



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

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

DENUNCIADA : WI-NET TELECOM S.A.C. S.A.C.¹

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

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023 en el extremo que declaró **INFUNDADAS** las denuncias de Telefónica del Perú S.A.A. y América Móvil Perú S.A.C. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y de comparación indebida, supuestos tipificados en los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Esta decisión se sustenta en que no se verifican elementos que determinen que la campaña publicitaria difundida por Wi-Net Telecom S.A.C. genere una alusión directa o indirecta a Telefónica del Perú S.A.A. y/o América Móvil Perú S.A.C. o a sus respectivas ofertas comerciales en el mercado del servicio de internet fijo a través de fibra óptica, lo cual constituye un presupuesto indispensable para la configuración de los actos de denigración y comparación indebida que han sido objeto de imputación contra la empresa denunciada.

Por otra parte, se CONFIRMA la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023 en el extremo que declaró **INFUNDADA** la denuncia de América Móvil Perú S.A.C. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto tipificado en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia.

La razón es que la campaña publicitaria de Wi-Net Telecom S.A.C. no da a entender al público consumidor que el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece: (i) cuente con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en función de los premios anunciados por la integridad de los años 2021 y 2022; (ii)

¹ Con Registro Único de Contribuyentes (RUC) 20521233991.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional, pese a que solo se ofrecería en ciertas ciudades; y (iii) sea infalible o libre de interrupciones, pues no tendrían que reiniciar el módem que brinda conexión a internet. Por consiguiente, dado que no se trasladan los referidos mensajes, no es posible que se configuren los actos de engaño que han sido materia de imputación.

Por otro lado, se CONFIRMA la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023 en el extremo que declaró INFUNDADA la denuncia de América Móvil Perú S.A.C. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por infracción al principio de legalidad, supuesto previsto en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la presunta inobservancia del artículo 16 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Lo decidido encuentra sustento en el hecho de que no se ha constatado que la campaña publicitaria cuestionada, difundida por Wi-Net Telecom S.A.C., haya estado dirigida a menores de edad, lo cual constituye un presupuesto establecido en el artículo 16 de la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Finalmente, se CONFIRMA la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023 en el extremo que declaró INFUNDADA la denuncia de América Móvil Perú S.A.C. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por infracción al principio de adecuación social, supuesto previsto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.

El fundamento de tal decisión es que no se verifica, sobre la base de evidencia objetiva, que la campaña publicitaria difundida por Wi-Net Telecom S.A.C, por su contenido, transmita algún mensaje con connotación sexual que refuerce el uso de estereotipos que inciten a cometer actos de violencia contra las mujeres.

Lima, 18 de junio de 2024

I. ANTECEDENTES

Expediente 169-2022/CCD (Procedimiento iniciado en mérito de la denuncia de Telefónica del Perú S.A.A. contra Wi-Net Telecom S.A.C)

1. El 5 de octubre de 2022, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) interpuso una denuncia en contra de Wi-Net Telecom S.A.C. (en adelante, Win) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la

M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11

2/144



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

Comisión), por la presunta realización de actos de competencia desleal en las modalidades de denigración y comparación indebida, supuestos tipificados en los artículos 11 y 12² del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal). Telefónica sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:

Sobre los presuntos actos de denigración

- (i) Win viene difundiendo en redes sociales (“YouTube”, “Facebook” e “Instagram”³), televisión y pantallas LED de la vía pública, una campaña publicitaria⁴ cuyo efecto es menoscabar la imagen y la reputación empresarial de Telefónica, así como de las otras operadoras de telecomunicaciones que brindan el servicio de internet fijo por fibra óptica en el Perú.

IMÁGENES DE ALGUNOS ANUNCIOS QUE INTEGRARÍAN LA CAMPAÑA CUESTIONADA

(Difundidos en televisión y redes sociales)

² **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 11.- 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 intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

Artículo 12.- Actos de comparación y equiparación indebida

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

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.

³ https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28, <https://www.facebook.com/WinInternetpe/videos/693942085499744>, https://www.instagram.com/win_internet/

⁴ Telefónica precisó que esta campaña se desplegó en televisión nacional abierta desde el 2 de octubre de 2022, siendo transmitida en los canales “Latina”, “América TV”, “ATV” y “Canal N”).



- (ii) Dicha campaña alude implícita e inequívocamente a Telefónica pues, al inicio de su difusión, contaba con la mayor cantidad de usuarios en el mercado de internet fijo de fibra óptica y Win ocupaba el segundo lugar, lo cual revela que dicha publicidad estuvo orientada a que los consumidores contraten con la denunciada. En un caso similar⁵, la determinación de la existencia de alusión inequívoca se sustentó en la estructura de mercado, en el mensaje principal de la campaña sobre la oferta competidora, así como en la intensidad y agresividad con la que se presentó tal mensaje. Del análisis de estos elementos, se advierte que la campaña controvertida en este caso tuvo un claro propósito alusivo a Telefónica.
- (iii) La publicidad controvertida contiene imágenes de una rata y frases como “sigue fallando como siempre”, “decían que era fibra” y “Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win” que transmiten el mensaje de que

⁵ Al respecto, Telefónica citó la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI del 21 de febrero de 2013, emitida en el procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. contra Directv Perú S.R.L.



las empresas que brindan el servicio de internet por fibra óptica, como Telefónica, vienen engañando a los consumidores. Este mensaje es subjetivo, motivo por el cual, afecta su crédito comercial y el de quienes ofrecen aquel servicio, además de ser impreciso, impertinente, vulgar e inapropiado, pues utiliza la frase ordinaria “meter la rata” para acusar a la competidora aludida de engañar y estafar a los consumidores. Todo ello en el marco de una estrategia empleada para captar rápidamente la preferencia del público y que tales usuarios migren al servicio de internet por fibra óptica ofrecido por la denunciada.

