publicidad Win, por lo cual, no existiría controversia alguna en este punto.

En esa línea, la denunciante expresó que, como todo anunciante, Win se encontraba en la obligación de conocer al público destinatario de su publicidad, ello más aún cuando habría optado por difundir los referidos anuncios a nivel nacional y en horario de protección al menor conforme habría sido acreditado en el expediente. Ahora, expresó que resultaría claro que la imputada de manera irreflexiva y discrecionalmente habría optado por difundir un mensaje masivo sin importar los efectos negativos que ello pudiese conllevar. En ese sentido, reiteró que Win presentaría documentación que, lejos de cuestionar la posición de América Móvil, la reafirmaría en el sentido de que esta publicidad se habría encontrado dirigida a menores de edad y no solo ello, sino que la palabra “win” de la cual deriva la palabra “winner” serían términos frecuentemente utilizados en la comunidad de videojuegos.

En esa línea, América Móvil detalló información sobre el documento “Essential Facts” de la Entertainment Software Association-ESA. En particular, mencionó que en la página 4, se consignaría que el 71% de menores de edad estadounidenses utilizarían videojuegos, además, indicó que en la página 6, se consignaría que el 73% de los encuestados pensaría que los videojuegos enseñan a ganar o perder. En dicho contexto, manifestó que la afirmación “El Internet de los Winners” no sería la única frase difundida en el marco de la campaña publicitaria, sino que esta se vería reforzada con los comentarios de la propia denunciada en las redes sociales. Así, en su interacción frente a los consumidores, manifestó que sería claro que Win haría referencia a la palabra “ganador” al referirse a aquellos consumidores que contraten sus servicios: “¡Con WIN no eres un 10, eres un 100!”, “¡Nuestros Winners merecen lo mejor...!”, “Conviértete en un Winner”, “¿ya eres un winner?”, “¡queremos que más peruanos disfruten del internet de los winners!”, entre otras.

Bajo dicho fundamento, la denunciante manifestó que la interpretación correcta y contextualizada de la frase “El Internet de los Winners”, junto con el resto de las frases que aludirían a los “winners” difundidas en redes sociales, es que se trataría de una connotación excluyente que diferenciaría a los usuarios de Win como “winners” del resto de consumidores, es decir, de no contar con o adquirir dicho servicio, no sería un “winner” o no te “convertirás en un “winner”; en otras palabras, serías un perdedor por tener un servicio de internet distinto. En esa línea, mencionó que, a diferencia de lo sostenido por Win, no se necesitaría saber inglés para entender la palabra “winner”, más aún cuando las palabras “win” o “winners” contarían con un fuerte arraigo en los territorios de habla hispana, entre ellos, el Perú. En efecto, su difusión habría llegado a tal punto que el Diccionario de Americanismos de la Asociación de Academias de la Lengua Española identificarían el significado de “winner” como: “individuo ganador”.

Atendiendo a lo expuesto, América Móvil manifestó que las frases cuestionadas sí tendrían un efecto directo en producir un sentimiento de inferioridad en el público menor de edad al que se dirige la publicidad denunciada, el cual tendría pleno conocimiento de las palabras “win” o “winners” y sus significados respectivos. En este punto, destacó que ello sería más grave debido a que dichos anuncios habrían sido difundidos a nivel nacional en todos los horarios de programación televisiva (dentro de los cuales se encontraría el horario de protección al menor). En este punto, resaltó que sería evidente que el término “winner” y el verbo ganar sería utilizado por Win de manera indiferente, siendo que para ellos sólo el que utiliza Win sería un ganador.

En adición a ello, América Móvil señaló que existiría un público menor de edad expuesto a este mensaje publicitario que pretendía diferenciar a los usuarios de Win como “ganadores” y al resto de usuarios de otros servicios de internet como “perdedores”, lo cual no solo resultaría inexacto sino que provocaría que los menores de edad arriben a conclusiones erróneas sobre el servicio de internet de Win, tal como

“ahora podré convertirme en un ganador” o “podre ser parte de los ganadores”, siendo esto así, expresó que Win habría infringido los parámetros exigidos para la publicidad dirigida a menores prevista en el artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Respecto de la infracción al **principio de adecuación social**, la denunciante manifestó que la connotación sexual de las afirmaciones publicitarias difundidas por Win no sería un invento de América Móvil, sino que contaría con arraigo social identificado en redes sociales, como Twitter, hasta en trabajos de investigación académica entre los adolescentes limeños. Así, expresó que indicar que la publicidad denunciada no exalta o refiere a “atributos sexuales”, que no se realizan gestos o movimientos obscenos ni tampoco cosifica a la mujer, entre otros aspectos, representaría una visión limitada e insuficiente para evitar mensajes estereotipados o violentos frente a las mujeres o menores de edad. Al respecto, alegó que Win desconocería que los actos violentos y los estereotipos de género cuentan con ámbito de realización más amplio del que la denunciada sostiene. En este punto, destacó que, tal como habría descrito en su denuncia, la legislación actual detallaría los diversos tipos de violencia que existirían, entre ellos, la violencia sexual y la psicológica (literal b y c del artículo 8 del Texto Único Ordenado de la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar).

En esa línea, América Móvil manifestó que, atendiendo a la connotación sexual de las afirmaciones publicitarias y que Win sitúa a una mujer que expresa “Ay no, ya nos metieron la ra...” y “¡Cómo nos han metido la RA...!”, la publicidad denunciada reforzaría estereotipos de género que sexualizarían a la mujer. En este punto, reiteró que, dado el significado social de la frase “meter la rata”, su mención por intermedio de una mujer recrearía una situación humillante que refuerza la presencia de esta frase estereotipada en la sociedad. En este punto, manifestó que, dado el contenido de estas frases y por la forma de expresión del personaje femenino, sería evidente que esta expresión reflejaría una situación no deseada por la legislación vigente cuya finalidad sería, precisamente, desterrar este tipo de estereotipos y violencia de diversos ámbitos, entre ellos, el de la publicidad comercial.

De otro lado, la denunciante manifestó que, en el video donde se incluye “¡Cómo nos han metido la RA...!”, se apreciaría una actitud agresiva y violenta del roedor al patear el módem en el suelo reiteradamente, al respecto, cuestionó que la imputada alegue que se trataba de “acciones juguetonas”, por lo cual pretendería soslayar y dotar de humor una situación que contaría con un trasfondo marcadamente violento. En suma, reitero que la Ley de Represión de la Competencia Desleal, a través del Principio de Adecuación Social, reprimiría la difusión de afirmaciones “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...” y “¡Cómo nos han metido la RA...!”, así como las conductas manifiestamente violentas como patadas, por cuanto recrearían estereotipos de género y acciones violentas.

Respecto de la **comisión de actos de engaño**, en particular, con relación a la **afirmación: “Mayor puntaje de Velocidad del Perú”**, América Móvil señaló que no existiría relación alguna entre la afirmación publicitaria de la parte captatoria del anuncio y la información complementaria. De tal manera, aseveró que no existiría conexidad alguna entre ambos elementos, siendo que, en el presente caso, Win pretendería atribuirles una complementariedad que no existiría para evitar ser sancionada. Por tanto, la afirmación denunciada sería engañosa. En esa línea, manifestó que Win responsabilizaría a las entidades evaluadoras de la velocidad de internet de las operadoras de este servicio, por cuanto recaería en estas la determinación de entregar “premios de carácter nacional”, no obstante, a criterio de la denunciante, Win omitiría indicar que estas entidades evaluadoras no se habrían encargado del planeamiento y difusión de la campaña publicitaria cuestionada sino Win como anunciante, por lo cual, expresó que correspondería que sea responsable por el contenido publicitario difundido.

Respecto de la **comisión de actos de engaño**, en particular, con relación a las **afirmaciones: “Cansado de reiniciar el módem...” y “¿Puedes ir, por favor, a reiniciar el módem?”**, América Móvil manifestó que, la controversia en este extremo, no se dirigiría a cuestionar lo mencionado por Win, sino que dicha empresa daría a entender que su servicio de internet como uno de carácter “infalible”, es decir, que no contaría con problemas de conexión. Así, a criterio de la denunciante, Win pretendería dar a entender a los consumidores que el usuario de su servicio no tendría que reiniciar su módem.

Respecto de la **comisión de actos de engaño**, en particular, con relación a la afirmación: **“Mayor puntaje de Velocidad del Perú”** y los reconocimientos obtenidos por el servicio de internet fijo de Win, la denunciante expresó que, al revisar la información que aparecería de manera imperceptible en el

disclaimer de estos anuncios, estos premios serían más acotados de lo que Win anunciaría en la “parte captatoria” de la publicidad, siendo que omitiría información relevante para comprender la información transmitida.

El 21 de junio de 2023, América Móvil presentó un escrito, mediante el cual manifestó que el carácter alusivo de la campaña podría identificarse en dos (2) aspectos: (i) uno vinculado al mercado en que se difunde la publicidad (internet fijo) y (ii) el segundo relacionado con el contenido de la propia campaña publicitaria (rasgos alusivos).

Al respecto, la denunciante explicó que la estructura de mercado de telecomunicaciones y, en particular, del servicio de internet fijo, sería un elemento que incrementaría la alusión a agentes competidores. Así, detalló que existirían tres (3) agentes con participación significativa en el país, América Móvil, Win y Telefónica, siendo que la “proximidad” competitiva entre estas empresas sería una situación real. En este punto, precisó que este no sería un dato menor, sin embargo, tampoco se trataría del único elemento proporcionado por América Móvil para sustentar la alusión existente en la publicidad.

En esa línea, América Móvil manifestó que no se trataría solo de la “estructura del mercado”, también sería el público que se encuentra expuesto a la campaña publicitaria e interpreta su contenido, tal como habría sido reconocido en los mismos comentarios publicados en la propia red social Win, siendo que dichos consumidores habrían concluido que Win aludiría a sus competidores.

El 18 de junio de 2023, América Móvil presentó un escrito, a través del cual reiteró los argumentos formulados durante el procedimiento.

El 18 de junio de 2023, Win presentó un escrito, a través del cual reiteró los argumentos formulados durante el procedimiento.

1.3. Acumulación del procedimiento

Mediante Resolución de fecha 16 de mayo de 2023, la Secretaría Técnica ordenó la acumulación del procedimiento tramitado en el Expediente N° 211-2022/CCD con el tramitado en el Expediente N° 169-2022/CCD, por considerar que existía conexidad entre ambos procedimientos, al verificarse la misma identidad de la imputada y la similitud en la materia controvertida. En particular, se verificó que, en ambos casos, el cuestionamiento versaba en la difusión de una misma campaña publicitaria por parte Win, mediante la cual la imputada habría difundido afirmaciones denigratorias que menoscabarían la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de Telefónica, así como de América Móvil.

Al respecto, Win formuló recurso de apelación en contra de la Resolución que ordenó la acumulación. En ese mismo escrito, solicitó la suspensión del procedimiento tramitado bajo el Expediente N° 211-2022/CCD, así como de la audiencia de informe oral programada para el 4 de julio de 2023, hasta que no se tenga un pronunciamiento final sobre el recurso de apelación. En esa línea, expresó que sería necesario que su recurso de apelación sea resuelto de manera previa a la realización de la audiencia de informe oral programada para el 4 de julio de 2023.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 20 de junio de 2023, la Comisión declaró improcedente el recurso de apelación presentado por Win el 13 de junio de 2023.

Mediante Resolución N° 5 de fecha 20 de junio de 2023, la Comisión denegó el pedido de suspensión del procedimiento formulado por Win.

El 4 de julio de 2023, se realizó una audiencia de informe oral, en la cual las partes expusieron sus argumentos formulados en el procedimiento.

2. IMÁGENES REFERENCIALES DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DIFUNDIDA POR WIN

Anuncio audiovisual en YouTube



Anuncio audiovisual en Instagram



Anuncio en panel led



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. Criterios de interpretación de anuncios.
2. Delimitación de la campaña publicitaria difundida por Win.
3. La presunta comisión de actos de denigración.
4. La presunta comisión de actos de comparación indebida.
5. La presunta comisión de actos de engaño.
6. La presunta infracción al principio de legalidad.
7. La presunta infracción al principio de adecuación social.
8. Los pedidos accesorios formulados por Telefónica.
9. Los pedidos accesorios formulados por América Móvil.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Criterios de interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que la publicidad deba ser 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 y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que 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. De otro lado, el referido precepto legal establece que, en el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio²². Asimismo, en cuanto al análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.²³

Por lo tanto, para determinar si algún anuncio infringe o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dicho anuncio según los criterios expuestos anteriormente.

4.2. Delimitación de la campaña publicitaria difundida por Win

El artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que el análisis de los anuncios se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, captando el referido mensaje en su conjunto. De este modo, dicho consumidor aprehenderá todos los elementos comprendidos en el anuncio. En particular, respecto de las campañas publicitarias, la evaluación de la publicidad exige que se analicen los anuncios en conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

²² Expediente N° 098-95-CPCD, seguido por Coainsa Comercial S.A. contra Unión Agroquímica del Perú S.A., Expediente N° 132-95-CPCD, seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. contra Lucchetti Perú S.A., entre otros, Expediente N° 051-2004/CCD, seguido por Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C. contra Universidad del Pacífico, Expediente N° 074-2004/CCD, seguido por Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra Estación de Servicios Forestales S.A. y Expediente N° 100-2004/CCD, seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

²³ Al respecto ver la Resolución N° 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998, emitida en el Expediente N° 070-97-CCD, seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., la Resolución N° 013-2005/CCD-INDECOPI del 20 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 095-2004/CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C. y la Resolución N° 016-2005/CCD-INDECOPI del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intradevco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.

De acuerdo con lo establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, una **campaña publicitaria** se encuentra constituida por anuncios difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios de comunicación, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal.

Asimismo, resulta pertinente mencionar que mediante la Resolución N° 0858-2013/SDC-INDECOPI de fecha 24 de mayo de 2013, se destacó que “(...) **ante una campaña publicitaria se requerirá extraer, de una evaluación conjunta de los anuncios, el mensaje principal que trasciende las piezas publicitarias que la integran.** Ello se explica pues frente a una campaña de marketing multimedios, que recurre al uso de diversas vías informativas, el consumidor se encuentra expuesto a todo este paquete informativo único. De tal modo, este mensaje central de la campaña permitirá interpretar los alcances de cada anuncio de manera individual y llegar a determinar si con ellos se incurre en la comisión de actos de competencia desleal.” (Resaltado añadido).

Al respecto, en el marco del Expediente N° 169-2022/CCD, Win informó que su campaña publicitaria²⁴ estaría conformada por piezas publicitarias que habrían sido difundidas mediante canales digitales como Instagram, Facebook, YouTube, así como en su website; y, mediante canales tradicionales como TV, radio, pantallas led, entre otros. Además, precisó que se habría iniciado su difusión en octubre del 2022, la cual continuaría, a través de determinados medios de comunicación.

Del mismo modo, en el marco del Expediente N° 169-2022/CCD, Win informó que las piezas publicitarias corresponderían a una campaña publicitaria²⁵ la cual incluiría diversas publicaciones que habrían sido difundidas mediante canales digitales como Instagram, Facebook, Tik Tok, LinkedIn y YouTube, así como en su website; y, a través de canales tradicionales de publicidad como TV, radio, pantallas led, entre otros. Además, precisó que se habría iniciado su difusión en octubre del 2022, la cual continuaría a la fecha, a través de determinados medios de comunicación.

Sobre el particular, de la revisión integral de los anuncios presentados en los referidos Expedientes acumulados, este Colegiado aprecia los anuncios cuestionados han sido difundidos por Win durante un determinado periodo de tiempo, esto es, desde el mes de octubre de 2022 a la fecha, a través de redes sociales, televisión, paneles led, radio, sitio web, entre otros medios de comunicación. Asimismo, se observa que los referidos anuncios han tenido por finalidad promocionar la contratación del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win.

En ese sentido, esta Comisión considera los anuncios difundidos por la imputada han sido percibidos por los consumidores como una única campaña publicitaria que cuenta con un mensaje publicitario principal, difundida por el mismo anunciante (Win), en un mismo espacio geográfico y temporal, a través de diversos medios de comunicación y respecto del mismo servicio (internet fijo por fibra óptica). En este punto, es pertinente destacar que en determinadas piezas publicitarias se complementa dicho mensaje con las afirmaciones “mayor puntaje de velocidad del Perú”; “100% fibra óptica”; “el internet de los winners”; y, las imágenes de los premios: “Netflix – Speed Index del Perú”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”.

Ahora bien, de un análisis integral y superficial de los anuncios que comprenden la campaña, se puede sostener que el mensaje principal que subyace en la campaña son los beneficios del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win, el cual se publicita acompañado de una rata gigante que representa la disconformidad que tendrían los consumidores del servicio de internet fijo de otras operadoras. En particular, se destaca la oferta de Win como la que ofrece un servicio de internet fijo 100% fibra óptica, el cual habría recibido premios de velocidad otorgados por Netflix y Ookla Speedtest.

En atención a lo anterior, corresponde analizar si a través de la campaña publicitaria cuestionada, Win ha incurrido en los actos de competencia desleal cuestionados.

²⁴ Anuncios presentados en el Anexo M del escrito de descargos.

²⁵ Anuncios presentados en el Anexo 3 del escrito de descargos.