- (iv) La publicidad controvertida no cumple con los requisitos de licitud, pues no transmite información objetiva y comprobable, sino solo afirmaciones subjetivas con frases e imágenes peyorativas para dar a entender que Telefónica y otras operadoras estafan o engañan a los consumidores. El mensaje que pretende transmitir la publicidad se podía evidenciar en la publicación efectuada (“Facebook”) por el señor Luciano Leone, creador de la publicidad cuestionada.

Sobre los presuntos actos de comparación indebida

- (v) La publicidad cuestionada contiene una comparación indebida entre el servicio de internet de fibra óptica de Win y el que ofrece Telefónica, pues traslada dos (2) mensajes que destacan las ventajas del servicio brindado por la denunciada frente a la oferta de su competidora. Los mensajes son: (a) que el servicio de Telefónica siempre presentaría fallas, a diferencia de lo ofrecido por Win, pues su servicio nunca tendría fallas; y, (b) que Telefónica no ofrece un servicio de internet a través de fibra óptica, de modo que engaña o estafa a los consumidores, por lo que Win sería el único proveedor que prestaría realmente un servicio de internet por medio de fibra óptica.
2. El 14 de octubre de 2022, la Secretaría Técnica efectuó una inspección a las páginas señaladas por Telefónica en su denuncia⁶.
3. El 24 de octubre de 2022, Telefónica presentó una ampliación de denuncia manifestando lo siguiente:

⁶ Ver nota a pie de página 3.



- (i) El 9 de octubre de 2022, Win difundió un nuevo anuncio que transmitía la misma idea que trasladó la campaña denunciada⁷. Así, la denunciada usó, una vez más, imágenes de una rata y 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 estarían engañando a los consumidores, lo cual se podía evidenciar también en un video publicado (“Instagram”) por el actor que representó al “hijo” en la campaña publicitaria. El uso de la frase vulgar e inapropiada “*meter la rata*” alude a que Telefónica ofrecería un servicio de mala calidad, por lo que su único fin es desprestigiarla mediante afirmaciones subjetivas e impertinentes.
 - (ii) La publicidad controvertida transmite un mensaje denigratorio consistente en que el servicio de Telefónica sería inseguro, sucio, desagradable, inadecuado y peligroso; en contraposición con el servicio de Win sin tales problemas. Esto, al mostrar el retiro de un módem presuntamente defectuoso con un guante quirúrgico y reemplazarlo por el módem de Win sin mediar el uso de un guante y al exhibir una caja similar a la caja que usa Telefónica para entregar los módems a sus clientes.
 - (iii) Según el informe elaborado por la empresa “Lúmini – Interpretación de Mercados” (en adelante Informe Lúmini), la campaña publicitaria denunciada alude a su empresa por ser líder del mercado de internet por banda ancha fija. Así, tales actos de denigración y comparación indebida han generado un daño efectivo a su reputación, pues la campaña denunciada dio a entender a los consumidores que el servicio de internet por fibra óptica ofrecido por Telefónica no sería de calidad, a diferencia del servicio brindado por Win.
4. Mediante Resolución s/n del 21 de noviembre de 2022, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Telefónica e imputó a Win la presunta realización de los siguientes actos de competencia desleal:
- (i) actos de denigración, consistentes en la difusión de una campaña publicitaria que menoscabaría la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de Telefónica, la cual contendría afirmaciones subjetivas, imprecisas e impertinentes que incumplirían los requisitos de licitud previstos en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, trasladando los siguientes mensajes:

⁷ Al contener la afirmación “*Yo ya fui dos veces, que vaya ella*” y, a continuación, exhibir a una rata que tira el módem al piso, luego de lo cual se usa la expresión “*(...) Como nos han metido la ra...(pido) cámbiate a Win*”. Dicho anuncio fue difundido en: <https://www.instagram.com/p/CjgELDUDwTZ/>.



- a) las afirmaciones “*sigue fallando como siempre*”, “*decían que era fibra*”, “*Ay no, ya nos metieron la ra...(pido) cámbiate a Win*” y “*Cómo nos han metido la ra...(pido) cámbiate a Win*” que, en conjunto con la imagen de una rata animada, darían 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.
- b) las afirmaciones “*sigue fallando como siempre*”, “*Uy otra vez, ¿Hijo puedes ir por favor a reiniciar el módem?*”, “*yo ya fui dos veces*” que, en conjunto con una secuencia de imágenes en las que se retiraría el módem con un guante siendo reemplazado por el módem de Win (en este caso, sin usar guantes), darían a entender que Telefónica brindaría un servicio de internet que siempre fallaría con un módem que sería inseguro y peligroso.
- (ii) actos de comparación indebida, consistentes en la difusión de 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 en el numeral 11.2 del artículo 11 de la referida Ley de Represión de la Competencia Desleal pues, 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 frente al servicio de internet por fibra óptica de Win que nunca fallaría.
5. El 19 de enero de 2023, Win formuló sus descargos, manifestando lo siguiente:

Sobre el contenido de su campaña publicitaria

- (i) La campaña publicitaria en cuestión es sarcástica, amparada bajo las licencias humorísticas que constituyen una manifestación de la libertad de expresión y la libertad de empresa conforme a la Constitución Política del Perú (en adelante la Constitución) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸ y del Indecopi⁹. El uso de elementos graciosos como la

⁸ Win invocó los artículos 2 inciso 4 y 59 de la Constitución Política del Perú y la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de agosto de 2002, emitida en el Expediente 0905-2001-AA/TC, relativa a la libertad de expresión que garantiza a las personas la potestad de transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones.

⁹ La denunciada invocó la Resolución 1857-2012/SC1-INDECOPI del 15 de agosto de 2012, referente al uso de licencias publicitarias.



animación de la mascota “rata” o el empleo de frases de uso popular no son suficientes para ser sancionados, pues es necesario observar el aspecto fantástico de su publicidad que procura retratar con humor el malestar del público por las deficiencias en la prestación del servicio de internet por fibra óptica. Interpretar lo contrario evidenciaría una falta de tolerancia por la pluralidad en el Perú, en específico, por la forma de hablar o expresarse de cierto grupo por considerarlo vulgar.

Sobre la falta de alusión en los presuntos actos de denigración y comparación indebida

- (ii) 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”*, o la secuencia donde se ve el retiro de un módem con guantes —vistos individualmente o en conjunto con la mascota (rata animada)— no contienen alguna referencia al servicio provisto por Telefónica. Por el contrario, dichos elementos se utilizan en el contexto de una conversación con un tono cómico y humorístico¹⁰.
- (iii) La campaña en cuestión no presenta una alusión inequívoca, directa o indirecta, a Telefónica o su oferta comercial, pues esta empresa no ha acreditado que los problemas en la prestación del servicio de internet fijo por fibra óptica sean un factor exclusivo y distintivo suyo. La sola utilización de la mascota (rata animada) no demuestra que la campaña controvertida estuvo referida a Telefónica o a los servicios que brinda.
- (iv) La información de junio de 2022 del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) no es pertinente, pues la información a considerar antes de la difusión de la publicidad denunciada es la de setiembre de 2022.

¹⁰ Win indicó que un caso distinto se daba si la mascota exhibida hubiese usado un gorro con el logo de Telefónica, un polo de color verde o cualquier elemento característico de la denunciante, como una frase reconocida en el mercado.



- (v) Si bien en otros casos la estructura del mercado¹¹ y el contexto en que se difundió la publicidad y sus destinatarios¹² fueron factores que permitían al público identificar a la empresa aludida en las campañas publicitarias analizadas en su oportunidad, en el presente caso, tales factores no resultan suficientes para determinar la existencia de una alusión inequívoca a Telefónica¹³.
- (vi) Las circunstancias expuestas enseguida no constituyen elementos adicionales a la estructura de mercado que coadyuven a determinar la existencia de alusión inequívoca a Telefónica en la publicidad en cuestión, pues:
- a) La publicación del creador de la publicidad (el señor Luciano Leone) en su cuenta de “Facebook” muestra su percepción personal sobre la producción de publicidad divertida, sin hacer referencia directa o indirecta a Telefónica, siendo solo un testimonio que refleja su impotencia frente al trato de “las marcas”¹⁴ con los consumidores.
 - b) Lo declarado por el actor que interpreta al “hijo” en la publicidad en cuestión no contiene una referencia directa o indirecta a Telefónica o a su producto; por el contrario, solo trata sobre su experiencia al momento de grabar el comercial y sus apreciaciones personales. Además, aun cuando sus declaraciones se refirieran a Telefónica u otro operador, obedecerían a su punto de vista personal como actor.
 - c) La forma rectangular de las cajas de los módems ofrecidos por las operadoras no es un atributo específico de la oferta de Telefónica, sino una característica derivada de la forma del módem en sí misma. Asimismo, la caja mostrada en la publicidad y la caja del módem de Telefónica son diferentes, pues la campaña exhibe un módem de color

¹¹ Win alegó que la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI, que se pronunció sobre un caso anterior, determinó que la participación de Telefónica en el mercado pertinente ascendía al 65%. Por el contrario, en el presente caso, Telefónica ostentaba una participación mucho menor (cercana al 40%), conforme al gráfico titulado “Participación por empresa operadora en el mercado de internet fijo con fibra óptica a nivel nacional” elaborado por Osiptel (ver reverso de la foja 99 del presente expediente). En ese sentido, a criterio de Win, se trataría de casos diferentes.

¹² Win señaló que dicho criterio fue utilizado por la Sala en la Resolución 2758-2010/SC1-INDECOPI del 12 de octubre de 2010, en la cual se analizó el contexto en que se difundió la publicidad y sus destinatarios, para determinar que la publicidad desplegada por América Móvil aludía de forma indirecta pero inequívoca, a Telefónica Móviles S.A.

¹³ Win invocó la diferencia que se observa en las casi inamovibles cifras de *market share* identificadas en el caso del mercado de televisión de paga referido en la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI, lo cual denotaría que las condiciones de dicho mercado y el de internet fijo por fibra óptica no serían similares.