4.3. La presunta comisión de actos de denigración

4.3.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

Artículo 11º.- Actos de denigración.-

- 11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.
- 11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:
- Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
 - Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
 - Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
 - Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

A su vez, la Comisión ha establecido que al momento de interpretar las normas que reprimen la denigración en el campo de la competencia desleal, debe tenerse en cuenta que la leal competencia mercantil no está exenta de situaciones en las que un comerciante considere que ciertas frases, imágenes, sonidos o cualquier otro tipo de manifestaciones o expresiones difundidas por un competidor podrían agraviar o denigrar la calidad de sus productos o la propia imagen comercial. Sin embargo, serán consideradas desleales aquellas afirmaciones o declaraciones en donde las empresas o sus representantes empleen frases e imágenes que generen descrédito, sea en tono despectivo o no, a los productos o a la imagen de las empresas competidoras, pues éste constituye daño concurrencial ilícito y, en consecuencia, sancionable si no se ha realizado mediante la difusión de información veraz, exacta y pertinente.

Por tanto, a fin de determinar si en el presente caso se han producido actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, es necesario determinar si la imputada difundió afirmaciones referidas a la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de la denunciante, si dichas afirmaciones son susceptibles de generar el descrédito de la denunciante en el mercado y, de ser el caso, determinar si dichas afirmaciones se encuentran amparadas por la denominada *exceptio veritatis*, es decir, que no serán sancionadas si es que éstas son verdaderas, exactas y pertinentes.

Finalmente, cabe señalar que para determinar la existencia de un acto de denigración como acto de competencia desleal, no se requerirá acreditar conciencia o voluntad sobre su realización y tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, conforme a lo prescrito por el artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.3.2. Aplicación al presente caso

- **En el marco del Expediente N° 169-2022/CCD**

En el presente caso, en el marco del Expediente 169-2022/CCD, en atención a la denuncia presentada por Telefónica, la Secretaría Técnica imputó a Win la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que a Win difundiría una campaña publicitaria que menoscabaría la

imagen, el prestigio y la reputación empresarial de **Telefónica**, la cual contendría afirmaciones subjetivas, imprecisas e impertinentes, por lo cual no cumpliría con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

- (i) Mediante las afirmaciones “*sigue fallando como siempre*”, “*decían que era fibra*”, “*Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win*” y “*Como nos han metido la ra...(pido) cámbiate a Win*”, en conjunto con la imagen de una rata animada, daría a entender que Telefónica estafaría o engañaría a los consumidores, debido a que no brindaría un servicio de internet por fibra óptica conforme a lo ofertado pues siempre fallaría, por lo que sería una empresa deshonesta.
- (ii) Mediante las afirmaciones “*sigue fallando como siempre*”, “*Uy otra vez, ¿Hijo puedes ir por favor a reiniciar el modem?*”, “*yo ya fui dos veces*”, en conjunto con una secuencia de imágenes en las que se retiraría el módem con un guante siendo reemplazado por el módem de Win (siendo que, en este caso, ya no usaría guantes), daría a entender que Telefónica brindaría un servicio de internet que siempre fallaría con un módem que sería inseguro y peligroso.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

De manera preliminar, al análisis de la conducta cuestionada, es necesario abordar los elementos a analizarse ante un escenario de publicidad alusiva, conforme a los pronunciamientos previos emitidos por la Comisión, la Sala y la doctrina.

Al respecto, es pertinente señalar que la denigración consiste en una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios²⁶. Así, serán consideradas desleales y sancionables aquellas afirmaciones o declaraciones en donde las empresas o sus representantes empleen frases e imágenes que generen descrédito, sea en tono despectivo o no, a los productos o servicios de otro u otros agentes económicos en el mercado.

De acuerdo con la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para efectos de verificar la existencia de un acto de denigración o comparación se requerirá una **alusión inequívoca, directa o indirecta**, sobre la oferta de otro agente económico. Cabe precisar que se requiere la mención o alusión a competidores o su oferta, pues **no podría configurarse un menoscabo a la imagen o reputación de un presunto competidor o competidores si estos no resultan identificables**, ya sea **directamente o por implicación**. En este punto, es pertinente destacar es que la **alusión inequívoca** puede involucrar no solo a un agente, sino a varios empresarios que concurren en el mercado.

En esa línea, corresponde mencionar que “*(...) la alusión explícita o implícita al producto o servicio del competidor. En el primer supuesto, el anunciante citará la marca, el nombre comercial, denominación social u otro elemento que identifique expresamente a la empresa, productos o servicios competidores. En el segundo supuesto, la alusión implícita a competidores plantea más problemas. No basta una alusión genérica a los competidores (...); en tal caso, posiblemente, estaríamos ante un supuesto de publicidad de tono excluyente. Es necesaria una referencia inequívoca a uno o varios competidores. Dicho con otras palabras, el público deberá identificar – sin ningún género de dudas – al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio (...).*”(Resaltado añadido)²⁷

Así, conforme ha sido expuesto por la Sala en diversos pronunciamientos²⁸, la falta de indicación del nombre de la empresa competidora o de los servicios que comercializa no constituye un impedimento para considerar que se trata de un supuesto de publicidad alusiva, denigratoria, comparativa o por adhesión. En efecto, basta con que, **a partir de los elementos evaluados**, se pueda entender inequívocamente que se alude a la empresa que compete con el anunciante en un determinado

²⁶ DE LA CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Euns. 2002, pág. 179.

²⁷ LEMA DEVESA, Carlos. “La Publicidad comparativa en la Unión Europea”. RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.

²⁸ Ver Resoluciones 0244-2013/SDC-INDECOPI, 0858-2013/SDC-INDECOPI, 0835-2014/SDC-INDECOPI, 0409-2017/SDC-INDECOPI y 103-2019/SDC-INDECOPI.

mercado²⁹. **Con relación a los elementos que podrían determinar la alusión inequívoca**, la doctrina considera que **existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad**³⁰.

Al respecto, un parámetro del que se vale un consumidor para definir el contenido de una publicidad es la **estructura del mercado** en el que esta se difunde. En particular, la doctrina sostiene que “(...) *debe tenerse presente que este (el público) conoce la estructura del mercado y, por tanto, conoce también quiénes son los competidores del anunciante. En estas circunstancias, cualquier referencia, por genérica que resulte, a los competidores, puede provocar que el público identifique a uno o varios de ellos como afectados por la publicidad del anunciante*”³¹. (Subrayado añadido)

Ahora bien, resulta necesario mencionar que mediante la Resolución N° 2758- 2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010, se analizó la publicidad difundida por la empresa denunciada y, pese a que no existía en la pieza publicitaria cuestionada una mención expresa a la empresa denunciante, **se tuvo en consideración el contexto en que se difundía la publicidad, sus destinatarios y la estructura del mercado** para inferir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa. En ese sentido, en dicho pronunciamiento, la Sala consideró que no resultaba suficiente la cuota de mercado, era necesario la presencia de **elementos adicionales** como: (i) **el contexto** en el que se difundió la publicidad cuestionada (era de público conocimiento que el grupo “Líbido” era parte de la imagen comercial de la empresa denunciante); y, (ii) **la proximidad temporal** entre las campañas de la empresa denunciante y la empresa imputada (en las que estuvo presente el referido grupo musical).

En este punto corresponde recordar que **cuando se hace una mención a un competidor por implicación, este debe ser fácilmente perceptible por los consumidores**; es decir, el público receptor de la publicidad debe identificar con claridad al competidor o los productos o servicios competidores aludidos, conforme ha sido abordado por la Sala mediante Resolución N° 0065-2022/SDC-INDECOPI. En ese sentido, se concluye que la alusión inequívoca en publicidad alusiva también implica que se realizase su evaluación atendiendo a la fácil interpretación que pueda efectuar un consumidor de los anuncios.

Considerando todo lo expuesto, corresponde a este Colegiado verificar, en primer lugar, si la publicidad cuestionada alude inequívocamente a la oferta de la denunciante, considerando estructura del mercado y elementos adicionales (de ser el caso); y, en segundo lugar, evaluar si las afirmaciones difundidas en los anuncios de Win cumplen con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sobre el particular, Telefónica ha sostenido que, por la estructura del mercado, la alusión inequívoca indirecta sería a su empresa, en tanto tendría la mayor participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica para junio y setiembre de 2022. En esa línea, mencionó lo resuelto por la Sala mediante Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, siendo que sostuvo que, en dicho caso, Telefónica habría contado con la mayor participación en este mercado, 42.4%, seguido de Win con una participación de 24.3% y por América Móvil con un 14%. Así, aseveró que, por la composición del mercado, la campaña de Win tendría un claro propósito alusivo a Telefónica. Asimismo, expresó que a junio de 2022, poseería la mayor cantidad de usuarios, siendo que Win se encontraría en segundo lugar, por ende, ello permitiría acreditar que la campaña publicitaria habría estado orientada a conseguir más consumidores y tratar de que cambien sus preferencias sobre el servicio de internet.

En este punto, la denunciante aseveró que Win buscaría desviar la discusión sobre la participación de Telefónica en el mercado y su importancia para resolver el presente caso. De esta forma, manifestó que daría a entender que se necesitaría determinar un mercado relevante para poder concluir que Telefónica ocuparía el primer lugar (como si se tratara de un procedimiento de libre competencia), o utilizaría información parcializada para señalar que Telefónica habría presentado cifras de participación en el mercado erróneas. En particular, expresó que Win sostendría que su incremento “constante” en el mercado de internet fijo mediante fibra óptica sería resultado de haber “obtenido la preferencia de los consumidores” y que, por tanto, no habría incurrido en la práctica desleal que se le imputa. Al respecto,

²⁹ Ver Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI.

³⁰ TATO PLAZA, Anxo. “La publicidad comparativa”. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 20-39

³¹ TATO PLAZA, Anxo. “La publicidad Comparativa”. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 20-30.

señaló que la importancia de que Telefónica tenga la mayor cuota en el mercado de internet residiría en que es un parámetro importante que permitiría identificar cuál sería la empresa aludida en la publicidad.

En esa línea, Telefónica cuestionó que Win haya señalado que Telefónica ya habría perdido su participación mayoritaria en el mercado de internet fijo por fibra óptica para setiembre de 2022, siendo que no habría precisado que dicha data se referiría únicamente a Lima y Callao. En este punto, resaltó que Win contaría con una concesión única para prestación de servicios públicos a nivel nacional, siendo que tendría dos (2) servicios registrados en su concesión: Portador Local y Distribución de radiodifusión por cable (desde el 2009); por ello, se podría apreciar que la participación de Win sería a nivel nacional.

En esa línea, la denunciante mencionó que si bien Win habría señalado que el criterio de la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI no sería replicable para resolver el presente procedimiento, ya que Telefónica no tendría el mismo porcentaje de participación en el mercado que se analizó en dicho caso (alrededor del 65%), a criterio de la denunciante, Win ignoraría nuevamente que la discusión no recaería en el número del porcentaje de participación, sino que este se debería centrar en la posición que ostenta el operador en el mercado y la percepción que ello genera en los consumidores, conforme lo habría señalado la Sala en la Resolución en mención: *“Como se puede advertir, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria, Telefónica (grupo Telefónica) gozaba de una posición predominante en el mercado. Es cierto que no se trataba del único competidor de Directv, pero la composición del mercado permite advertir que el propósito expansivo a nivel nacional reconocido por la propia Directv constituye un elemento que conduce a considerar que existía un propósito alusivo a la oferta de Telefónica e incluso a América Móvil”*.

Aunado a ello, la denunciante agregó que el propio creador de la publicidad, el señor Leone, habría reconocido presuntamente el trasfondo de la campaña publicitaria difundida, en la medida que, mediante una publicación realizada, habría descrito que hace años quería hacer piezas publicitarias como esta, las cuales reflejarían la impotencia de los consumidores ante tantos discursos de las marcas que cada vez difieren más del trato que darían.

De otra parte, Telefónica indicó que el mensaje que habría buscado trasladar Win con la campaña publicitaria, habría sido confirmado en el video publicado en la red personal de Instagram del actor que representó a la “Hijo” en las piezas publicitarias cuestionadas. En esa línea, resaltó que en dicho video, se explicaría claramente cuál habría sido la finalidad de la campaña y por qué resultaba necesario que la figura de la “rata” aparezca, pues ello sería utilizado para representar o vincular la frase “nos estafaron”.

Del mismo modo, la denunciante refirió que, la Comisión debería tomar en cuenta cuando analice las piezas publicitarias difundidas por Win que se retiraría el módem con un quante siendo reemplazado por el módem de Win (siendo que, en este caso, ya no usaría guantes). En este punto, indicó que el módem que se utilizarían en el vídeo aparecería un signo representativo que haría alusión a Telefónica, referido al servicio de telefonía. Sobre ello, precisó que en el módem de Telefónica se encontraría habilitada la opción para poder tener el servicio de telefonía fija, ello en tanto sería un servicio brindado por su empresa.

Adicionalmente a ello, Telefónica destacó que la caja del módem utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem, sería similar a la caja usada por su empresa para poder entregar el módem al consumidor y brindarle el servicio, por lo cual, a su consideración, generaría en el consumidor la vinculación con Telefónica. En este punto, manifestó que las propias pruebas aportadas por Win, habrían permitido demostrar que en el mercado de fibra óptica ningún otro agente utilizaría una caja como la mostrada por Win en su publicidad; por el contrario, las otras empresas emplearían distintos colores y logotipos. Asimismo, destacó que Win habría reconocido que la caja sería un elemento diferenciador dentro del mercado de internet, por ello, aseguró que no sería necesario que la caja tenga la marca o el logo de Telefónica para determinar que existiría alusión, bastaría con apreciar la forma y el color empleado por Win para concluir que se haría alusión a Telefónica.

Luego de un análisis integral y superficial de los anuncios cuestionados, este Colegiado no advierte alusión directa alguna a la oferta de Telefónica, en efecto, en los anuncios que conforman la campaña de Win no se ha hecho mención ni a la denominación social de la imputada ni a sus signos distintivos en general. En ese sentido, corresponde analizar si por la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica y los elementos adicionales (de ser el caso), los consumidores pueden apreciar fácilmente una alusión inequívoca a la oferta de Telefónica, ello conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes.

Respecto de la estructura del mercado, es necesario precisar que a setiembre de 2022, Telefónica contaba con la mayor participación de servicio de internet fijo por fibra óptica, conforme se aprecia del gráfico “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” publicado por el Osiptel en el 2022:



En este punto, corresponde señalar que si bien en el expediente obra información de la “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” de junio de 2022, dado el inicio de la difusión de la campaña publicitaria, este Colegiado a considerado pertinente emplear únicamente la data correspondiente al gráfico del mes de setiembre de 2022, al reflejar con mayor cercanía la posible apreciación que un consumidor pueda tener de la campaña difundida y la alusión inequívoca a la oferta de la denunciante. Asimismo, contrariamente a lo sostenido por la imputada, debido a que la difusión de la campaña es a nivel nacional y el servicio de internet por fibra óptica se puede brindar a nivel nacional, no es sostenible utilizar la información correspondiente a la “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica en Lima y Callao”.

Ahora bien, de la revisión del referido gráfico, y de lo actuado en el expediente, se aprecia que, para setiembre de 2022, en el mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional concurrían con evidente participación alrededor de seis (6) empresas que brindaban el servicio de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, conforme se aprecia a continuación:

Empresa de telecomunicaciones	Participación (%)
Telefónica	40.9
Win y Optical Technologies	24.8
América Móvil (Claro)	14.2
Wow	8.2
Fiberlux y Fiberlux Tech y Fiberline	3.1
Otras (resto)	8.8

Adicionalmente, es necesario considerar que si bien son seis (6) empresas con evidente participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, en dicho mercado concurren cuarenta y nueve (49) empresas, a setiembre 2022, conforme se advierte de la información publicada en el portal PUNKU de Osiptel, de acceso a través de la página web: <https://punku.osiptel.gob.pe/>. A mayor abundamiento, se presenta un extracto de dicha data con catorce (14) de las empresas que brindan el servicio de internet fijo por fibra óptica:

Mes	Empresa	Región	Conexiones
Set-22	WI-NET TELECOM S.A.C.	Lima y Callao	226,762
Set-22	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	Lima y Callao	215,992
Set-22	WOW TEL S.A.C.	Otros departamentos	73,179
Set-22	AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	Lima y Callao	40,166
Set-22	P Y D TELECOM S.R.L	Lima y Callao	21,924
Set-22	FIBERLINE PERU S.A.C.	Lima y Callao	21,162
Set-22	CALA SERVICIOS INTEGRALES E.I.R.L	Otros departamentos	14,363
Set-22	RED INTERCABLE PERU S.A.C.	Otros departamentos	7,221
Set-22	OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C	Lima y Callao	6,008
Set-22	CABLE VIDEO PERÚ S.A.C.	Lima y Callao	5,564
Set-22	BSCP SERVICIOS S.A.C.	Otros departamentos	3,456
Set-22	GPON NETWORKS S.A.C.	Lima y Callao	3,199
Set-22	J.R. TELECOM S.R.LTDA	Lima y Callao	3,014
Set-22	VIETTEL PERU S.A.C.	Otros departamentos	2,752

En ese sentido, este Colegiado considera que, dada las características de la composición del mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, no es suficiente en el presente caso considerar solo la estructura del mercado para determinar que Win a través de su campaña publicitaria ha hecho alusión de manera inequívoca a la denunciante o a su oferta.

En este punto, la denunciante ha sostenido que la discusión no recaería en el número del porcentaje de participación, sino que este se debería centrar en la posición que ostenta el operador en el mercado y la percepción que ello genera en los consumidores, para lo cual citó la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, caso en el que se determinó que había alusión inequívoca a la oferta de la denunciante en dicho caso (también Telefónica) en tanto contaba con la mayor participación en el mercado de televisión por cable a nivel nacional; al respecto, este Colegiado considera que en el referido caso no resulta equiparable al presente, ello debido a que no están presentes las diversas empresas que conformaban el “Grupo Telefónica”; y, el número de porcentaje de participación de Telefónica en el presente caso es de 40.9% (65% en el citado caso). En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por la denunciante en este extremo.

En ese sentido, si bien Telefónica ostenta una posición predominante de participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica, dadas las características mencionadas previamente: porcentaje de participación y número de empresas que brindan el servicio a nivel nacional, este Colegiado considera que no resulta fácilmente advertible por los consumidores que la publicidad de Win resulte alusiva inequívocamente a un operador u operadores o a su oferta en concreto.

En ese sentido, corresponde evaluar los elementos adicionales que podrían evidenciar la alusión inequívoca, conforme a los criterios resolutivos mencionados previamente.

Respecto de los elementos adicionales, este Colegiado observa que la denunciante ha hecho referencia a lo siguiente: (i) la publicación realizada por el creador de la publicidad; (ii) el video publicado en la red personal de Instagram del actor que representó al “Hijo”; (iii) el módem negro que se retira con un guante siendo reemplazado por el módem de Win; y, (iv) a la caja del módem utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem.

Sobre el particular, con relación a la publicación realizada por el creador de la publicidad y el video publicado por el actor que representa al “Hijo””, realizadas en atención a los anuncio audiovisuales, este Colegiado considera que no pueden ser considerados como elementos probatorios idóneos para acreditar la alusión inequívoca, en la medida que únicamente refleja la apreciación personal de quienes han participado en la realización o ejecución del anuncio, lo cual no es representativo de determinada población, siendo que tampoco han expresado explícitamente que la realización a dicho anuncio haya sido con la finalidad de evocar a Telefónica o a su oferta. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por Telefónica en este extremo.

Por otro lado, con relación al módem negro que se retira con un quante siendo reemplazado por el módem de Win, así como la caja del módem utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem, los cuales son mostrados en los anuncios audiovisuales, este Colegiado considera que ni el módem negro ni la caja de cartón mostrada tienen similitud alguna con el modelo de módem o de caja de Telefónica. En efecto, se advierte que el módem de la denunciante es de color blanco y la caja que utiliza tiene la marca “Movistar” impresa en la parte externa e información impresa en la parte interna. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por Telefónica en este extremo.

Ahora bien, la denunciante expresó que en el módem negro aparecería un signo representativo que haría alusión a Telefónica, referido al servicio de telefonía. Sobre ello, precisó que su módem tendría habilitada la opción para poder tener el servicio de telefonía fija, lo cual también sería brindado por su empresa. Al respecto, este Colegiado considera que el análisis que realiza la denunciante de la imagen del módem negro dista de un examen superficial e integral que se realiza conforme a los criterios de interpretación mencionados previamente, en tanto, para apreciar el signo de servicio de telefonía fija, se requiere observar con detalle, precisión y con acercamiento, el signo pequeño ubicado en el módem negro que aparece en pocos segundos en el anuncio, lo cual evidencia que no es de fácil percepción por parte de los receptores de la publicidad. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por Telefónica en este extremo.

Adicionalmente lo analizado, de la revisión de los actuados en el expediente, este Colegiado aprecia que Telefónica presentó el Informe Lúmini, mediante el cual se habría concluido que el mensaje central de las distintas piezas publicitarias, “ya nos metieron la ra...”, se asociaría a Telefónica, en su condición de líder del mercado. En particular, respecto de las observaciones realizadas por Win, la denunciante manifestó que la pregunta que se habría realizado fue de manera general y espontánea, sin pedir que se mencione un operador de telecomunicaciones. Asimismo, precisó que se habría colocado en rojo y resaltado que existía la posibilidad de colocar “ninguna”, si es que así lo consideraba el encuestado, por lo cual no habría direccionamiento ni parcialización. En adición a ello, expresó que las empresas que se mostraron serían las que tendrían mayor participación de mercado y las más conocidas por los consumidores. Además, manifestó que, entendiendo las proporciones que representan cada ciudad del estudio, el mayor volumen de muestra se habría cargado en Lima. En este punto, manifestó que sería importante el concepto de representatividad a nivel total, ya que los datos se leerían por total y no por cada ciudad. Sobre ello, precisó que sería porque el tamaño de la muestra de 400 casos sería robusto para una lectura general, pero no para mostrar data por ciudad. Por todo lo anterior, aseveró que la muestras sí serían representativas y, además, habría sido ponderada con factores que partirían de la distribución real del universo en cuestión, para corregir desviaciones en la muestra.

Sobre el particular, conforme ha sido abordado mediante Resolución N° 023-2017/SDC-INDECOPI, la muestra utilizada en este tipo de estudios debe lograr una representación adecuada de la población en la que se reproduzca de la mejor manera los rasgos esenciales para la investigación. Por ello, para que una muestra sea representativa y, por lo tanto, útil, debe reflejar las similitudes y diferencias encontradas en la población objetiva, es decir, ejemplificar las características de esta.

Al respecto, de la revisión del Informe presentado por la denunciante, esta Comisión considera que no se encuentra especificado el detalle del diseño muestral empleado para la investigación³², lo cual

³² Sobre el particular, Pedro Morales señala lo siguiente: “Las muestras aleatorias aseguran o garantizan mejor el poder extrapolar los resultados. En una muestra aleatoria tenemos más seguridad de que se encuentran representadas las características importantes de la población en la proporción que les corresponde. (...) Si la muestra no es aleatoria (no probabilística) puede suceder que está sesgada y que por lo tanto no sea representativa de la población general porque predominan más unos determinados sujetos que otros”. MORALES VALLEJO, Pedro. “Tamaño necesario de una muestra: ¿cuántos sujetos necesitamos?”. Universidad Pontificia Comillas. Diciembre, 2012. P. 2 y 3. Disponible en: <http://data.evalua.cdmx.gob.mx/docs/gral/taller2015/S0202EAC.pdf>. Fecha de última visita: 9 de junio de 2022.

imposibilita que se puede conocer con certeza el nivel de representatividad de la muestra y, en consecuencia, que se pueden extrapolar los resultados de esta a la población. Asimismo, se advierte que la técnica utilizada en el referido análisis para determinar el o los mensajes publicitarios difundidos, implicó que se circunscribiera la percepción del público encuestado en alguna de las apreciaciones que tenía la denunciante, sesgando de esta manera los resultados obtenidos. En consecuencia, este Colegiado considera que el medio probatorio aportado por la denunciante contempla ciertas deficiencias técnicas que afecta la extrapolación de los resultados obtenidos para la interpretación del mensaje publicitario del presente caso. Por ende, teniendo en cuenta que el Informe Lúmini arroja resultados que no cuentan con la rigurosidad estadística necesaria para ser tomado como referencia en el análisis del presente caso, corresponde desestimar dicho medio probatorio³³.

Por todo lo expuesto, luego de un análisis superficial e integral de la campaña difundida, la Comisión verifica, contrariamente a lo señalado por la denunciante, que no existe alusión inequívoca alguna que permita identificar de manera indubitable y con fines publicitarios al servicio brindado por Telefónica o, inclusive, a otro operador del mercado, que sea fácilmente identificable por los consumidores. Por lo expuesto, en tanto no ha sido acreditada la alusión inequívoca, no corresponde analizar si las afirmaciones difundidas cumplen con los requisitos de licitud.

Por tales motivos, y considerando los argumentos expuestos en el presente acápite, la Comisión considera que corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia presentada por Telefónica en contra de Win, por la presunta comisión de actos de denigración, supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

- **En el marco del Expediente N° 211-2022/CCD**

Por otro lado, en el marco del Expediente 211-2022/CCD, en atención a la denuncia presentada por América Móvil, la Secretaría Técnica imputó a Win la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que, a través de una campaña publicitaria difundida por medio de redes sociales YouTube³⁴, Facebook³⁵ e Instagram³⁶, habría transmitido información que menoscabaría la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de **América Móvil**, la cual no sería veraz, exacta y pertinente, por lo que no cumpliría con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11, en tanto daría a entender lo siguiente:

- (i) con la afirmación “sigue fallando como siempre”, “falla como el anterior” y “puedes ir, por favor, a reiniciar el modem” que, el servicio de internet de fibra óptica brindado por América Móvil sería defectuoso porque siempre presentaría fallas durante la prestación del servicio.
- (ii) con las afirmaciones “decían que era fibra”, “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win” y “Cómo nos han metido la ra...!”, que América Móvil engañaría o estafaría a los consumidores de su servicio, pues entregaría servicios sin instalar.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

De manera preliminar, al análisis de la conducta cuestionada, es necesario abordar los elementos a analizarse ante un escenario de publicidad alusiva, conforme a los pronunciamientos previos emitidos por la Comisión, la Sala y la doctrina.

³³ Sin perjuicio de ello, es pertinente indicar que la interpretación que los consumidores pueden realizar a un anuncio publicitario no necesariamente pueda ser sustentada en encuestas o *focus groups*, considerando las particularidades de cada caso en concreto y en atención a si se trata de una campaña publicitaria, conforme lo resuelto mediante Resolución N° 064-2019/CCD-INDECOPI.

³⁴ Videos publicados en los siguientes enlaces: https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28&ab_channel=WINInternet y https://www.youtube.com/watch?v=O8U5Vkg8cVA&ab_channel=WINInternet

³⁵ Videos publicados en los siguientes enlaces: <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/693942085499744> y <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/788962425762426>

³⁶ Videos publicados en los siguientes enlaces: <https://www.instagram.com/p/CjPBoKKDk65/?hl=es> y <https://www.instagram.com/p/CjgELDUDwTZ/?hl=es>

Al respecto, es pertinente señalar que la denigración consiste en una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios³⁷. Así, serán consideradas desleales y sancionables aquellas afirmaciones o declaraciones en donde las empresas o sus representantes empleen frases e imágenes que generen descrédito, sea en tono despectivo o no, a los productos o servicios de otro u otros agentes económicos en el mercado.

De acuerdo con la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para efectos de verificar la existencia de un acto de denigración o comparación se requerirá una **alusión inequívoca, directa o indirecta**, sobre la oferta de otro agente económico. Cabe precisar que se requiere la mención o alusión a competidores o su oferta, pues **no podría configurarse un menoscabo a la imagen o reputación de un presunto competidor o competidores si estos no resultan identificables**, ya sea **directamente o por implicación**. En este punto, es pertinente destacar es que la **alusión inequívoca** puede involucrar no solo a un agente, sino a varios empresarios que concurren en el mercado.

En esa línea, corresponde mencionar que “(...) *la alusión explícita o implícita al producto o servicio del competidor. En el primer supuesto, el anunciante citará la marca, el nombre comercial, denominación social u otro elemento que identifique expresamente a la empresa, productos o servicios competidores. En el segundo supuesto, la alusión implícita a competidores plantea más problemas. No basta una alusión genérica a los competidores (...); en tal caso, posiblemente, estaríamos ante un supuesto de publicidad de tono excluyente. Es necesaria una referencia inequívoca a uno o varios competidores. Dicho con otras palabras, el público deberá identificar – sin ningún género de dudas – al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio (...).*” (Resaltado añadido)³⁸

Así, conforme ha sido expuesto por la Sala en diversos pronunciamientos³⁹, la falta de indicación del nombre de la empresa competidora o de los servicios que comercializa no constituye un impedimento para considerar que se trata de un supuesto de publicidad alusiva, denigratoria, comparativa o por adhesión. En efecto, basta con que, **a partir de los elementos evaluados**, se pueda entender inequívocamente que se alude a la empresa que compite con el anunciante en un determinado mercado⁴⁰. **Con relación a los elementos que podrían determinar la alusión inequívoca**, la doctrina considera que **existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad**⁴¹.

Al respecto, un parámetro del que se vale un consumidor para definir el contenido de una publicidad es la **estructura del mercado** en el que esta se difunde. En particular, la doctrina sostiene que “(...) *debe tenerse presente que este (el público) conoce la estructura del mercado y, por tanto, conoce también quiénes son los competidores del anunciante. En estas circunstancias, cualquier referencia, por genérica que resulte, a los competidores, puede provocar que el público identifique a uno o varios de ellos como afectados por la publicidad del anunciante*”⁴². (Subrayado añadido)

Ahora bien, resulta necesario mencionar que mediante la Resolución N° 2758- 2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010, se analizó la publicidad difundida por la empresa denunciada y, pese a que no existía en la pieza publicitaria cuestionada una mención expresa a la empresa denunciante, **se tuvo en consideración el contexto en que se difundía la publicidad, sus destinatarios y la estructura del mercado** para inferir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa. En ese sentido, en dicho pronunciamiento, la Sala consideró que no resultaba suficiente la cuota de mercado, era necesario la presencia de **elementos adicionales** como: (i) **el contexto** en el que se difundió la publicidad cuestionada (era de público conocimiento que el grupo “Líbido” era parte de la imagen comercial de la empresa denunciante); y, (ii) **la proximidad temporal** entre las campañas de la empresa denunciante y la empresa imputada (en las que estuvo presente el referido grupo musical).

En este punto corresponde recordar que **cuando se hace una mención a un competidor por implicación, este debe ser fácilmente perceptible por los consumidores**; es decir, el público receptor

³⁷ DE LA CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Eunsa. 2002, pág. 179.

³⁸ LEMA DEVESA, Carlos. “La Publicidad comparativa en la Unión Europea”. RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.

³⁹ Ver Resoluciones 0244-2013/SDC-INDECOPI, 0858-2013/SDC-INDECOPI, 0835-2014/SDC-INDECOPI, 0409-2017/SDC-INDECOPI y 103-2019/SDC-INDECOPI.

⁴⁰ Ver Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI.

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

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

de la publicidad debe identificar con claridad al competidor o los productos o servicios competidores aludidos, conforme ha sido abordado por la Sala mediante Resolución N° 0065-2022/SDC-INDECOPI. En ese sentido, se concluye que la alusión inequívoca en publicidad alusiva también implica que se realizase su evaluación atendiendo a la fácil interpretación que pueda efectuar un consumidor de los anuncios.

Considerando todo lo expuesto, corresponde a este Colegiado verificar, en primer lugar, si la publicidad cuestionada alude inequívocamente a la oferta de la denunciante, considerando estructura del mercado y elementos adicionales (de ser el caso); y, en segundo lugar, evaluar si las afirmaciones difundidas en los anuncios de Win cumplen con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En particular, América Móvil ha manifestado que existiría una evidente alusión inequívoca a su oferta comercial, en la medida que, el criterio de estructura de mercado de telecomunicaciones sería un elemento que incrementaría la posibilidad de aludir a agentes competidores. En efecto, indicó que sería posible advertir en la información pública difundida por el Osiptel, que existirían tres (3) agentes con participación significativa en nuestro país oferentes del servicio de internet fijo a través de fibra óptica, los cuales serían: América Móvil, Win y Telefónica de los cuales sobresaldrían solo dos (2) participantes “América Móvil y Telefónica”. Al respecto, manifestó que la estructura del mercado a nivel nacional continuaría siendo la misma, según los reportes de la autoridad de noviembre de 2022, febrero de 2023, e inclusive, mayo del presente año. En este punto, manifestó que la campaña publicitaria difundida por Win, a nivel nacional, debería de evaluarse bajo el ámbito del mercado que refleje la misma dimensión, esto es, el mercado a nivel nacional. De tal manera, señaló que los argumentos de Win enfocados en resaltar su participación a nivel de Lima Metropolitana no serían pertinentes para dilucidar los hechos cuestionados que versarían sobre una publicidad difundida a nivel nacional.

Adicionalmente, América Móvil indicó que los consumidores informados conocerían a los principales proveedores del servicio de internet fijo y sus ofertas. Así, detalló que conocerían la oferta de América Móvil en el servicio de internet fijo, entre otras empresas, y que reconocería su oferta comercial, con la mayor participación en algunos mercados regionales, que fueron parte del ámbito de difusión de la publicidad de Win, según lo informado por el Osiptel.

Aunado a ello, la denunciante agregó que incluso se podría advertir en los comentarios realizados en las redes sociales Facebook⁴³ e Instagram⁴⁴, así como en Youtube⁴⁵ que, la interpretación realizada por ellos no sería equivocada, pues sería más que evidente para todos los consumidores que el anuncio pretendería hacer referencia de manera peyorativa a los dos (2) principales competidores de Win, lo cual permitiría acreditar en cómo se manifestarían los seguidores de Win en las redes, compartiendo el mismo lenguaje peyorativo que Win incitaría en contra de dichas empresas competidoras. Al respecto, manifestó que ello transmitiría una impresión genuina e inmediata respecto del contenido de una publicidad. Así, indicó que ello habría ocurrido en el presente caso, en el que los consumidores habrían identificado el contenido alusivo de la publicidad denunciada.

Además, América Móvil indicó que habría difundido una intensa campaña publicitaria, desde el 16 de marzo de 2022, titulada “Velocidad + Estabilidad” para promocionar el servicio de internet de fibra óptica con lanzamientos de anuncios durante los meses de marzo, junio, agosto y septiembre de 2022. En particular, mencionó que había difundiendo y promocionando su servicio de fibra óptica a nivel nacional con más de seis (6) meses de antelación, lo que permitiría determinar la existencia de una intensa campaña publicitaria de su empresa, es por ello que, a fin de hacer notar la magnitud y alcance del mensaje publicitario que habría transmitido a los consumidores, indicó que los videos de los anuncios publicitarios antes mencionados habrían tenido reproducciones aproximadas a 5 695 000 veces.