¹⁴ Win sostiene que el uso del término “las marcas” se refiere, de forma general, imprecisa y vaga, a los demás competidores que participan en el mercado de internet fijo por fibra óptica.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

negro sin marca, al que se le retiró la antena para que no se parezca a otro módem en el mercado, mientras que el módem de Telefónica es blanco con el logo de Movistar. El uso de un guante para retirar el módem negro es parte de una licencia humorística.

- (vii) El informe de la empresa Lúmini emplea preguntas tendenciosas¹⁵ que predisponen a los evaluados a elegir necesariamente un operador, lo cual conlleva que las respuestas se vean influenciadas por factores externos al contenido publicitario. Tal informe considera las respuestas espontáneas y las sugeridas sin precisar su valor individual y sin mostrar qué empresas fueron exhibidas como alternativas o si existieron las alternativas “otras empresas” o “ninguna empresa”. El hecho de que un grupo reducido de encuestados señale que la publicidad en cuestión no alude a alguna empresa no enerva el hecho de que la metodología utilizada haya generado sesgos en las respuestas brindadas por los entrevistados.
- (viii) Los valores relativos a la percepción de confianza de Telefónica, mostrados en el cuadro de la página 19 del Informe Lúmini, son incorrectos pues su sumatoria no da como resultado 100%, sino 101%. La representatividad de la encuesta no era confiable, debido a que tomó como muestra 400 personas, aun cuando estaba planteada para medir el nivel de percepción de seis (6) regiones distintas, por lo que tal cantidad sería insuficiente para acercarse con certeza a la percepción de la población analizada. Además, se seleccionaba de modo parcializado y tendencioso opiniones no representativas de presuntos encuestados, tales como seis (6) comentarios exhibidos como prueba del desprestigio¹⁶.

Sobre los mensajes derivados de los presuntos actos de denigración y comparación indebida

- (ix) Los presuntos mensajes denigratorios que, según Telefónica, transmite la publicidad cuestionada, derivan de interpretaciones incorrectas, forzadas y falsas, pues no se traslada la idea de que Telefónica estafe o engañe a sus clientes ni la idea de que Win brinde un servicio que nunca falla. Es sesgado interpretar que resulta vulgar la inclusión de una mascota pues, aunque se trate de una rata, no cuenta con tal carácter, lo cual se verifica

¹⁵ A criterio de Win, si Telefónica hubiera querido realizar una encuesta imparcial, habría formulado una pregunta que no induzca a señalar a una empresa, como 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?

¹⁶ Al respecto, se citaron explicaciones de las personas que fueron expuestas a la publicidad quienes coincidían en señalar que no siempre recibían los servicios que las empresas les ofertaban, lo que consideraban como un engaño o estafa.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

del uso de una rata en productos o publicidad como Rémy (personaje en Ratatouille) y Speedy Gonzales.

- (x) La campaña en cuestión no da a entender que el servicio de internet por fibra óptica de Telefónica presenta fallas o que no es brindado realmente por fibra óptica, en contraposición con la oferta de Win que prestaría un servicio sin fallas o caídas. Contrariamente a lo señalado en el Informe Lúmini, la publicidad denunciada utiliza frases orientadas a capturar la percepción de un consumidor que pudo haber experimentado un mal servicio, sin hacer referencia al servicio de una empresa en particular.
6. El 13 de marzo de 2023, Win acompañó el informe de evaluación de su campaña publicitaria de Impronta Research¹⁷ (en adelante, el Informe Impronta Research), el cual mostraría que siete (7) de cada diez (10) encuestados consideraba que su campaña resultaba empática y divertida (el 67% de usuarios de Telefónica y el 82% de usuarios de América Móvil habrían respondido que la publicidad les resultaba divertida) y para el 71% de los encuestados la publicidad no era denigratoria y solo el 29% consideraba que sí (correspondiente a la sumatoria de “muy de acuerdo” y “de acuerdo”).
7. El 25 de abril de 2023, Telefónica reiteró sus argumentos y agregó lo siguiente:
- (i) El uso de la expresión “*nos metieron la rata*” en su publicidad refiere a engaño y estafa, conforme lo señalan diversos autores y tal como se verifica de una búsqueda en internet. Es irrelevante afirmar que el uso de una rata represente una figura graciosa por su “tamaño jumbo”, pues lo esencial en el análisis de denigración es el significado que atribuye el receptor, el cual, en el caso de la campaña en cuestión, es negativo. Por ende, la denunciada infringió los límites de la libertad de expresión.
- (ii) Es evidente la diferencia entre el dibujo animado “Speedy Gonzáles” (con características increíbles) y la rata utilizada en la publicidad denunciada, pues esta última tiene una connotación negativa, al transmitir que Telefónica engañaba con su servicio de internet fijo por medio de fibra óptica que siempre presenta fallas. Así, el consumidor se quedó con la imagen impregnada de una rata (en referencia a Telefónica) y la frase “*nos metieron la rata*” (nos han estafado).
8. El 18 de junio de 2023, Win reiteró los argumentos que formuló durante el procedimiento.