Como circunstancia adicional, la denunciante destacó que sería relevante considerar la coincidencia de la temática empleada por Win, la cual habría sido inicialmente utilizada por América Móvil, siendo que esta habría comprendido la recreación del uso de videojuegos para demostrar su velocidad en el servicio

⁴³ Imágenes de la publicación realizada el día 2 y 9 de octubre de 2022, recogidas en el folio 11, 12 y 13 del escrito de denuncia.

⁴⁴ Imágenes del anuncio publicitario difundido el día 9 de octubre de 2022, el cual se encuentra recogido en la página 13 y 14 del escrito de denuncia.

⁴⁵ Imagen del anuncio publicitario recogido en la página 14 del escrito de denuncia.

de internet brindado a través de fibra óptica. En ese sentido, manifestó que se confirmaría la existencia de una clara y evidente alusión inequívoca (peyorativa y sin fundamento) en contra de su empresa.

En esa línea, América Móvil resaltó que los destinatarios de la publicidad recibirían e interpretarían la publicidad conforme a sus conocimientos previos dentro del contexto anunciado. Así pues, detalló que resultaría alejado de toda razonabilidad asumir que los consumidores interpretarían la publicidad de manera aislada. A mayor abundamiento, detalló que en el video difundido el 2 de octubre de 2022 en redes sociales (el cual habría sido removido) serviría a modo de ejemplo cómo uno de tantos usuarios habría identificado a la alusión inequívoca de Win hacia sus competidores, en particular a América Móvil, al nombrarnos como “cristalinos”, frente a lo cual la imputada asintió con un emoticón de “me divierte”.

Por otro lado, la denunciante manifestó que los elementos incluidos en la publicidad denunciada no podrían ser analizados de forma aislada y separada, tal como Win pretendería hacer creer a la Comisión. En este punto, detalló que, en sus descargos, Win abordaría los argumentos sobre los elementos alusivos de su publicidad de manera aislada y separada. En particular, manifestó que, a partir de una interpretación superficial e integral de los anuncios es que se podría determinar la existencia de un contenido alusivo a la oferta competidora, más no “cortando” la publicidad de forma arbitraria a fin de “acomodar” su contenido a la argumentación de defensa.

Luego de un análisis integral y superficial de los anuncios cuestionados, este Colegiado no advierte alusión directa alguna a la oferta de América Móvil, en efecto, en los anuncios que conforman la campaña de Win no se ha hecho mención ni a la denominación social de la imputada ni a sus signos distintivos en general. En ese sentido, corresponde analizar si por la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica y los elementos adicionales (de ser el caso), los consumidores pueden apreciar fácilmente una alusión inequívoca a la oferta de América Móvil, ello conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes.

Respecto de la estructura del mercado, es necesario precisar que a setiembre de 2022, América Móvil se encontraba en el 3er lugar en participación de servicio de internet fijo por fibra óptica, en 1er lugar Telefónica y en 2do lugar Win, conforme se aprecia del gráfico “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” publicado por el Osiptel en el 2022:



En este punto, corresponde señalar que si bien en el expediente obra información de la “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” de junio de 2022, dado el inicio de la difusión de la campaña publicitaria, este Colegiado a considerado pertinente emplear únicamente la data correspondiente al gráfico del mes de setiembre de 2022, al reflejar con mayor cercanía la posible apreciación que un consumidor pueda tener de la campaña difundida y la alusión inequívoca a la oferta de la denunciante. Asimismo, contrariamente a lo sostenido por la imputada, debido a que la difusión de la campaña es a nivel nacional y el servicio de internet por fibra óptica se puede brindar a nivel nacional, no es sostenible utilizar la información correspondiente a la “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica en Lima y Callao”.

Ahora bien, de la revisión del referido gráfico, y de lo actuado en el expediente, se aprecia que, para setiembre de 2022, en el **mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional** concurrían con **evidente participación** alrededor de seis (6) empresas que brindaban el servicio de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, conforme se aprecia a continuación:

Empresa de telecomunicaciones	Participación (%)
Telefónica	40.9
Win y Optical Technologies	24.8
América Móvil (Claro)	14.2
Wow	8.2
Fiberlux y Fiberlux Tech y Fiberline	3.1
Otras (resto)	8.8

Adicionalmente, es necesario considerar que si bien son seis (6) empresas con evidente participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, en dicho mercado concurren cuarenta y nueve (49) empresas, a setiembre 2022, conforme se advierte de la información publicada en el portal PUNKU de Osiptel, de acceso a través de la página web: <https://punku.osiptel.gob.pe/>. A mayor abundamiento, se presenta un extracto de dicha data con catorce (14) de las empresas que brindan el servicio de internet fijo por fibra óptica:

Mes	Empresa	Región	Conexiones
Set-22	WI-NET TELECOM S.A.C.	Lima y Callao	226,762
Set-22	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	Lima y Callao	215,992
Set-22	WOW TEL S.A.C.	Otros departamentos	73,179
Set-22	AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	Lima y Callao	40,166
Set-22	P Y D TELECOM S.R.L	Lima y Callao	21,924
Set-22	FIBERLINE PERU S.A.C.	Lima y Callao	21,162
Set-22	CALA SERVICIOS INTEGRALES E.I.R.L	Otros departamentos	14,363
Set-22	RED INTERCABLE PERU S.A.C.	Otros departamentos	7,221
Set-22	OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C	Lima y Callao	6,008
Set-22	CABLE VIDEO PERÚ S.A.C.	Lima y Callao	5,564
Set-22	BSCP SERVICIOS S.A.C.	Otros departamentos	3,456
Set-22	GPON NETWORKS S.A.C.	Lima y Callao	3,199
Set-22	J.R. TELECOM S.R.LTDA	Lima y Callao	3,014
Set-22	VIETTEL PERU S.A.C.	Otros departamentos	2,752

En ese sentido, este Colegiado considera que, dada las características de la composición del mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, no es suficiente en el presente caso considerar solo la estructura del mercado para determinar que Win a través de su campaña publicitaria ha hecho alusión de manera inequívoca a la denunciante o a su oferta.

En particular, conforme ha sido abordado en párrafos precedentes Telefónica ostenta una posición predominante de participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica, siendo que luego de dicha empresa se encuentra Win; y, finalmente, América Móvil. En ese sentido, dadas las características mencionadas previamente: porcentaje de participación y número de empresas que brindan el servicio a nivel nacional, este Colegiado considera que no resulta fácilmente advertible por los consumidores que la publicidad de Win resulte alusiva inequívocamente a un operador u operadores o a su oferta en concreto.

En este punto, América Móvil manifestó que los elementos incluidos en la publicidad denunciada no podrían ser analizados de forma aislada y separada, siendo que Win abordaría los argumentos sobre los elementos alusivos de su publicidad de dicha manera. En particular, manifestó que, a partir de una

interpretación superficial e integral de los anuncios es que se podría determinar la existencia de un contenido alusivo a la oferta competidora, más no “cortando” la publicidad de forma arbitraria a fin de “acomodar” su contenido a la argumentación de defensa. Al respecto, conforme a los criterios mencionados en los párrafos precedentes, la Comisión debe evaluar si mediante la publicidad difundida se desprende una alusión inequívoca a la denunciante o a su oferta, para ello, abordará cada uno de los elementos adicionales que América Móvil ha mencionado que evidenciaría la alusión inequívoca, en tanto la sola estructura del mercado no es un elemento suficiente, conforme ha sido abordado previamente.

En consecuencia, corresponde evaluar los elementos adicionales que podrían evidenciar la alusión inequívoca, conforme a los criterios resolutivos mencionados previamente.

Respecto de los elementos adicionales, este Colegiado observa que la denunciante ha hecho referencia a lo siguiente: (i) los comentarios realizados en las redes sociales; (ii) su campaña publicitaria titulada “Velocidad + Estabilidad” difundida desde el 16 de marzo de 2022; (iii) la recreación del uso de videojuegos; y, (iv) los destinatarios de la publicidad recibirían e interpretarían la publicidad conforme a sus conocimientos previos dentro del contexto anunciado (comentario haciendo mención a “cristalinos”).

Sobre el particular, con relación a los comentarios realizados en redes sociales y a que los destinatarios de la publicidad recibirían e interpretarían la publicidad conforme a sus conocimientos previos dentro del contexto anunciado (comentario haciendo mención a “cristalinos”), este Colegiado considera que los comentarios realizados no pueden ser considerados como elementos probatorios idóneos para acreditar la alusión inequívoca, en la medida que únicamente refleja la apreciación personal de algunos usuarios en redes sociales, lo cual no es representativo de determinada población. Ahora bien, respecto de que los consumidores abstienen el mensaje publicitario conforme a sus conocimientos previos, este Colegiado coincide con la denunciante en que dependiendo la experiencia del consumidor en determinando mercado, su interpretación de determinado anuncio puede diferir de otro, así como, dependerá del medio en el que se difunde la pieza publicitaria.

Al respecto, es importante destacar que conforme lo ha señalado la Sala mediante Resolución N° 1829-2011/SC1-INDECOPI, para la interpretación del mensaje publicitario resulta necesario delimitar quién es el destinatario de la comunicación publicitaria, **considerando el tipo de servicio comercializado, así como el canal a través del cual se promociona:**

14. *Ahora bien, como el concepto de consumidor en el ámbito publicitario depende básicamente de delimitar quién es el destinatario de la comunicación publicitaria, el consumidor variará dependiendo del público objetivo al cual va dirigida la pieza publicitaria.*
15. (...)
16. *Así, por ejemplo, cuando el tipo de producto sea uno de consumo masivo (galletas o gaseosas) y los anuncios se canalicen a través de medios de acceso también masivo (televisión nacional, empaques, prensa escrita, etc.), queda claro que el público destinatario no es un segmento específico y estará conformado por cualquier persona, que interpreta el anuncio desde su percepción de “consumidor razonable”.*

(Subrayado añadido)

En el presente caso, se trata de una campaña publicitaria difundida a través de diversos medios de comunicación sobre el servicio de internet por fibra óptica que es adquirido por diversos consumidores sin que conlleve una “experiencia previa”, por lo que no es identificable un segmento en particular de consumidores con “conocimientos previos” de dicho mercado, conforme lo sostiene la denunciante. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por América Móvil en este extremo.

Por otro lado, con relación a la campaña publicitaria titulada “Velocidad + Estabilidad” difundida desde el 16 de marzo de 2022; (iii) recreación del uso de videojuegos, afirmación e imágenes que se muestran en los anuncios difundidos por Win, este Colegiado considera que la campaña difundida por América Móvil no guarda relación alguna con la campaña publicitaria de Win, en tanto, ambas campañas mantienen una línea gráfica diferente, siendo que si bien utilizan la palabra “velocidad” para destacar el atributo de su servicio de internet fijo por fibra óptica, dicho uso en común resulta razonable debido a las

características propias del servicio de internet que resultan beneficiosas para cualquier consumidor de dicho servicio. Asimismo tampoco es posible identificar de manera indubitable a la oferta de la denunciante con el uso de videojuegos, así haya sido empleado de manera previa a la difusión de la campaña de Win. En efecto, se advierte que el uso de videojuegos es uniforme en la publicidad del mercado de telecomunicaciones, durante el último año, conforme a los actuados en el expediente. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por América Móvil en este extremo.

Por todo lo expuesto, luego de un análisis superficial e integral de la campaña difundida, la Comisión verifica, contrariamente a lo señalado por la denunciante, que no existe alusión inequívoca alguna que permita identificar de manera indubitable y con fines publicitarios al servicio brindado por América Móvil o, inclusive, a otro operador del mercado, que sea fácilmente identificable por los consumidores. Por lo expuesto, en tanto no ha sido acreditada la alusión inequívoca, no corresponde analizar si las afirmaciones difundidas cumplen con los requisitos de licitud.

Por tales motivos, y considerando los argumentos expuestos en el presente acápite, la Comisión considera que corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia presentada por América Móvil en contra de Win, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.4. La presunta comisión de actos de comparación indebida

4.4.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

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

- 12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.
- 12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal.

Adicionalmente, para el presente caso es necesario complementar el citado artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal con lo establecido por el artículo 11.2 del referido cuerpo legal:

Artículo 11º.- Actos de denigración.-

“(…)”

- 11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:
- Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
 - Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
 - Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
 - Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

Por lo tanto, a fin de determinar si en el presente caso se han producido actos de comparación indebida, es necesario determinar, en principio, si las afirmaciones difundidas por la imputada constituyen una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre el servicio de la denunciante con la finalidad de comparar ventajas y desventajas frente al servicio de la imputada. De ser así, se debe determinar si las afirmaciones cuestionadas se encuentran amparadas por la denominada *exceptio veritatis*, es decir, que no serán sancionadas si es que éstas son exactas, verdaderas y pertinentes, conforme al numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.4.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, en el marco del Expediente 169-2022/CCD, en atención a la denuncia presentada por Telefónica, la Secretaría Técnica imputó a Win, la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida, supuesto establecido en el artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que Win difundiría una campaña publicitaria en la que presentaría las ventajas de su oferta de internet por fibra óptica en comparación con la oferta de Telefónica, la cual contendría afirmaciones subjetivas, imprecisas e impertinentes, por lo cual no cumpliría con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en particular, mediante las afirmaciones “sigue fallando como siempre”, “harto del internet tan lento”, “cámbiate a Win”, daría a entender que el servicio de internet por fibra óptica de Telefónica siempre presentaría fallas, ello frente al servicio de internet por fibra óptica de Win que nunca fallaría.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

De manera preliminar, al análisis de la conducta cuestionada, es necesario abordar los elementos a analizarse ante un escenario de publicidad alusiva, conforme a los pronunciamientos previos emitidos por la Comisión, la Sala y la doctrina.

De acuerdo con la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para efectos de verificar la existencia de un acto de denigración o comparación se requerirá una **alusión inequívoca, directa o indirecta**, sobre la oferta de otro agente económico. Cabe precisar que se requiere la mención o alusión a competidores o su oferta, pues **no podría configurarse un menoscabo a la imagen o reputación de un presunto competidor o competidores si estos no resultan identificables**, ya sea **directamente o por implicación**. En este punto, es pertinente destacar es que la **alusión inequívoca** puede involucrar no solo a un agente, sino a varios empresarios que concurren en el mercado.

En esa línea, corresponde mencionar que *“(...) la alusión explícita o implícita al producto o servicio del competidor. En el primer supuesto, el anunciante citará la marca, el nombre comercial, denominación social u otro elemento que identifique expresamente a la empresa, productos o servicios competidores. En el segundo supuesto, la alusión implícita a competidores plantea más problemas. **No basta una alusión genérica a los competidores (...)**; en tal caso, posiblemente, estaríamos ante un supuesto de publicidad de tono excluyente. **Es necesaria una referencia inequívoca a uno o varios competidores. Dicho con otras palabras, el público deberá identificar – sin ningún género de dudas – al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio (...)**”.* (Resaltado añadido)⁴⁶

Así, conforme ha sido expuesto por la Sala en diversos pronunciamientos⁴⁷, la falta de indicación del nombre de la empresa competidora o de los servicios que comercializa no constituye un impedimento para considerar que se trata de un supuesto de publicidad alusiva, denigratoria, comparativa o por adhesión. En efecto, basta con que, **a partir de los elementos evaluados**, se pueda entender inequívocamente que se alude a la empresa que compite con el anunciante en un determinado mercado⁴⁸. **Con relación a los elementos que podrían determinar la alusión inequívoca**, la doctrina

⁴⁶ LEMA DEVESA, Carlos. “La Publicidad comparativa en la Unión Europea”. RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.

⁴⁷ Ver Resoluciones 0244-2013/SDC-INDECOPI, 0858-2013/SDC-INDECOPI, 0835-2014/SDC-INDECOPI, 0409-2017/SDC-INDECOPI y 103-2019/SDC-INDECOPI.

⁴⁸ Ver Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI.

considera que **existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad**⁴⁹.

Al respecto, un parámetro del que se vale un consumidor para definir el contenido de una publicidad es la **estructura del mercado** en el que esta se difunde. En particular, la doctrina sostiene que “(...) *debe tenerse presente que este (el público) conoce la estructura del mercado y, por tanto, conoce también quiénes son los competidores del anunciante. En estas circunstancias, cualquier referencia, por genérica que resulte, a los competidores, puede provocar que el público identifique a uno o varios de ellos como afectados por la publicidad del anunciante*”⁵⁰. (Subrayado añadido)

Ahora bien, resulta necesario mencionar que mediante la Resolución N° 2758- 2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010, se analizó la publicidad difundida por la empresa denunciada y, pese a que no existía en la pieza publicitaria cuestionada una mención expresa a la empresa denunciante, **se tuvo en consideración el contexto en que se difundía la publicidad, sus destinatarios y la estructura del mercado** para inferir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa. En ese sentido, en dicho pronunciamiento, la Sala consideró que no resultaba suficiente la cuota de mercado, era necesario la presencia de **elementos adicionales** como: (i) **el contexto** en el que se difundió la publicidad cuestionada (era de público conocimiento que el grupo “Líbido” era parte de la imagen comercial de la empresa denunciante); y, (ii) **la proximidad temporal** entre las campañas de la empresa denunciante y la empresa imputada (en las que estuvo presente el referido grupo musical).

En este punto corresponde recordar que **cuando se hace una mención a un competidor por implicación, este debe ser fácilmente perceptible por los consumidores**; es decir, el público receptor de la publicidad debe identificar con claridad al competidor o los productos o servicios competidores aludidos, conforme ha sido abordado por la Sala mediante Resolución N° 0065-2022/SDC-INDECOPI. En ese sentido, se concluye que la alusión inequívoca en publicidad alusiva también implica que se realizase su evaluación atendiendo a la fácil interpretación que pueda efectuar un consumidor de los anuncios.

Considerando todo lo expuesto, corresponde a este Colegiado verificar, en primer lugar, si la publicidad cuestionada alude inequívocamente a la oferta de la denunciante, considerando estructura del mercado y elementos adicionales (de ser el caso); y, en segundo lugar, evaluar si las afirmaciones difundidas en los anuncios de Win cumplen con los requisitos de licitud establecidos el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Al respecto, la denunciante expresó que, frente a los supuestos problemas y engaños escenificados, Win presentaría su oferta de un modo tal que permitiría dar a entender a los consumidores que estos problemas no se verificarían si hubieran contratado el servicio de internet por fibra óptica ofertado por Win. Así, expresó que Win invitaría a los consumidores a que se cambien de servicio, ya que esta empresa habría nacido para hacer las cosas de forma diferente.

Sobre el particular, Telefónica ha sostenido que, por la estructura del mercado, la alusión inequívoca indirecta sería a su empresa, en tanto tendría la mayor participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica para junio y setiembre de 2022. En esa línea, mencionó lo resuelto por la Sala mediante Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, siendo que sostuvo que, en dicho caso, Telefónica habría contado con la mayor participación en este mercado, 42.4%, seguido de Win con una participación de 24.3% y por América Móvil con un 14%. Así, aseveró que, por la composición del mercado, la campaña de Win tendría un claro propósito alusivo a Telefónica. Asimismo, expresó que a junio de 2022, poseería la mayor cantidad de usuarios, siendo que Win se encontraría en segundo lugar, por ende, ello permitiría acreditar que la campaña publicitaria habría estado orientada a conseguir más consumidores y tratar de que cambien sus preferencias sobre el servicio de internet.

En este punto, la denunciante aseveró que Win buscaría desviar la discusión sobre la participación de Telefónica en el mercado y su importancia para resolver el presente caso. De esta forma, manifestó que daría a entender que se necesitaría determinar un mercado relevante para poder concluir que Telefónica

⁴⁹ TATO PLAZA, Anxo. “La publicidad comparativa”. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 20-39

⁵⁰ TATO PLAZA, Anxo. “La publicidad Comparativa”. Madrid: Marcial Pons, 1993, pp. 20-30.

ocuparía el primer lugar (como si se tratara de un procedimiento de libre competencia), o utilizaría información parcializada para señalar que Telefónica habría presentado cifras de participación en el mercado erróneas. En particular, expresó que Win sostendría que su incremento “constante” en el mercado de internet fijo mediante fibra óptica sería resultado de haber “obtenido la preferencia de los consumidores” y que, por tanto, no habría incurrido en la práctica desleal que se le imputa. Al respecto, señaló que la importancia de que Telefónica tenga la mayor cuota en el mercado de internet residiría en que es un parámetro importante que permitiría identificar cuál sería la empresa aludida en la publicidad.

En esa línea, Telefónica cuestionó que Win haya señalado que Telefónica ya habría perdido su participación mayoritaria en el mercado de internet fijo por fibra óptica para setiembre de 2022, siendo que no habría precisado que dicha data se referiría únicamente a Lima y Callao. En este punto, resaltó que Win contaría con una concesión única para prestación de servicios públicos a nivel nacional, siendo que tendría dos (2) servicios registrados en su concesión: Portador Local y Distribución de radiodifusión por cable (desde el 2009); por ello, se podría apreciar que la participación de Win sería a nivel nacional.

En esa línea, la denunciante mencionó que si bien Win habría señalado que el criterio de la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI no sería replicable para resolver el presente procedimiento, ya que Telefónica no tendría el mismo porcentaje de participación en el mercado que se analizó en dicho caso (alrededor del 65%), a criterio de la denunciante, Win ignoraría nuevamente que la discusión no recaería en el número del porcentaje de participación, sino que este se debería centrar en la posición que ostenta el operador en el mercado y la percepción que ello genera en los consumidores, conforme lo habría señalado la Sala en la Resolución en mención: *“Como se puede advertir, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria, Telefónica (grupo Telefónica) gozaba de una posición predominante en el mercado. Es cierto que no se trataba del único competidor de Directv, pero la composición del mercado permite advertir que el propósito expansivo a nivel nacional reconocido por la propia Directv constituye un elemento que conduce a considerar que existía un propósito alusivo a la oferta de Telefónica e incluso a América Móvil”*.

Aunado a ello, la denunciante agregó que el propio creador de la publicidad, el señor Leone, habría reconocido presuntamente el trasfondo de la campaña publicitaria difundida, en la medida que, mediante una publicación realizada, habría descrito que hace años quería hacer piezas publicitarias como esta, las cuales reflejarían la impotencia de los consumidores ante tantos discursos de las marcas que cada vez difieren más del trato que darían.

De otra parte, Telefónica indicó que el mensaje que habría buscado trasladar Win con la campaña publicitaria, habría sido confirmado en el video publicado en la red personal de Instagram del actor que representó a la “Hijo” en las piezas publicitarias cuestionadas. En esa línea, resaltó que en dicho video, se explicaría claramente cuál habría sido la finalidad de la campaña y por qué resultaba necesario que la figura de la “rata” aparezca, pues ello sería utilizado para representar o vincular la frase “nos estafaron”.

Del mismo modo, la denunciante refirió que, la Comisión debería tomar en cuenta cuando analice las piezas publicitarias difundidas por Win que se retiraría el módem con un guante siendo reemplazado por el módem de Win (siendo que, en este caso, ya no usaría guantes). En este punto, indicó que el módem que se utilizarían en el video aparecería un signo representativo que haría alusión a Telefónica, referido al servicio de telefonía. Sobre ello, precisó que en el módem de Telefónica se encontraría habilitada la opción para poder tener el servicio de telefonía fija, ello en tanto sería un servicio brindado por su empresa.

Adicionalmente a ello, Telefónica destacó que la caja del módem utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem, sería similar a la caja usada por su empresa para poder entregar el módem al consumidor y brindarle el servicio, por lo cual, a su consideración, generaría en el consumidor la vinculación con Telefónica. En este punto, manifestó que las propias pruebas aportadas por Win, habrían permitido demostrar que en el mercado de fibra óptica ningún otro agente utilizaría una caja como la mostrada por Win en su publicidad; por el contrario, las otras empresas emplearían distintos colores y logotipos. Asimismo, destacó que Win habría reconocido que la caja sería un elemento diferenciador dentro del mercado de internet, por ello, aseguró que no sería necesario que la caja tenga la marca o el logo de Telefónica para determinar que existiría alusión, bastaría con apreciar la forma y el color empleado por Win para concluir que se haría alusión a Telefónica.

Luego de un análisis integral y superficial de los anuncios cuestionados, este Colegiado no advierte alusión directa alguna a la oferta de Telefónica, en efecto, en los anuncios que conforman la campaña de Win no se ha hecho mención ni a la denominación social de la imputada ni a sus signos distintivos en general. En ese sentido, corresponde analizar si por la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica y los elementos adicionales (de ser el caso), los consumidores pueden apreciar fácilmente una alusión inequívoca a la oferta de Telefónica, ello conforme a lo expuesto en los párrafos precedentes.

Respecto de la estructura del mercado, es necesario precisar que a setiembre de 2022, Telefónica contaba con la mayor participación de servicio de internet fijo por fibra óptica, conforme se aprecia del gráfico “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” publicado por el Osiptel en el 2022:



En este punto, corresponde señalar que si bien en el expediente obra información de la “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” de junio de 2022, dado el inicio de la difusión de la campaña publicitaria, este Colegiado a considerado pertinente emplear únicamente la data correspondiente al gráfico del mes de setiembre de 2022, al reflejar con mayor cercanía la posible apreciación que un consumidor pueda tener de la campaña difundida y la alusión inequívoca a la oferta de la denunciante. Asimismo, contrariamente a lo sostenido por la imputada, debido a que la difusión de la campaña es a nivel nacional y el servicio de internet por fibra óptica se puede brindar a nivel nacional, no es sostenible utilizar la información correspondiente a la “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica en Lima y Callao”.

Ahora bien, de la revisión del referido gráfico, y de lo actuado en el expediente, se aprecia que, para setiembre de 2022, en el mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional concurrían con evidente participación alrededor de seis (6) empresas que brindaban el servicio de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, conforme se aprecia a continuación:

Empresa de telecomunicaciones	Participación (%)
Telefónica	40.9
Win y Optical Technologies	24.8
América Móvil (Claro)	14.2
Wow	8.2
Fiberlux y Fiberlux Tech y Fiberline	3.1
Otras (resto)	8.8

Adicionalmente, es necesario considerar que si bien son seis (6) empresas con evidente participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, en dicho mercado concurren cuarenta y nueve (49) empresas, a setiembre 2022, conforme se advierte de la información publicada en el portal PUNKU de Osiptel, de acceso a través de la página web: <https://punku.osiptel.gob.pe/>. A mayor abundamiento, se presenta un extracto de dicha data con catorce (14) de las empresas que brindan el servicio de internet fijo por fibra óptica:

Mes	Empresa	Región	Conexiones
Set-22	WI-NET TELECOM S.A.C.	Lima y Callao	226,762
Set-22	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	Lima y Callao	215,992
Set-22	WOW TEL S.A.C.	Otros departamentos	73,179
Set-22	AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	Lima y Callao	40,166
Set-22	P Y D TELECOM S.R.L	Lima y Callao	21,924
Set-22	FIBERLINE PERU S.A.C.	Lima y Callao	21,162
Set-22	CALA SERVICIOS INTEGRALES E.I.R.L	Otros departamentos	14,363
Set-22	RED INTERCABLE PERU S.A.C.	Otros departamentos	7,221
Set-22	OPTICAL TECHNOLOGIES S.A.C	Lima y Callao	6,008
Set-22	CABLE VIDEO PERÚ S.A.C.	Lima y Callao	5,564
Set-22	BSCP SERVICIOS S.A.C.	Otros departamentos	3,456
Set-22	GPON NETWORKS S.A.C.	Lima y Callao	3,199
Set-22	J.R. TELECOM S.R.LTDA	Lima y Callao	3,014
Set-22	VIETTEL PERU S.A.C.	Otros departamentos	2,752

En ese sentido, este Colegiado considera que, dada las características de la composición del mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional, no es suficiente en el presente caso considerar solo la estructura del mercado para determinar que Win a través de su campaña publicitaria ha hecho alusión de manera inequívoca a la denunciante o a su oferta.

En este punto, la denunciante ha sostenido que la discusión no recaería en el número del porcentaje de participación, sino que este se debería centrar en la posición que ostenta el operador en el mercado y la percepción que ello genera en los consumidores, para lo cual citó la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, caso en el que se determinó que había alusión inequívoca a la oferta de la denunciante en dicho caso (también Telefónica) en tanto contaba con la mayor participación en el mercado de televisión por cable a nivel nacional; al respecto, este Colegiado considera que en el referido caso no resulta equiparable al presente, ello debido a que no están presentes las diversas empresas que conformaban el “Grupo Telefónica”; y, el número de porcentaje de participación de Telefónica en el presente caso es de 40.9% (65% en el citado caso). En ese corresponde desestimar lo alegado por la denunciante en este extremo.

En ese sentido, si bien Telefónica ostenta una posición predominante de participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica, dadas las características mencionadas previamente: porcentaje de participación y número de empresas que brindan el servicio a nivel nacional, este Colegiado considera que no resulta fácilmente advertible por los consumidores que la publicidad de Win resulte alusiva inequívocamente a un operador u operadores o a su oferta en concreto.

En ese sentido, corresponde evaluar los otros elementos adicionales que podrían evidenciar la alusión inequívoca, conforme a los criterios resolutivos mencionados previamente.

Respecto de los elementos adicionales, este Colegiado observa que la denunciante ha hecho referencia a lo siguiente: (i) la publicación realizada por el creador de la publicidad; (ii) el video publicado en la red personal de Instagram del actor que representó al “Hijo”; (iii) el módem negro que se retira con un guante siendo reemplazado por el módem de Win; y, (iv) a la caja del módem utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem.

Sobre el particular, con relación a la publicación realizada por el creador de la publicidad y el video publicado por el actor que representa al “Hijo””, realizadas en atención a los anuncio audiovisuales, este

Colegiado considera que no pueden ser considerados como elementos probatorios idóneos para acreditar la alusión inequívoca, en la medida que únicamente refleja la apreciación personal de quienes han participado en la realización o ejecución del anuncio, lo cual no es representativo de determinada población, siendo que tampoco han expresado explícitamente que la realización a dicho anuncio haya sido con la finalidad de evocar a Telefónica o a su oferta. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por Telefónica en este extremo.

Por otro lado, con relación al módem negro que se retira con un guante siendo reemplazado por el módem de Win, así como la caja del módem utilizada para señalar que la empresa habría dejado un módem, los cuales son mostrados en los anuncios audiovisuales, este Colegiado considera que ni el módem negro ni la caja de cartón mostrada tienen similitud alguna con el modelo de módem o de caja de Telefónica. En efecto, se advierte que el módem de la denunciante es de color blanco y la caja que utiliza tiene la marca “Movistar” impresa en la parte externa e información impresa en la parte interna. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por Telefónica en este extremo.

Ahora bien, la denunciante expresó que en el módem negro aparecería un signo representativo que haría alusión a Telefónica, referido al servicio de telefonía. Sobre ello, precisó que su módem tendría habilitada la opción para poder tener el servicio de telefonía fija, lo cual también sería brindado por su empresa. Al respecto, este Colegiado considera que el análisis que realiza la denunciante de la imagen del módem negro dista de un examen superficial e integral que se realiza conforme a los criterios de interpretación mencionados previamente, en tanto, para apreciar el signo de servicio de telefónica fija, se requiere observar con detalle, precisión y con acercamiento, el signo pequeño ubicado en el módem negro que aparece en pocos segundos en el anuncio, lo cual evidencia que no es de fácil percepción por parte de los receptores de la publicidad. En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por Telefónica en este extremo.

Adicionalmente lo analizado, de la revisión de los actuados en el expediente, este Colegiado aprecia que Telefónica presentó el Informe Lúmini, mediante el cual se habría concluido que el mensaje central de las distintas piezas publicitarias, “ya nos metieron la ra...”, se asociaría a Telefónica, en su condición de líder del mercado. En particular, respecto de las observaciones realizadas por Win, la denunciante manifestó que la pregunta que se habría realizado fue de manera general y espontánea, sin pedir que se mencione un operador de telecomunicaciones. Asimismo, precisó que se habría colocado en rojo y resaltado que existía la posibilidad de colocar “ninguna”, si es que así lo consideraba el encuestado, por lo cual no habría direccionamiento ni parcialización. En adición a ello, expresó que las empresas que se mostraron serían las que tendrían mayor participación de mercado y las más conocidas por los consumidores. Además, manifestó que, entendiendo las proporciones que representan cada ciudad del estudio, el mayor volumen de muestra se habría cargado en Lima. En este punto, manifestó que sería importante el concepto de representatividad a nivel total, ya que los datos se leerían por total y no por cada ciudad. Sobre ello, precisó que sería porque el tamaño de la muestra de 400 casos sería robusto para una lectura general, pero no para mostrar data por ciudad. Por todo lo anterior, aseveró que la muestras sí serían representativas y, además, habría sido ponderada con factores que partirían de la distribución real del universo en cuestión, para corregir desviaciones en la muestra.

Sobre el particular, conforme ha sido abordado mediante Resolución N° 023-2017/SDC-INDECOPI, la muestra utilizada en este tipo de estudios debe lograr una representación adecuada de la población en la que se reproduce de la mejor manera los rasgos esenciales para la investigación. Por ello, para que una muestra sea representativa y, por lo tanto, útil, debe reflejar las similitudes y diferencias encontradas en la población objetiva, es decir, ejemplificar las características de esta.

Al respecto, de la revisión del Informe presentado por la denunciante, esta Comisión considera que no se encuentra especificado el detalle del diseño muestral empleado para la investigación⁵¹, lo cual imposibilita que se puede conocer con certeza el nivel de representatividad de la muestra y, en consecuencia, que se pueden extrapolar los resultados de esta a la población. Asimismo, se advierte que

⁵¹ Sobre el particular, Pedro Morales señala lo siguiente: “Las muestras aleatorias aseguran o garantizan mejor el poder extrapolar los resultados. En una muestra aleatoria tenemos más seguridad de que se encuentran representadas las características importantes de la población en la proporción que les corresponde. (...) Si la muestra no es aleatoria (no probabilística) puede suceder que está sesgada y que por lo tanto no sea representativa de la población general porque predominan más unos determinados sujetos que otros”. MORALES VALLEJO, Pedro. “Tamaño necesario de una muestra: ¿cuántos sujetos necesitamos?”. Universidad Pontificia Comillas. Diciembre, 2012. P. 2 y 3. Disponible en: <http://data.evalua.cdmx.gob.mx/docs/gral/taller2015/S0202EAC.pdf>. Fecha de última visita: 9 de junio de 2022.

la técnica utilizada en el referido análisis para determinar el o los mensajes publicitarios difundidos, implicó que se circunscribiera la percepción del público encuestado en alguna de las apreciaciones que tenía la denunciante, sesgando de esta manera los resultados obtenidos. En consecuencia, este Colegiado considera que el medio probatorio aportado por la denunciante contempla ciertas deficiencias técnicas que afecta la extrapolación de los resultados obtenidos para la interpretación del mensaje publicitario del presente caso. Por ende, teniendo en cuenta que el Informe Lúmini arroja resultados que no cuentan con la rigurosidad estadística necesaria para ser tomado como referencia en el análisis del presente caso, corresponde desestimar dicho medio probatorio⁵².