¹⁷ Realizado desde el 12 al 17 de enero de 2023.
M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

9. El 18 y 21 de junio de 2023, Telefónica reiteró los argumentos que formuló durante el procedimiento.

Expediente 211-2022/CCD (Procedimiento iniciado en mérito de la denuncia de América Móvil Perú S.A.C. contra Win)

10. El 11 de noviembre de 2022, América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) interpuso, ante la Comisión, una denuncia contra Win por la presunta realización de actos de engaño, denigración e infracción a los principios de legalidad y de adecuación social, supuestos establecidos en los artículos 8, 11, numeral 17.1 del artículo 17 y el literal a) del artículo 18, respectivamente, de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁸. La denuncia se sustenta en los siguientes argumentos:

Sobre los presuntos actos de denigración

- (i) Win viene difundiendo una campaña publicitaria (desde los primeros días de octubre de 2022 y que continuaría hasta la fecha de presentación de la denuncia, con un despliegue importante en televisión, radio, redes sociales y el portal web de Win), cuyo fin es transmitir la idea de que su servicio de internet por fibra óptica es el más veloz y sin interrupciones en el Perú y aludir a la oferta de sus competidores de forma denigratoria. La alusión inequívoca se sustenta en la estructura de mercado que se verifica de la información de Osiptel, la cual muestra que existirían tres (3) agentes

¹⁸ Respecto al artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ver la nota al pie 2. En lo que concierne a los demás actos denunciados, se transcriben a continuación los artículos pertinentes:

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

Artículo 8.- Actos de engaño

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

(...)

Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad

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

(...)

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 y ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;

(...).



con participación significativa que ofrecen dicho servicio (América Móvil, Win y Telefónica), sobresaliendo América Móvil y Telefónica.

- (ii) Existen elementos adicionales que contribuyen a determinar la existencia de alusión inequívoca, como el contexto en que se difundió la publicidad en cuestión, que da cuenta de una coincidencia temporal y temática entre su campaña publicitaria¹⁹ y la de Win respecto de los servicios de internet por fibra óptica, así como la reacción que generó en los consumidores, quienes manifestaban a través de “Facebook”, “Instagram” y “YouTube”, que la publicidad denunciada hacía referencia a los dos principales competidores de Win (Telefónica y América Móvil).
- (iii) La campaña publicitaria controvertida contiene afirmaciones que dan a entender que el servicio de internet por fibra óptica y el servicio técnico de América Móvil es defectuoso y poco diligente²⁰, respectivamente. Dicha campaña, además de ser impertinente en la forma por emplear la burla y exageración injustificados, no contiene información verdadera, objetiva y corroborable bajo un parámetro unívoco, por lo que es ilegal.
- (iv) La publicidad cuestionada presenta la oferta competidora como deficiente y carente de diligencia, al graficarla, de manera peyorativa, con una rata o que deja una rata con sonidos característicos. Esto pues: (i) alude a que la oferta competidora entregaría equipos sin instalar, (ii) muestra una rata como sinónimo de deficiencia e incomodidad, (iii) emplea el sonido de una rata al retirar el módem del competidor, y (iv) afirma que el competidor metería la “Ra” (refiriéndose expresamente al roedor mencionado) a sus clientes, lo que refiere al hecho de que han sido embaucados, timados, engañados o estafados, de forma vergonzosa.
- (v) La referencia a que la oferta competidora dejó una rata o que tal oferta puede ser asociada por el público a una rata, no traslada información pasible de sustentarse en un parámetro objetivo y comprobable y, menos aún, permite la constatación objetiva de la supuesta superioridad del servicio de Win frente a sus competidores, entre los que está América Móvil.

¹⁹ América Móvil señaló que venía difundiendo una intensa campaña publicitaria titulada “Velocidad + Estabilidad”, desde el 16 de marzo de 2022, para promocionar el servicio de internet por fibra óptica con lanzamientos de anuncios durante los meses de marzo, junio, agosto y setiembre de 2022; recreando el uso de videojuegos para demostrar la velocidad de su servicio de internet por fibra óptica con más de seis (6) meses de antelación a la campaña publicitaria de Win.

²⁰ América Móvil señaló que, mediante las afirmaciones: (i) “sigue fallando como siempre”, “falla como el anterior” y “puedes ir, por favor, a reiniciar el módem”; y, (ii) “Justo estoy probando, sigue fallando como siempre y decían que era fibra”, “Ahí está el módem, la caja, un cable extra”; “¡Uy, otra vez! Hijo, ¿puedes ir, por favor, a reiniciar el módem?”; y, “Sí, pero falla como el anterior”, se traslada el referido mensaje.



Sobre los presuntos actos de engaño

- (vi) La información imperceptible sobre la delimitación de los premios, consignada en el *disclaimer*²¹ de la publicidad controvertida contradice el mensaje derivado de la afirmación “*Mayor puntaje de velocidad del Perú*” y la exposición de los trofeos “Netflix – Speed Index del Perú”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022” consistente en que su internet por fibra óptica contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú durante los años 2021 y 2022²².
- (vii) La afirmación “*Mayor Puntaje de Velocidad del Perú*” difundida en una campaña publicitaria a través de diversos medios con alcance nacional da a entender que el servicio de internet de fibra óptica promocionado abarca la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional. Sin embargo, de una lectura del texto legal que aparece en el *disclaimer*, se observa que la cualidad anunciada solo sería aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo²³. Así, se vendría utilizando indebidamente un reconocimiento para afirmar un presunto “liderazgo” en nuestro país.
- (viii) 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 módem?*” muestran que Win promociona su servicio de internet por fibra óptica, resaltando su carácter infalible, al transmitir el mensaje de que los usuarios de su servicio no tendrían que reiniciar el módem o que su servicio no estaría sujeto a interrupciones. Este mensaje es engañoso, pues una de las recomendaciones de Win para superar los cortes de conexión a su servicio de internet es el reinicio del módem.