Por todo lo expuesto, luego de un análisis superficial e integral de la campaña difundida, la Comisión verifica, contrariamente a lo señalado por la denunciante, que no existe alusión inequívoca alguna que permita identificar de manera indubitable y con fines publicitarios al servicio brindado por Telefónica o, inclusive, a otro operador del mercado, que sea fácilmente identificable por los consumidores. Por lo expuesto, en tanto no ha sido acreditada la alusión inequívoca, no corresponde analizar si las afirmaciones difundidas cumplen con los requisitos de licitud.

Por tales motivos, y considerando los argumentos expuestos en el presente acápite, la Comisión considera que corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia presentada por Telefónica en contra de Win, por la presunta comisión de actos de comparación indebida, supuesto establecido en el artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

4.5. La presunta comisión de actos de engaño

4.5.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

Artículo 8º.- 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.

(...)

8.3.- 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.

La finalidad del citado artículo es proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado con relación a los proveedores de bienes y servicios, quienes gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado han adquirido y utilizan, de mejor manera, información relevante sobre las características y otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen. Por ello, es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz, a fin de que los consumidores comparen en forma adecuada las alternativas que le ofrecen los diversos proveedores en el mercado y, de esta forma, puedan adoptar decisiones de consumo adecuadas a sus intereses.

En consecuencia, la Comisión debe determinar si la campaña publicitaria materia de imputación ha podido inducir a error a los consumidores. Para ello, habrá de considerarse cómo lo interpretaría un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los

⁵² Sin perjuicio de ello, es pertinente indicar que la interpretación que los consumidores pueden realizar a un anuncio publicitario no necesariamente pueda ser sustentada en encuestas o *focus groups*, considerando las particularidades de cada caso en concreto y en atención a si se trata de una campaña publicitaria, conforme lo resuelto mediante Resolución N° 064-2019/CCD-INDECOPI.

critérios señalados en el numeral 4.1.1. precedente.

4.5.2. Aplicación al presente caso

En el presente procedimiento, en el marco del Expediente N° 211-2022/CCD, en atención a la denuncia presentada por América Móvil, la Secretaría Técnica imputó a Win, la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que difundiría una campaña publicitaria, a través de diversos medios (redes sociales, sitio web y fuerza de ventas) con las siguientes afirmaciones:

- a) “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” y “Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo”; las cuales darían a entender a los consumidores que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú lo cual se corroboraría con los premios anuales recibidos por “Netflix – Speed Index del Perú”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”, no obstante ello sería inexacto y/o erróneo, en la medida que dichos reconocimientos a la velocidad del servicio de internet no habrían abarcado la totalidad de los años, sino que se limitaría a períodos trimestrales de estos.
- b) “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”; la cual daría a entender a los consumidores que el servicio de internet de fibra óptica promocionado abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional, sin embargo, el texto legal que aparece en el scroll de la publicidad, se señalaría que este servicio solo resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo.
- c) “Cansado de reiniciar el módem (...) Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners” y “(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?”; las cuales darían a entender a los consumidores que Win ofrecería un servicio de fibra óptica infalible, libre de interrupciones, en la medida que no tendrían que reiniciar el módem que brindaría la conexión de internet, sin embargo, ello no sería cierto.

Sobre el particular, la Comisión considera pertinente analizar de manera independiente cada una de las imputaciones formuladas por la Secretaría Técnica.

1. Sobre los anuncios con las afirmaciones “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” y “Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo”

En este extremo, América Móvil ha cuestionado que Win vendría incurriendo en actos de engaño, debido a que mediante las afirmaciones “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú” y “Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo”; darían a entender a los consumidores que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú lo cual se corroboraría con los premios anuales recibidos por “Netflix – Speed Index del Perú”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”, no obstante ello sería inexacto y/o erróneo, en la medida que dichos reconocimientos a la velocidad del servicio de internet no habrían abarcado la totalidad de los años, sino que se limitaría a períodos trimestrales de estos.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

En particular, la denunciante indicó que en la parte central del anuncio Win expondría sus premios, no obstante, señaló que al revisar la información que aparece de manera imperceptible en el disclaimer, estos premios serían más acotados de lo que Win anunciaría en la “parte captatoria” de la publicidad omitiéndose información relevante para comprender la información transmitida.

En particular, respecto del premio “Netflix Speed Index del Perú”, América Móvil destacó que se anunciaría su obtención en el año 2022 dando a entender que se trataría de un premio anual; sin embargo, al revisar el disclaimer, este ranking de velocidad únicamente habría comprendido los meses

de junio y julio de 2022. Además, agregó que, a la fecha de difusión de dicho anuncio, el último ranking de velocidad elaborado y publicado por “Netflix” correspondía a agosto de 2022, en el cual las empresas Win, América Móvil y Wow habrían empatado.

Asimismo, la denunciante respecto del reconocimiento obtenido por “Netflix” que se sustentaría en el “ISP con el Mayor Índice de Velocidad del Perú en junio y julio 2022”, la denunciante expresó que a la fecha de difusión de la campaña (octubre de 2022), el último ranking de velocidad elaborado por “Netflix” correspondía a agosto de 2022, en el cual las empresas Win, América Móvil y Wow habrían empatado.

Por otro lado, en relación con el premio obtenido de la empresa Ookla, América Móvil señaló que Win habría anunciado que estos reconocimientos a la velocidad de su internet de fibra óptica habrían abarcado los años 2021 y 2022. Sin embargo, la velocidad del servicio de internet no habría abarcado la totalidad de los años, sino que se limitaría a períodos trimestrales de estos años.

Asimismo, la denunciante refirió que Win incorporaría la frase “Internet Hogar con el mayor puntaje de velocidad en el 2do trimestre 2022”, mostrando seguidamente en la misma parte principal del anuncio, una imagen de un reconocimiento de Ookla del año 2021 sobre el mismo atributo. Asimismo, detalló que, en la parte inferior, en letras pequeñas, se señalaría que esta afirmación se sustentaría en la información “del último semestre de 2021”.

En el presente caso, es pertinente recordar, conforme lo establece en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y en concordancia con lo señalado por este Colegiado en diversos pronunciamientos, la metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos:

- (i) se debe establecer a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los consumidores; y,
- (ii) una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe alguna discordancia, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.

En particular, esta Comisión considera pertinente describir el contenido de uno de los anuncios en cuestionamiento, en particular, el anuncio audiovisual difundido en YouTube mediante cual se habría difundido el mensaje publicitario materia de imputación, conforme se aprecia a continuación:



Descripción del anuncio: Se presenta la imagen de los tres (3) premios que habría obtenido Win: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”; “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021”; y, “Ookla Speedtest Awards 2022”, los cuales se encuentran acompañados de la frase “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”

Scroll: “*Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo en Perú (junio-julio 2022) **Basado en el análisis Ookla de los datos de SpeedTest Ookla Intelligence para Perú en el Q3-Q4 2021 y Q1 2022”
Más info: <https://www.speedtest.net/awardsperu/> / <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru/> / www.win.pe

En ese sentido, esta Comisión aprecia que Win ha publicitado en sus anuncios la afirmación “Mayor Puntaje de velocidad del Perú”, la cual se encuentra acompañada de los tres (3) premios que habría recibido: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”, asimismo, se observa que se ha precisado los años a los que correspondería cada premio 2022, 2021 y 2022, respectivamente. Además, se aprecia que en la parte inferior del anuncio se ha consignado información de los períodos a los que correspondería las evaluaciones de velocidad correspondiente a cada premio. En esa línea, se observa se ha consignado las siguientes páginas web: <https://www.speedtest.net/awardsperu/>; <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru/>; www.win.pe

De esta manera, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios publicitarios que conforman la campaña difundida por Win, esta Comisión considera que transmite a los consumidores un mensaje objetivo, referido que Win ha recibido tres (3) premios por contar con el mayor puntaje de velocidad en el Perú: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla

Speedtest Awards 2022” los cuales han sido otorgados en los años 2022, 2021 y 2022, respectivamente. Dicha interpretación se realiza considerando todos los elementos que conforman la pieza publicitaria.

En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la denunciante, este Colegiado considera que la publicidad cuestionada no ha dado a entender que dichos reconocimientos a la velocidad del servicio de internet de Win habrían abarcado la totalidad de los años, sino que han sido otorgados en dichos años, por lo que no resulta contradictoria. En efecto, esta Comisión observa que la información consignada en el scroll del anuncio, referida a que dichos premios están: *“Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo en Perú (junio-julio 2022) **Basado en el análisis Ookla de los datos de SpeedTest Ookla Intelligence para Perú en el Q3-Q4 2021 y Q1 2022”* Más info: <https://www.speedtest.net/awardsperu/> / <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru> / www.win.pe”, es información que ha sido consignada de manera complementaria al mensaje que se difunde en el anuncio. De esta manera, contrariamente a lo sostenido por la denunciante, la precisión de los periodos a los que correspondería dichos premios no contradice el mensaje que se transmite en el anuncio.

En este punto, es pertinente recordar que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante. Asimismo, este último deberá cumplir con el deber de sustanciación previa, según el cual el anunciante tiene la carga de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme se establece en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este punto, resulta pertinente mencionar que el deber de sustanciación previa implica una doble finalidad: (i) obliga al anunciante a contar con las pruebas que acrediten la información que se pretende trasladar, por lo que ante el requerimiento de la autoridad debe encontrarse en la capacidad de exhibirlas; y, (ii) asegura a los consumidores que los anunciantes cuentan con los soportes respectivos que sustenten los mensajes publicitarios de corte objetivo que se encuentran difundiendo en el mercado, reforzando la transparencia en el mercado y reduciendo los costos de transacción vinculados a los productos o servicios promocionados.

En ese sentido, en atención al deber de sustanciación previa, corresponde a este Colegiado verificar si Win contó, de manera previa a la difusión de la afirmación cuestionada, con los medios probatorios que acreditarían la veracidad de la misma.

A fin de acreditar la afirmación cuestionada, Win ha manifestado que en la misma información adicional consignada en los anuncios se vincularían los links de las fuentes originales que sustentarían los premios, siendo así que todos los consumidores tendrían acceso transparente a la información que se transmitiría en su publicidad. De esta manera, precisó que se podría acudir a la fuente de la información desde los links vinculados en su publicidad difundida en la página de Win: (i) respecto a los premios Netflix: <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru>; (ii) respecto a los premios Ookla: https://www.SpeedTestOokla.net/awards/fixed/2021/?time_period=q3-q4

Al respecto, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente, así como de la información publicada en las referidas páginas web, este Colegiado observa que la imputada difundió el mensaje publicitario delimitado, referido a que Win ha recibido tres (3) premios por contar con el mayor puntaje de velocidad en el Perú: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022” los cuales han sido otorgados en los años 2022, 2021 y 2022, contando con los medios probatorios que acreditaban la veracidad de su mensaje publicitario, de manera previa a su difusión. En consecuencia, este Colegiado considera que ha quedado demostrado que la imputada cumplió con el deber de sustanciación previa.

Por todo lo expuesto, la Comisión considera que corresponde declarar infundada la denuncia presentada por la América Móvil en contra de Win, por la presunta comisión de actos de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

2. Sobre los anuncios con la afirmación “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”

En este extremo, América Móvil ha cuestionado que Win vendría incurriendo en actos de engaño, debido a que mediante las afirmaciones “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”; la cual daría a entender a los consumidores que el servicio de internet de fibra óptica promocionado abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional, sin embargo, el texto legal que aparece en el scroll de la publicidad, se señalaría que este servicio solo resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

En este punto, América Móvil ha expresado que Win habría dado a entender a los consumidores que el servicio de internet de fibra óptica promocionado abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional. Sin embargo, señaló que, de una lectura del texto legal que aparece en el scroll de la publicidad, se señalaría que dicho servicio solo resultaría aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo. En esa línea, añadió que la mencionada limitación territorial del servicio de internet de Win, también se desprendería del contenido de su sitio web donde indicaría que su ámbito de servicio comprendería a las siguientes ciudades (no regiones): Piura, Chiclayo, Trujillo y Chimbote. Por ello, cuestionó que el servicio ofrecido por Win no tendría alcance nacional, siendo que vendría utilizando de forma indebida un reconocimiento a su servicio de internet, para afirmar que contarían con el “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”, pese a que su oferta de servicio estaría limitada a Lima y algunas ciudades del norte del país, siendo injustificado que pueda afirmar un presunto “liderazgo” en el Perú.

En el presente caso, es pertinente recordar, conforme lo establece en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y en concordancia con lo señalado por este Colegiado en diversos pronunciamientos, la metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos:

- (i) se debe establecer a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los consumidores; y,
- (ii) una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe alguna discordancia, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.

En particular, esta Comisión considera pertinente describir el contenido de uno de los anuncios en cuestionamiento, en particular, el anuncio audiovisual difundido en YouTube mediante cual se habría difundido el mensaje publicitario materia de imputación, conforme se aprecia a continuación:



Descripción del anuncio: Se presenta la imagen de los tres (3) premios que habría obtenido Win: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”; “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021”; y, “Ookla Speedtest Awards 2022”, los cuales se encuentran acompañados de la frase “Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”

Scroll: “*Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo en Perú (junio-julio 2022) **Basado en el análisis Ookla de los datos de SpeedTest Ookla Intelligence para Perú en el Q3-Q4 2021 y Q1 2022” Más info: <https://www.speedtest.net/awardsperu/> / <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru/> / www.win.pe

En ese sentido, esta Comisión aprecia que Win ha publicitado en sus anuncios la afirmación “Mayor Puntaje de velocidad del Perú”, la cual se encuentra acompañada de los tres (3) premios que habría recibido: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022”.

De esta manera, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios publicitarios que conforman la campaña difundida por Win, esta Comisión considera que transmite a los consumidores un mensaje objetivo, referido que Win cuenta con el mayor puntaje de velocidad en el Perú, conforme a los premios: “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest

Awards 2022". Dicha interpretación se realiza considerando todos los elementos que conforman la pieza publicitaria.

En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la denunciante, este Colegiado considera que la publicidad cuestionada no ha dado a entender que Win cuenta con el mayor puntaje de velocidad de todo el Perú, sino que dicha puntuación en velocidad corresponde a su servicio de internet fijo brindado en Perú, sin especificar que corresponda a todo el territorio peruano. En efecto, esta Comisión observa que la frase consignada "Mayor Puntaje de Velocidad del Perú" debe ser interpretada conforme a los premios otorgados, los cuales no corresponden a todo el territorio nacional, conforme ha sido evaluado previamente. De esta manera, contrariamente a lo sostenido por la denunciante, la afirmación referida a que cuenta con el "Mayor Puntaje de Velocidad del Perú" no resulta falsa ni inexacta.

En este punto, es pertinente recordar que la carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante. Asimismo, este último deberá cumplir con el deber de sustanciación previa, según el cual el anunciante tiene la carga de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme se establece en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este punto, resulta pertinente mencionar que el deber de sustanciación previa implica una doble finalidad: (i) obliga al anunciante a contar con las pruebas que acrediten la información que se pretende trasladar, por lo que ante el requerimiento de la autoridad debe encontrarse en la capacidad de exhibirlas; y, (ii) asegura a los consumidores que los anunciantes cuentan con los soportes respectivos que sustenten los mensajes publicitarios de corte objetivo que se encuentran difundiendo en el mercado, reforzando la transparencia en el mercado y reduciendo los costos de transacción vinculados a los productos o servicios promocionados.

En ese sentido, en atención al deber de sustanciación previa, corresponde a este Colegiado verificar si Win contó, de manera previa a la difusión de la afirmación cuestionada, con los medios probatorios que acreditarían la veracidad de la misma.

A fin de acreditar la afirmación cuestionada, Win ha manifestado que en la misma información adicional consignada en los anuncios se vincularían los links de las fuentes originales que sustentarían los premios, siendo así que todos los consumidores tendrían acceso transparente a la información que se transmitiría en su publicidad. De esta manera, precisó que se podría acudir a la fuente de la información desde los links vinculados en su publicidad difundida en la página de Win: (i) respecto a los premios Netflix: <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru>; (ii) respecto a los premios Ookla: https://www.SpeedTestOokla.net/awards/awards/2021/?time_period=q3-q4

Al respecto, de la revisión de los medios probatorios que obran en el expediente, así como de la información publicada en las referidas páginas web, este Colegiado observa que la imputada difundió el mensaje publicitario delimitado, referido a que Win cuenta con el mayor puntaje de velocidad en el Perú, conforme a los premios: "Netflix – Speed Index del Perú 2022", "Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021" y "Ookla Speedtest Awards 2022", contando con los medios probatorios que acreditaban la veracidad de su mensaje publicitario, de manera previa a su difusión. En consecuencia, este Colegiado considera que ha quedado demostrado que la imputada cumplió con el deber de sustanciación previa.

Por todo lo expuesto, la Comisión considera que corresponde declarar infundada la denuncia presentada por la América Móvil en contra de Win, por la presunta comisión de actos de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3. Sobre los anuncios con las afirmaciones: Cansado de reiniciar el módem (..) Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners" y "(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?"

En este extremo, América Móvil ha cuestionado que Win vendría incurriendo en actos de engaño, debido a que mediante las afirmaciones "Cansado de reiniciar el módem (..) Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners" y "(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el

modem?"; las cuales darían a entender a los consumidores que Win ofrecería un servicio de fibra óptica infalible, libre de interrupciones, en la medida que no tendrían que reiniciar el módem que brindaría la conexión de internet, sin embargo, ello no sería cierto.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

En particular, América Móvil explicó que se podría analizar las afirmaciones "Cansado de reiniciar el módem (..) Rápido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners" y "(...) ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?" también en un contexto de difusión de publicidad engañosa, dado que Win anunciaría su servicio de fibra óptica haciendo énfasis en el carácter "infalible" de su servicio al transmitir el mensaje de que sus usuarios no tendrían que reiniciar el módem que brinda la conexión de internet o que su servicio no estaría sujeto a interrupciones o sería "infalible", afirmación que como sería engañosa.

Asimismo, la denunciante indicó que por un lado Win promocionaría su internet aduciendo que este se encontraría libre de interrupciones y fallas o que ya no se requeriría efectuar el reinicio del módem; y, por otro, recomendaría como una solución para superar cortes de conexión de internet el reinicio del módem, sin embargo, el mismo reinicio de esta sería el diferencial competitivo que alegaría Win en los anuncios denunciados, lo cual sería un actuar contradictorio. Por lo que, en atención a lo expuesto, Win incurriría en actos de engaño, en la medida que daría a entender que su servicio de internet de fibra óptica no requeriría el reinicio del módem.

En el presente caso, es pertinente recordar, conforme lo establece en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y en concordancia con lo señalado por este Colegiado en diversos pronunciamientos, la metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos:

- (i) se debe establecer a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los consumidores; y,
- (ii) una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe alguna discordancia, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.

En particular, esta Comisión considera pertinente describir el contenido de uno de los anuncios en cuestionamiento, en particular, el anuncio audiovisual difundido en Instagram mediante cual se habría difundido el mensaje publicitario materia de imputación, conforme se aprecia a continuación:



Descripción del anuncio:

Madre: Uy, otra vez. Hijo, ¿puedes ir por favor a reiniciar el módem?

Hijo: Yo ya fui dos veces. Que vaya ella. [Señala al frente y ambos miran a la cámara]

[Se ve a una rata de gran tamaño al lado del televisor, que arroja el módem al suelo]

Madre: ¡Cómo nos han metido la ra...!

Voz en off: ¡Rápido cámbiate a Win! ¡El internet hogar 100% fibra óptica que hace las cosas diferente!

Al respecto, esta Comisión aprecia que Win ha publicitado su servicio de internet fijo por fibra óptica con las siguientes afirmaciones: “Cansado de reiniciar el módem” “Ráaaaapido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners”, las cuales se encuentran en la publicación realizada en su perfil de Instagram, en conjunto con un anuncio audiovisual que contiene las siguientes afirmaciones: “¿puedes ir, por favor, a reiniciar el modem?”; “¡Rápido cámbiate a Win! ¡El internet hogar 100% fibra óptica que hace las cosas diferente!”.

De esta manera, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios publicitarios que conforman la campaña difundida por Win, en particular, el anuncio difundido en Instagram, esta Comisión considera que transmite a los consumidores un mensaje principal que subyace en la campaña referido a los beneficios del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win, el cual se publicita acompañado de una rata gigante que representa la disconformidad que tendrían los consumidores del servicio de internet fijo de otras operadoras, conforme ha sido descrito en el numeral 4.2 precedente.

En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la denunciante, este Colegiado considera que la publicidad cuestionada no ha dado a entender que Win ofrece un servicio de fibra óptica infalible o libre de interrupciones, debido a que no tendrían que reiniciar el módem que brindaría la conexión de internet, sino que ha mostrado la disconformidad que tendrían los consumidores con el servicio de internet fijo, lo cual se evidencia con la necesidad de reiniciar constantemente el módem.

En ese sentido, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios publicitarios cuestionados, esta Comisión considera que no se ha dado a entender que Win ofrecería un servicio de internet infalible o libre de interrupciones, en efecto, no se ha empleado las palabras “infalible” o “libre de interrupciones” conforme a los términos de la imputación.

En ese sentido, en la medida que la afirmación cuestionada no se desprende de la revisión del anuncio en cuestión, no corresponde continuar con los siguientes pasos.

Por todo lo expuesto, la Comisión considera que corresponde declarar infundada la denuncia presentada por la América Móvil en contra de Win, por la presunta comisión de actos de engaño, supuesto establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

4.6. La presunta infracción al principio de legalidad

4.6.1. Normas y criterios aplicables

La libertad que poseen los anunciantes para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad que es superior a los intereses privados de los anunciantes.

Así, el artículo 58 de la Constitución Política establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.⁵³ Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.⁵⁴

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente y a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución Política, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, conforme al principio

⁵³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁵⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente:

Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

“(…)”

En ese contexto, es aplicable el artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, que dispone lo siguiente:

Artículo 16.- Publicidad dirigida a menores de edad

La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido.

Finalmente, cabe señalar que, para evaluar la comisión de actos contra el principio de legalidad, conforme se ha descrito, habrá que considerar cómo interpretaría los anuncios cuestionados un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.1.1 precedente.

4.6.2. Aplicación al presente caso

En el presente procedimiento, en el marco del Expediente 211-2022/CCD, en atención a la denuncia presentada por América Móvil, la Secretaría Técnica imputó a Win la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la inobservancia del artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, debido a que difundiría una campaña publicitaria, a través de diversos medios (televisión, radio, internet y redes sociales) indicando que Win sería “el internet de los ganadores”, “el internet de los winners”, transmitiendo con ello impresiones erróneas, sentimiento de inferioridad en el público menor de edad al no ser parte de los “ganadores” o “winners”.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

A fin de identificar una publicidad dirigida a menores, la denunciante señaló que se debería tener en consideración los siguientes factores: (i) el contexto del anuncio (identificación de los menores y sus necesidades), (ii) el servicio promocionado, (iii) la forma cómo está estructurado el mensaje e (iv) informaciones adicionales como el empleo de frases, entre otros. En línea con lo indicado, expresó que la campaña publicitaria difundida por Win ocurriría en el contexto de un entorno familiar y dentro del hogar, en tanto comprendería una conversación entre madre e hijo, además, el desarrollo se habría dado en la sala donde el hijo se encontraría probando el servicio de internet fijo mientras jugaba un videojuego, donde surgen comentarios sobre el rendimiento del servicio de internet y los inconvenientes en la fluidez que tendría, donde sería en ese momento, que la madre exclamaría una afirmación de naturaleza ofensiva, y aparecería en la publicidad “Rápido cámbiate a Win”.

En esa línea, América Móvil expresó que, como todo anunciante, Win se encontraba en la obligación de conocer al público destinatario de su publicidad, ello más aún cuando habría optado por difundir los referidos anuncios a nivel nacional y en horario de protección al menor conforme habría sido acreditado en el expediente.

En particular, la denunciante detalló información sobre el documento “Essential Facts” de la Entertainment Software Association-ESA. En particular, mencionó que en la página 4, se consignaría que el 71% de menores de edad estadounidenses utilizarían videojuegos, además, indicó que en la página 6,

se consignaría que el 73% de los encuestados pensaría que los videojuegos enseñan a ganar o perder. En dicho contexto, manifestó que la afirmación “El Internet de los Winners” no sería la única frase difundida en el marco de la campaña publicitaria, sino que esta se vería reforzada con los comentarios de la propia denunciada en las redes sociales. Así, en su interacción frente a los consumidores, manifestó que sería claro que Win haría referencia a la palabra “ganador” al referirse a aquellos consumidores que contraten sus servicios: “¡Con WIN no eres un 10, eres un 100!”, “¡Nuestros Winners merecen lo mejor...!”, “Convértete en un Winner”, “¿ya eres un winner?”, “¡queremos que más peruanos disfruten del internet de los winners!”, entre otras.

Bajo dicho fundamento, la denunciante manifestó que la interpretación correcta y contextualizada de la frase “El Internet de los Winners”, junto con el resto de las frases que aludirían a los “winners” difundidas en redes sociales diferenciaría a los usuarios de Win como “winners” del resto de consumidores, es decir, de no contar con o adquirir dicho servicio, no sería un “winner” o no te “convertirás en un “winner”; en otras palabras, serías un perdedor por tener un servicio de internet distinto. En esa línea, mencionó que, a diferencia de lo sostenido por Win, no se necesitaría saber inglés para entender la palabra “winner”, más aún cuando las palabras “win” o “winners” contarían con un fuerte arraigo en los territorios de habla hispana, entre ellos, el Perú. Por ello, sostuvo que Win habría difundido publicidad dirigida a menores con un mensaje que evocaría sentimientos de inferioridad para aquellos que no son sus clientes.

Sobre el particular, corresponde a este Colegiado analizar si: (i) los anuncios publicitarios de Win están dirigidos a menores de edad; y (ii) si son susceptibles de generar algún sentimiento de inferioridad a los menores que accedan a ellos.

Respecto del primer extremo, corresponde señalar que la publicidad es aquella destinada a promover la adquisición de un bien o servicio, por lo que cual resulta claro que el sujeto al que se encuentra dirigida es aquél en el que se busca lograr el efecto deseado (necesidad de compra). En ese sentido, es pertinente señalar que, si bien potencialmente cualquier anuncio publicitario es pasible de generar este efecto en los consumidores, el artículo 16 de del Código de Protección y Defensa del Consumidor tiene un ámbito de aplicación restringido a aquellos casos en los que puede verificarse, de manera indubitable, la existencia de uno o varios factores de conexión entre el mensaje y los menores como receptores del anuncio.

En este punto, resulta pertinente mencionar el criterio establecido por la Sala mediante Resolución N° 0663-2006/TDC-INDECOPI:

*“(…) Por ello, a efectos de determinar bajo qué parámetros debe evaluarse un anuncio publicitario debe analizarse la presencia de elementos en éste que permitan inferir **a quién está destinado el mensaje, es decir, quién es el sujeto al que el anunciante intenta convencer para que realice una compra o incentive la realización de ésta**, cabe destacar que el incentivo ofrecido puede estar constituido no sólo por los beneficios que el consumo directo de cierto producto pudiera producir, sino también por los beneficios colaterales que la adquisición del mismo podría generar.*

*En tal sentido, casos en los que **el factor de conexión viene dado por la promoción de un objeto capaz de satisfacer de manera directa al receptor, serían aquellos en los que se publicita la adquisición de un producto que ordinariamente es consumido por menores –juguetes, golosinas-, debiendo incorporarse en ésta categoría la promoción de productos que a pesar de ser consumidos principalmente por adultos podrían ser utilizados por niños.***

*Asimismo, entre los casos en los que **la necesidad de compra responde a un beneficio colateral, tenemos aquellos casos en los que, no obstante el producto promocionado no puede ser utilizado bajo ningún supuesto por un niño, el anunciante ofrece un–premios o ventaja – premios, status- que incentiva.** (…)*

Aplicando el referido criterio al caso en concreto, y en atención a los argumentos y medios probatorios aportados por las partes, de un análisis del contenido de los anuncios publicitarios que conforman la campaña difundida por Win, este Colegiado considera que la campaña bajo análisis no se encuentra orientada a lograr la identificación de los menores con el protagonista y sus necesidades, considerando los personajes y la temática desarrollada en todos los anuncios que conforman la campaña publicitaria de Win.

Ahora bien, es preciso señalar que si bien los protagonistas de los anuncios son la madre y el hijo (además de la rata gigante) que interactúan en un espacio hogareño, este Colegiado advierte que no necesariamente el “Hijo” representa a un menor de edad. En efecto, conforme a la información que obra en el expediente, la edad de independización de los “hijos peruanos”, no suele ser a partir de la mayoría de edad, por lo cual, no resulta indubitable que la presencia de dicho personaje represente a un menor de edad que pueda generar un factor de conexión.

Asimismo, si bien el servicio que se publicita en los anuncios puede ser utilizado tanto por menores de edad y por adultos, queda claro que no se está publicitando el uso de videojuegos, sino la contratación de internet fijo por fibra óptica, lo cual, de lo actuado en el expediente, no tiene como beneficio algún paquete de videojuegos o similar. Además, es pertinente tomar en cuenta que existen juegos en línea como otros que no requieren de conexión a internet fijo. En esa misma línea, es necesario señalar que, para la realidad de los hogares en el Perú, el acceso a internet a nivel nacional es sustancialmente diferente en atención a la zona geográfica en donde se ubique, por lo que acceder a internet fijo desde el hogar para jugar videojuegos no necesariamente identifica a menores de edad de las diversas familias peruanas.⁵⁵

Por otro lado, si bien este Colegiado coincide con América Móvil en que el término en inglés “winner” está estrictamente vinculado a “ganadores”, considerando el contexto y estructura de los anuncios que conforman la campaña, ello no es per se una identificación de menores de edad como receptores de la publicidad.

De esta manera, a criterio de este Colegiado no es suficiente la identificación que sostiene la denunciante referida al contexto del anuncio, el servicio promocionado, la forma en la que se estructura el mensaje y las afirmaciones empleadas para sostener que la campaña publicitaria difundida por Win está dirigida a menores.

En tal sentido, en tanto no se ha verificado que, de manera indubitable, entre el mensaje contenido en la campaña publicitaria y los menores como receptores de este exista un factor de conexión, se concluye que la publicidad no está dirigida a menores. En ese sentido, no corresponde a este Colegiado evaluar si la misma es capaz de generar algún sentimiento de inferioridad a los menores que accedan a ellos.

Por lo tanto, esta Comisión considera que corresponde declarar infundada la denuncia presentada por América Móvil en contra de Win, por la infracción al principio de legalidad, supuesto establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la presunta inobservancia al artículo 16 del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

4.7. La presunta infracción al principio de adecuación social

4.7.1. Normas y criterios aplicables

El inciso 4 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú reconoce a la libertad de expresión⁴⁶ como un derecho de naturaleza fundamental cuyo contenido esencial viene determinado por la garantía de toda persona para transmitir y difundir libremente sus ideas, opiniones o apreciaciones de naturaleza subjetiva⁴⁷.

⁵⁵ En este punto, es pertinente mencionar que el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) a través del informe técnico Estadísticas de las Tecnologías de la Información y Comunicación en los Hogares, elaborado con los resultados de la ENAHO, presenta como resultado que al primer trimestre del año 2022, 76 de cada 100 hogares de Lima Metropolitana tenían conexión al servicio de Internet, esto representa un incremento de 14,1 puntos porcentuales con relación al mismo trimestre de 2022, siendo que en el resto urbano 61,1%; en el área rural 18,8%; y, a nivel nacional 46,8%. Disponible en: <https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-725-de-la-poblacion-de-6-y-mas-anos-de-edad-del-pais-accedio-a-internet-en-el-primer-trimestre-de-2022-13767/>

⁴⁶ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 2, Declaración de derechos.—Toda persona tiene derecho:

(...)

4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley.

⁴⁷ El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-PA/TC (Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra Comunicación y Servicios S.R.Ltda.), ha manifestado en el fundamento jurídico 9 que: “(...) la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente”.

Así pues, el artículo 58 de la Constitución Política establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.⁴⁸ Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de estas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.⁴⁹

En esa misma línea, cabe mencionar que en ordenamientos comparados se ha considerado que la publicidad comercial constituye una manifestación del derecho constitucional a la libertad de expresión⁵⁰. Ello, en vista de que la publicidad es una forma de expresión de naturaleza comercial mediante la cual el anunciante plasma en una comunicación pública una serie de aseveraciones y opiniones, con el objetivo de fomentar el consumo del producto o servicio anunciado.

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución Política, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, entre las cuales se encuentra el denominado principio de adecuación social, establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que como se ha señalado dispone textualmente lo siguiente:

Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social.-

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

“(…)”

Al respecto, debemos señalar que, el propósito de esta norma es establecer una restricción a los anunciantes y a los medios de comunicación para la difusión de este tipo de anuncios. En el primer supuesto previsto, el mismo que ocupa el presente procedimiento, la norma se refiere a publicidad que induce a sus destinatarios a cometer actos ilegales o actos de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; precisando que la restricción será absoluta prohibiéndose su difusión. Así pues, el bien jurídico protegido al momento de sancionar la publicidad capaz de inducir a cometer cualquier conducta ofensiva o discriminatoria, es la dignidad de las personas y su condición de igualdad, protegida a través de los derechos fundamentales protegido por la Constitución Política.

Por otro lado, la libertad en el uso del humor, de la fantasía y/o de la exageración en la publicidad comercial, deberá ser limitada con mayor incidencia cuando tales licencias se utilicen de modo tal que

Aun cuando ambos derechos se encuentran íntimamente vinculados y cuentan con un sustrato similar, tienen un tratamiento singularizado, derivado de la propia distinción que denota el artículo de la Constitución. Esta sutil diferenciación –oportunamente advertida por el Tribunal Constitucional–, trasladada al campo de la actividad publicitaria permitiría distinguir entre anuncios que por su contenido objetivo importan una manifestación de la libertad informativa del anunciante, y anuncios que por expresar juicios subjetivos o meras opiniones calzan dentro de la libertad de expresión del agente económico.

⁴⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

⁴⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁵⁰ En el caso *Virginia State Board of Pharmacy contra Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, el Tribunal Supremo Norteamericano afirmó la posibilidad de protección de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda –que recoge el derecho a la libertad de expresión–, en base al interés que los consumidores tienen en la libre circulación de información de carácter comercial. Véase: TATO PLAZA, Anxo. *Publicidad Comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana*. En: *Actas de Derecho Industrial* N° 14, 1991-1992, pp. 169-196.