Sobre los presuntos actos contra el principio de legalidad

²¹ Término en inglés correspondiente a “descargo de responsabilidad”. Ver: <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles-espanol/disclaimer> (Verificado el 18 de junio de 2024).

²² Al respecto, América Móvil señaló lo siguiente:

- La presentación del premio “Netflix Speed Index del Perú”, acompañado de la afirmación “*Mayor puntaje de velocidad del Perú*”, da a entender que el premio sería entregado con una periodicidad anual, sin embargo, en el *disclaimer*, se precisaría que el premio corresponde únicamente a los meses de junio y julio de 2022.
- La presentación de los premios “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022” acompañados de la afirmación “*Mayor puntaje de velocidad del Perú*”, da a entender que dichos reconocimientos corresponden a los años 2021 y 2022; sin embargo, aquellos no abarcaron la totalidad de los años, sino que se limitaban a períodos trimestrales, lo cual podría ser erróneamente interpretado por los consumidores.

²³ La mencionada limitación territorial del servicio de internet de Win también se desprendería del contenido de su sitio web, en el que se indica que su ámbito de servicio comprendería a las siguientes ciudades (no regiones): Piura, Chiclayo, Trujillo y Chimbote. Por consiguiente, el servicio ofrecido por Win no tendría alcance nacional.



- (ix) Win infringió los parámetros exigidos por el artículo 16²⁴ del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Consumidor), al difundir una campaña publicitaria dirigida a menores de edad²⁵. Ello se determina a partir del hecho de que la publicidad denunciada exhibe un entorno familiar y el interior de un hogar, al mostrar una conversación entre madre e hijo en una sala, observándose que el hijo prueba el servicio de internet mientras juega un videojuego, en virtud de lo cual, surgen comentarios sobre el rendimiento del servicio de internet y los inconvenientes en su fluidez, empleando afirmaciones de naturaleza ofensiva.
- (x) En los anuncios que integran tal campaña constan las afirmaciones “*El Internet de los Winners*”, “*¡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!*”, que dan a entender que el servicio de internet por fibra óptica de Win sería el internet de los ganadores. De esa manera, estas frases revisten una connotación excluyente que produce un sentimiento de inferioridad en el público menor de edad, quienes entenderán que si no cuentan con el servicio de Win son perdedores.

Sobre los presuntos actos contra el principio de adecuación social

- (xi) La publicidad en cuestión muestra un menor de edad conversando con su madre en un ambiente de su hogar, recreando un entorno familiar. En este contexto, el uso de la frase peyorativa “*¡Ay, no! Ya nos metieron la Ra...*” banaliza o normaliza un lenguaje soez o violento contra un menor de edad y refuerza el uso de estereotipos de género capaces de promover la violencia contra la mujer.
- (xii) La referida frase es ampliamente conocida y cuenta con un efecto recordatorio en el público, pues tiene una connotación sexual relativa a la penetración o a un acto sexual no consentido, de modo que exhibe un

²⁴ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
Artículo 16.- Publicidad dirigida a menores de edad

16.1.- 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.

²⁵ América Móvil señaló que, para identificar si una publicidad está dirigida a menores, se debería valorar: (i) el contexto del anuncio (identificación de los menores y sus necesidades); (ii) el servicio promocionado; (iii) la forma cómo está estructurado el mensaje; y, (iv) informaciones adicionales como el empleo de frases, entre otros.



contenido altamente sensible que —conforme al reporte de medios adjunto que detalla el horario y los medios de comunicación en los que fue transmitida la publicidad— fue expuesto al público en general en un horario de protección al menor. Ello también fue advertido por los destinatarios de la publicidad difundida en “Facebook” quienes advirtieron el uso de un lenguaje peyorativo en la campaña publicitaria de Win.

(xiii) Un nuevo anuncio difundido desde el 9 de octubre de 2022 incluye una frase con una connotación aún más ofensiva “*¡Cómo nos han metido la Ra...!*”, pronunciada por el personaje que representa una madre en la publicidad denunciada, al ver una rata en su hogar. Así, el contexto se repetiría (interior del hogar y una conversación con su hijo) trasladando un mensaje con connotación sexual.

(xiv) La publicidad es esencial en el proceso competitivo y su libre composición es una manifestación de la libertad de expresión empresarial; sin embargo, puede reforzar estereotipos, patrones sociales no deseables, conductas ofensivas, violentas o degradantes contra la mujer u otro integrante del grupo familiar. En el presente caso, mediante las frases “*¡Ay, no! Ya nos metieron la Ra...*” y “*¡Cómo nos han metido la Ra...!*”, Win difunde una campaña publicitaria que normaliza situaciones violentas o estereotipos de género, amparándose —erróneamente— en la libertad de expresión.

11. El 28 de noviembre de 2022, América Móvil presentó una ampliación de denuncia, indicando que Win difundió un nuevo anuncio en sus redes sociales²⁶ y en televisión que refuerza la naturaleza ofensiva que transmite la publicidad denunciada²⁷, en contravención del principio de adecuación social. Ello, pues se muestra una rata con una participación más activa y agresiva, deslizando el módem del servicio de internet fijo hasta dejarlo caer al piso y que, seguidamente, empieza a patearlo en señal de rechazo e indignación²⁸.

12. Por Resolución s/n del 22 de diciembre de 2022, la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a Win la presunta realización de los siguientes actos de competencia desleal:

²⁶ Las redes sociales fueron “Facebook”, “Instagram”, “YouTube” y “TikTok”.

²⁷ América Móvil invocó la Resolución 028-1998/CCD-INDECOPI del 2 de junio de 1998 mediante la cual se sancionó la exhibición de una “conducta violenta” capaz de incentivar conductas ofensivas o antisociales.

²⁸ América Móvil indicó que esta nueva publicidad intensificó la exposición de conductas ofensivas. En un inicio, el anuncio de la campaña incluyó la afirmación “*¡Ay, no! Ya nos metieron la Ra...*”, luego se difundió una pieza publicitaria con la frase “*¡Cómo nos han metido la Ra...!*”, expresada por la persona que representa una madre y adicionalmente se exhibe una acción violenta del roedor seguido de un gesto de aceptación/consentimiento a esta conducta por parte de la madre.

- (i) La presunta realización de actos de engaño, debido que habría difundido una campaña publicitaria, a través de diversos medios (redes sociales, sitio web y fuerza de ventas):
- 1) Con las afirmaciones *“Mayor Puntaje de Velocidad del Perú”* y *“Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo”*; que 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, pues dichos reconocimientos a la velocidad del servicio de internet no habrían abarcado la totalidad de los años, sino que se limitarían a períodos trimestrales de estos.
 - 2) Con la afirmación *“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 señalaría que este servicio solo sería aplicable para las ciudades de Lima, Piura, Trujillo y Chiclayo.
 - 3) 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 módem?”*; 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.
- (ii) La presunta realización de actos de denigración, a través de una campaña publicitaria difundida por medio de redes sociales YouTube, Facebook e Instagram²⁹, debido a que habría transmitido información que menoscabaría la imagen, el prestigio y la reputación empresarial de América Móvil, la cual no sería veraz, exacta y pertinente, incumpliendo

²⁹

“Youtube”:

https://www.youtube.com/watch?v=4K_9ftpCE28&ab_channel=WINInternet y
https://www.youtube.com/watch?v=O8U5Vvkq8cVA&ab_channel=WINInternet;

“Facebook”:

<https://www.facebook.com/WINInternetpe/videos/693942085499744> y<https://www.facebook.com/WINInternetpe/videos/788962425762426>;

“Instagram”:

<https://www.instagram.com/p/CjPBoKKDk65/?hl=es> y <https://www.instagram.com/p/CjgELDUDwTZ/?hl=es>.



los requisitos de licitud previstos en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Representación de la Competencia Desleal, con los siguientes mensajes:

- a) Con las afirmaciones “*sigue fallando como siempre*”, “*falla como el anterior*” y “*puedes ir, por favor, a reiniciar el módem*” que darían a entender que el servicio de internet de fibra óptica brindado por América Móvil sería defectuoso porque siempre presentaría fallas durante la prestación del servicio.
 - b) 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...!*”, daría a entender que América Móvil engañaría o estafaría a los consumidores de su servicio, pues entregaría servicios sin instalar.
- (iii) La presunta infracción al principio de legalidad, por la inobservancia del artículo 16 del Código de 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 impresiones erróneas y sentimientos de inferioridad en el público menor de edad al no ser parte de los “*ganadores*” o “*winners*”.
- (iv) La presunta infracción al principio de adecuación social, debido a que Win habría difundido una campaña publicitaria con las afirmaciones: “*Ay no, ¡ya nos metieron la ra...*” y “*Cómo nos han metido la ra...!*”, las cuales contendrían una connotación sexual que reforzaría el uso de estereotipos de género capaces de promover la violencia contra las mujeres.

13. El 13 de marzo de 2023, Win presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:

Sobre la campaña publicitaria

- (i) La campaña publicitaria en cuestión es sarcástica y emplea elementos graciosos³⁰. Debe considerarse que el esfuerzo de las empresas de marketing y publicidad no debe verse limitado si no existen afectaciones concretas, pues se disuade el desarrollo de su creatividad, dando lugar a publicidad monótona y aburrida que atosiga al público y genera el impulso

³⁰ Win sustenta lo alegado conforme a lo expuesto en el punto (i) del numeral 5 de la presente resolución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

de saltarla y/o cambiar de canal. Ello difiere de su campaña publicitaria que divierte y recrea al consumidor.

Sobre los presuntos actos de engaño

- (ii) Las afirmaciones “*mayor puntaje de velocidad del Perú*” y “*basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicios de internet fijo*” son correctas, pues están acompañadas de información suficiente y se sustentan en los premios “Netflix” y “Speedtest”. Un análisis integral y superficial de la información contenida en su campaña³¹ permite entender que el servicio de internet fijo por fibra óptica de Win: (i) se prestaba en las ciudades de Lima, Piura, Trujillo, Chiclayo y Chimbote; y, (ii) poseía el mayor índice de velocidad durante los meses de junio y julio de 2022 con base en el ranking mensual de velocidad de “Netflix – Speed Index del Perú”; además de contar con el mayor puntaje de velocidad en el último semestre del 2021; y, en el primer y segundo trimestre del 2022, en mérito de los premios trimestrales “SpeedTest Ookla Awards”.
- (iii) 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 módem?*” no trasladan el mensaje de que Win cuenta con un servicio infalible o libre de interrupciones; pues su invocación responde a una situación generada por problemas en el servicio. Por tanto, su uso constituye una licencia humorística que no se sujeta al principio de veracidad por ser subjetiva.

Sobre los presuntos actos de denigración

- (iv) La información de junio de 2022 del Osiptel no es pertinente, pues la información a considerar antes de la difusión de la publicidad denunciada es de setiembre de 2022. Asimismo, 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*”, o la secuencia donde se ve el retiro de un módem con guantes, apreciadas individualmente o en conjunto con la mascota (rata animada), no contienen alguna referencia sobre el servicio provisto por América

³¹ Win indicó que debe valorarse lo anotado en el *scroll* de su publicidad: “*Aplica (...) para Lima, Piura, Trujillo, Chiclayo y Chimbote*”, “*Basado en el último ranking de velocidades de proveedores de servicio de Internet Fijo en Perú (junio-julio 2022)*” y “*Basado en el análisis Ookla de los datos de SpeedTest Intelligence para Perú en el Q3-Q4 2021 y Q1 2022*”. La denunciada añadió que dichos rankings están publicados originalmente en idioma inglés, en el cual la indicación trimestre corresponde al término “Quarter” que suele presentarse bajo la abreviatura Q de modo que, por ejemplo, el Q3 refiere al tercer trimestre que abarca el periodo de julio – agosto – setiembre.



Móvil, ya sea por la estructura y comportamiento del mercado³², el contenido de las frases, los personajes, la mascota (rata animada), el módem o la utilización de guantes.

Sobre los presuntos actos contra el principio de legalidad

- (v) En el Perú, la edad promedio de independización es 29 años, motivo por el cual, el contexto familiar y el uso de videojuegos en su publicidad no implica que esté dirigida necesariamente a niños, niñas y adolescentes, sino que se enfoca en la mayoría de la población que consume videojuegos, es decir, mayores de edad.
- (vi) Las frases “*el internet de los winners*”, “*dupla winner*” o “*velocidad winners*” refieren al servicio de internet que provee, a través de un juego de palabras que vincula su marca (“Win”) con sus usuarios (“winners”). Por tanto, dicha frase es subjetiva, de modo que no da a entender que el hecho de contratar con “Win” conllevará que los menores ganen o sean siempre vencedores en sus partidas de videojuegos. Asimismo, el nivel básico de comprensión de los menores del idioma inglés impide que perciban dos grupos: (i) ganadores (usuarios de “Win”) y (ii) perdedores (no usuarios de “Win”), por lo que no se produce un sentimiento de inferioridad en los menores que accedan al mensaje publicitario.

Sobre los presuntos actos contra el principio de adecuación social

- (vii) Las frases “*Ay no, ya nos metieron la rata*” o “*Como nos han metido la rata*”, no tienen una connotación sexual que incentive o refuerce estereotipos de género o la violencia contra la mujer, pues para determinar el significado de las palabras y frases “populares” se debe tener en cuenta la opinión de las personas que las usan y el contexto en las que son emitidas. Por tanto, el solo hecho de que las citadas frases tengan un significado sexual no basta para concluir que el uso en su campaña publicitaria contaba con tal sentido.

14. El 16 de mayo de 2023, la Secretaría Técnica ordenó la acumulación³³ de los procedimientos tramitados en los Expedientes 169-2022/CCD y 211-2022/CCD

³² Win sustenta lo alegado conforme a lo expuesto en el punto (v) del numeral 5 de la presente resolución.

³³ La Comisión sustentó su decisión en el hecho de que en los procedimientos tramitados bajo los Expedientes 211-2022/CCD y 169-2022/CCD, se cuestionaba la difusión de una misma campaña publicitaria que habría difundido afirmaciones presuntamente denigratorias que menoscabarían la imagen, el prestigio y la reputación de Telefónica y América Móvil.



por considerar que existía conexidad entre ambos procedimientos, al verificarse la identidad de la empresa imputada y la similitud en la materia controvertida³⁴.

15. El 4 de julio de 2023, se llevó a cabo la audiencia de informe oral, en el cual las partes reiteraron los argumentos que formularon a lo largo del procedimiento.
16. Mediante Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023, la Comisión declaró infundadas las denuncias formuladas por Telefónica y América Móvil contra Win en todos los extremos que fueron objeto de imputación³⁵. La primera instancia sustentó su decisión en lo siguiente:

Presuntos actos de denigración imputados a Win, en mérito de la denuncia de Telefónica

- (i) Para determinar la configuración de actos de denigración es indispensable verificar la existencia de alusión inequívoca. Del análisis integral y superficial de la campaña publicitaria cuestionada, no se aprecia que Win haya mencionado la denominación social o que haya empleado algún signo distintivo de Telefónica, por lo que no se verifica que la oferta de esta empresa haya sido aludida directamente.
- (ii) Considerando la no existencia de una alusión directa, correspondía analizar si por la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica y los elementos adicionales (de ser el caso), los consumidores podían apreciar e identificar fácilmente una alusión inequívoca a la oferta de Telefónica.
- (iii) La estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional muestra que existen seis (6) empresas con evidente participación y que concurren en total cuarenta y nueve (49) empresas³⁶. Por tanto, aun cuando Telefónica cuente con una posición predominante en tal mercado, no es suficiente para determinar que la publicidad en cuestión aludió inequívocamente a Telefónica o a su respectiva oferta comercial.

³⁴ Win apeló la Resolución que ordenó la acumulación y solicitó la suspensión del procedimiento tramitado bajo Expediente 211-2022/CCD y la audiencia de informe oral