De la misma manera, la opinión de la doctrina argentina es por considerar a la publicidad comercial como una manifestación concreta de la libertad de expresión mediante la cual se comunican ideas o juicios. Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *La Publicidad y los consumidores en el fin de siglo*. En: *Gaceta Jurídica – Actualidad Jurídica*, Tomo 60, 1998, pp. 69A-83A.

puedan favorecer o estimular cualquier atentado contra la dignidad de las personas a través de conductas ofensivas o discriminatorias.

En tal sentido, la libertad que poseen los anunciantes y los medios de comunicación social para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad superior a los intereses privados de los anunciantes.

Finalmente, cabe señalar que, para evaluar la comisión de actos contra el principio de adecuación social, conforme se ha descrito, habrá que considerar la forma en que interpretaría los anuncios cuestionados un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.3 de la presente resolución.

4.7.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, en el marco del Expediente N° 211-2022/CCD, en atención a la denuncia presentada por América Móvil, la Secretaría Técnica imputó la presunta infracción al principio de adecuación social, de conformidad con lo establecido en el inciso a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que Win habría difundido una campaña publicitaria con la afirmación: “Ay no, ya nos metieron la ra...” y “Cómo nos han metido la ra...!”, el cual contendría una connotación sexual que reforzaría el uso de estereotipos de género que resultarían capaces de promover la violencia contra las mujeres.

Al respecto, la imputada ha formulado sus argumentos de defensa en el presente procedimiento, así como la denunciante ha expresado los argumentos que sostienen su denuncia, conforme se encuentra desarrollado en el numeral 1 de la presente resolución.

Sobre el particular, la denunciante manifestó que sería pertinente notar dos elementos presentados en el anuncio audiovisual publicado el 2 de octubre de 2022: (i) la intervención de un menor de edad; y, (ii) el ambiente donde se desarrolla el anuncio, dentro de un hogar que recrea un entorno familiar (concretamente, la conversación entre una madre y su hijo), en la medida que, en dicho contexto del comercial, se estaría banalizando o normalizando el empleo de estereotipos de género, insultos, lenguaje soez o violento contra un menor de edad. En efecto, a decir de la denunciante, cuando la madre reacciona ante la presencia del roedor, levanta la voz y señala de forma airada: “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...” sería evidente que lo que está haciendo la madre es emplear un lenguaje peyorativo dentro del hogar que no solo resulta ofensivo, sino que refuerza el uso de estereotipos de género que resultaría capaz de promover la violencia contra las mujeres.

En esa línea, América Móvil expresó que la frase transmitida por Win no sería extraña ni ajena en la realidad nacional, por el contrario, sería ampliamente conocida y tendría un efecto recordatorio en el público. Siendo esto así, a partir de diversas fuentes consultadas, su significado no solo evocaría sentimiento de culpa, violencia psicológica no solo por el engaño y estafa a la que aluden, sino también una connotación sexual de un acto no consentido. Así, resaltó que la afirmación publicitaria tendría un contenido altamente sensible y que habría sido expuesto al público en general en un horario además de protección al menor conforme se observaría en el reporte de medios⁵⁶.

Además, la denunciante destacó que dicho contenido peyorativo habría sido advertido por los mismos usuarios destinatarios de la publicidad, quienes comentarían en la red social Facebook, en el anuncio de fecha 2 de octubre, el empleo de dichos términos insultantes, haciendo referencia incluso al horario familiar. En este punto, señaló que, la actuación de Win no se habría detenido en la publicidad antes señalada, también habría subido el tono de la afirmación difundiendo un nuevo anuncio desde el 9 de octubre de 2022 con un similar contenido, pero en este segundo anuncio se incluiría una frase que tendría una connotación aún más ofensiva “¡Cómo nos han metido la RA...!”, comentario afirmado por la madre al visualizar a una rata dentro de su hogar. En esa línea, aseveró que este anuncio resultaría aún más ofensivo que el primer anuncio descrito al incluir la frase “¡Cómo nos han metido la RA...!” pues se complementaría con la presencia de una rata y el gesto de indignación de la madre. En esta oportunidad,

⁵⁶ Información recogida por la denunciante en el Anexo 1-G del escrito de denuncia.



nuevamente el contexto se repetiría (dentro del hogar y en una conversación con su hijo) pero la frase - por su grado de ofensa- podría dar a entender un mensaje publicitario de connotación sexual.

Aunado a ello, América Móvil indicó que Win pretendería disminuir e ignorar un problema real en el entorno familiar que consistiría en violencia de cualquier tipo, más aún en el Perú donde existiría un contexto de discriminación estructural de género, lo cual vendría siendo reforzado a través de publicidad como la difundida por Win. En particular, indicó que la violencia en el entorno familiar y dentro del hogar sería un problema real y presente en nuestra sociedad, por lo que la difusión de una afirmación ofensiva y el empleo de un lenguaje soez, dentro de este contexto como ocurre en la campaña publicitaria denunciada, no significa más que una “normalización” a esta situación y que pretendería ser “protegida” bajo la libertad de expresión.

En línea con ello, América Móvil explicó que, mediante Resolución N° 028-1998/CCD-INDECOPI, la Comisión sancionó una publicidad en la que aparecía un futbolista pateando una máquina expendedora de latas de gaseosas, a raíz de lo cual obtiene una unidad de dicho producto sin pagar por ella, afirmando ante la mirada de un menor y de dos mujeres lo siguiente: “¿Sabes por qué entreno tanto? Por si me quedo sin sencillo”. En este punto, precisó que la Comisión declaró dicho acto como violento y antisocial, pues la publicidad en lugar de promocionar servicios o productos ofrecidos en el mercado se enfocaría en el acto ofensivo que, inclusive, podría configurarse como un delito. En virtud de lo antes indicado, la refirió que en el presente caso ocurriría el mismo escenario que fue analizado por la Comisión en el año 1998, en la medida que, ambos anuncios (el difundido en televisión y en YouTube) expondrían la ejecución de una acción agresiva ante la presencia de menores de edad tanto en calidad de personajes de la trama publicitaria como en calidad de público destinatario de la publicidad.

De manera preliminar, este Colegiado considera pertinente abordar qué constituye un estereotipo de género que tenga por finalidad promover la violencia en contra de las mujeres; el análisis de la publicidad que lo contenga; y, a partir de dicho análisis, se determinará si la campaña publicitaria difundida por Win tuvo por efecto promover la violencia contra las mujeres.

El principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad y de todo Estado constitucional⁵⁷. En nuestro ordenamiento, el derecho a la igualdad y consecuentemente, a la no discriminación, ha sido recogido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución Política, que establece que toda persona tiene derecho a no ser discriminada por su origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o motivo de cualquier otra índole⁵⁸, reconociéndose así el derecho a su libre desarrollo y bienestar.

En este punto, es pertinente destacar que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha definido a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en determinados motivos, como la raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas⁶⁰.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer define la discriminación contra la mujer como *“toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”*.⁶¹

⁵⁷ BERNAL PULIDO, Carlos. “El juicio de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. En: El Derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá, 2005, pág. 257.

⁵⁸ **CONSTITUCION POLITICA DEL PERÚ**

Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

(...) 2. A la igualdad ante la Ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

⁶⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 18, Comentarios generales adoptados por el Comité de Derechos Humanos, No discriminación, 37º período de sesiones. U.N. Doc. HRI/ GEN/1/Rev.7 at 168 (1989), Párr. 7.

⁶¹ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, Artículo 1. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Los estereotipos de género son una visión generalizada o preconcepción de atributos, características o roles que deben cumplir las mujeres y los hombres para ser considerados apropiados en cada sociedad, conforme lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ejemplo, los estereotipos de género con relación a los hombres exigen que sean duros, poderosos, poco emotivos; y, activos sexuales; en contraposición a los estereotipos de género respecto de las mujeres los cuales demandan pasividad, cuidado de los otros, importancia particular de la apariencia física; y, pureza sexual.

La reproducción de estereotipos de género en la publicidad -así como en otros ámbitos- puede manifestarse como una práctica inconsciente, pero debe ser visibilizada y cuestionada en tanto tiene la potencialidad de reproducir las desigualdades de género; contribuir con la interiorización de que lo masculino es superior a lo femenino; y afianzar prejuicios que se tienen de las relaciones, situaciones y personas en función de los roles que se esperan de las mismas (Chaher, 2016). En este punto, es pertinente señalar que los estereotipos de género no pueden ser considerados como elementos subjetivos que estén sujetos a valorado como de buen o mal gusto, en tanto conllevan un potencial efecto en la situación de discriminación y violencia contra las mujeres.

Sobre ello, es pertinente mencionar que el Indecopi se ha pronunciado sobre este tipo de prácticas publicitarias mediante la *“Guía para promover la igualdad entre Hombres y Mujeres en la publicidad comercial y en las relaciones de consumo”*, mediante la cual se exhorta a los agentes de publicidad a identificar los estereotipos de género que fomentan la discriminación contra las mujeres y a no emplearlos. Es importante destacar que, a través de este instrumento, el Indecopi ha expresado que la reproducción de estereotipos de género en la publicidad, así como en otros ámbitos, puede manifestarse como una práctica inconsciente, pero esta debe ser visibilizada y cuestionada en la medida que tiene la potencialidad de reproducir las desigualdades de género, así como contribuir a la internalización de que lo masculino es superior a lo femenino y afianzar prejuicios que se tienen de las relaciones, situaciones y personas, teniendo además, un impacto significativo en el mercado.

En este punto es pertinente destacar que todo anuncio publicitario transmite un mensaje, mediante el cual informa y fomenta el consumo de determinados bienes y servicios, asimismo es un medio para reforzar estereotipos, así como destacar determinados modelos de vida familiar y proponer modas que pueden tener trascendencia socialmente.

Ahora bien, luego de analizar de manera integral y superficial la publicidad materia de imputación, y considerando los argumentos expuestos por las partes, la Comisión ha verificado, contrariamente a lo señalado por la denunciante, que la publicidad cuestionada no tiene connotación sexual que promueva el uso de estereotipos de género que tenga por efecto inducir a los destinatarios de la publicidad a realizar actos de violencia contra las mujeres.

En particular, este Colegiado considera que la imputada si bien ha difundido publicidad con la imagen de una rata gigante y ha empleado jergas para expresar los problemas del servicio de internet fijo por fibra óptica, no se advierte que mediante el empleo de dichos elementos se promueva el uso de estereotipos de género. En efecto, no se advierte en concreto algún estereotipo de género presente en los anuncios, es decir, algún elemento que evidencia una preconcepción de atributos, características o roles que deben cumplir las mujeres y los hombres para ser considerados apropiados en cada sociedad.

De esta manera, luego de haber visualizado el mensaje de toda la campaña publicitaria, la Comisión considera que el consumidor no va a percibir que la campaña publicitaria difundida por Win con las afirmaciones “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...” y “¡Cómo nos han metido la RA...!” contenga una connotación sexual que reforzaría el uso de estereotipos de género que resulte capaz de promover la violencia contra las mujeres. Sobre el particular, la Comisión considera que ni siquiera se advierte un efecto potencial en los destinatarios de una conducta estereotipada hacia las mujeres.

Para esta Comisión “meter la rata” en el presente caso no tiene un significado como penetrar o realizar un acto sexual no consentido. En efecto, si bien se trata de una jerga, la primera acepción que se le otorga, dada las características de la publicidad, a criterio de este Colegiado es de “haber sido engañado o estafado”. En ese sentido, para considerar que dicha afirmación pueda interpretarse de connotación sexual, tendría que estar sujeta a otros elementos que se encuentren presentes en el anuncio, a fin de poder circunscribir su significado al atribuido por la denunciante. Por ejemplo, acciones o

comportamiento de los personajes, ambiente en el que se desarrolle, mensajes en doble sentido, productos o servicios relacionados a la actividad sexual, entre otros.

En ese sentido, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, luego de la evaluación de los actuados en el expediente y los argumentos esgrimidos por las partes, esta Comisión considera que no es capaz de mantener o reforzar en los consumidores la discriminación mediante estereotipos de género que promueva la violencia contra las mujeres.

Por todo lo expuesto, la Comisión considera que corresponde declarar infundada la denuncia presentada por América Móvil en contra de Win por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio de adecuación social establecido en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, este Colegiado considera pertinente manifestar que la inclusión de afirmaciones publicitarias como “¡Ay, no! Ya nos metieron la RA...” y “¡Cómo nos han metido la RA...!” en conjunto con una rata gigante resulta de mal gusto, al trasladar un mensaje de engaño o estafa que pueda vincular a la forma en la que operan otras empresas en el mercado.

Es pertinente señalar que el uso de lenguaje vulgar en la publicidad puede tener consecuencias significativas en la sociedad. Puede perpetuar la normalización de un discurso irrespetuoso y dañino, lo que podría llevar a la desensibilización y una mayor tolerancia hacia la falta de respeto en otros ámbitos de la vida cotidiana. Esto es especialmente preocupante cuando se dirige a audiencias jóvenes e impresionables, que están en una etapa de desarrollo y construcción de su identidad.

No obstante ello, aun cuando la exposición de secuencias publicitarias como la campaña denunciada pueda ser considerada como algo desagradable en algún aspecto y, por tanto, se estime que los anuncios denunciados son mal gusto, es necesario recordar que ello no constituye una conducta sancionable per sé por la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, podría darse el caso que las situaciones humorísticas expuestas en el anuncio no sean del agrado de un sector de la población; sin embargo, este hecho no necesariamente podría ser sancionable por la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En términos generales, es necesario destacar que la sanción por la difusión de un anuncio de mal gusto debe ser dictada por los propios consumidores, quienes expresarán su rechazo al contenido del mensaje publicitario mediante el aumento o la disminución del consumo del producto publicitado o por los demás anunciantes del mercado, que juzgarán dichos anuncios a partir de patrones propios de la autodisciplina publicitaria. La agencia de competencia es árbitro de problemas concurrenciales en el mercado y, por el contrario, no es árbitro del buen o mal gusto.

Asimismo, es pertinente recordar que la publicidad desempeña un papel fundamental como modelo social, ya que puede influir en las actitudes y valores de la sociedad. Al utilizar un lenguaje vulgar, la publicidad envía el mensaje de que tal comportamiento es aceptable y que la falta de respeto es una táctica válida para atraer la atención y generar ventas. Esto puede generar un efecto de retroalimentación negativa, donde la sociedad adopta estas conductas y se sumerge en un ciclo que colinda con la agresión verbal.

Finalmente, es necesario concientizar a los profesionales del marketing y los anunciantes de la publicidad asuman la responsabilidad de promover un lenguaje respetuoso en sus campañas. De esta manera, en lugar de recurrir al lenguaje vulgar para llamar la atención, es posible crear mensajes que resuenen positivamente en la audiencia y competencia en general.

4.8. Los pedidos accesorios formulados por Telefónica

En el presente caso, Telefónica solicitó a la Comisión que: (i) imponga Win una multa de hasta 700 UIT; (ii) ordene a Win como medidas correctivas: a) el cese definitivo de la campaña publicitaria y el retiro de las piezas publicitarias denunciadas, incluyendo cualquier publicidad igual o similar ya sea virtual o física, así como el cese definitivo de cualquier nueva difusión de ese tipo de anuncios (no repetición), b) la difusión, a su cuenta y costo, de una publicidad rectificatoria que permita la “remoción de los efectos



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



producidos por el acto" (al respecto, precisó que dicha rectificación debería difundirse a través de medios de similar formato, alcance e impacto a los que fueron utilizados para difundir la publicidad denunciada); c) la publicación de la resolución condenatoria; y, (iii) se disponga el pago de las costas y costos incurridos por Telefónica en trámite del procedimiento.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en el numeral 4 precedente, la Comisión considera que, al devenir en infundada la denuncia presentada por Telefónica, corresponde denegar dichos pedidos accesorios.

4.9. Los pedidos accesorios formulados por América Móvil

En el presente caso, América Móvil solicitó a la Comisión que: (i) ordene a Win el cese inmediato y definitivo de la campaña publicitaria denunciada y de las afirmaciones objeto de cuestionamiento, así como de cualquier otro elemento publicitario de similares características o similar propósito; difundido por cualquier clase de medio; (ii) la publicación de avisos rectificatorios de la publicidad materia de denuncia; (iii) se imponga a Win una sanción de multa por lo máximo permitido por la Ley de Represión de la Competencia Desleal; y, (iv) se ordene el pago de las costas y costos incurridos con motivo de la tramitación del presente procedimiento.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en el numeral 4 precedente, la Comisión considera que, al devenir en infundada la denuncia presentada por América Móvil, corresponde denegar dichos pedidos accesorios.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A.A. en contra de Wi-Net Telecom S.A.C., por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación indebida, supuestos establecidos en los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por América Móvil Perú S.A.C. en contra de Wi-Net Telecom S.A.C., por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y denigración; infracción al principio de legalidad y adecuación social, supuestos establecidos en los artículos 8, 11, 12, 17 y 18 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

TERCERO: DENEGAR los pedidos accesorios formulados por Telefónica del Perú S.A.A.

CUARTO: DENEGAR los pedidos accesorios formulados por América Móvil Perú S.A.C.

Con la intervención de los señores comisionados: Ana María Capurro Sánchez, Galia Mac Kee Briceño y Andrés Escalante Márquez.

ANA MARÍA CAPURRO SÁNCHEZ
Vicepresidenta
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal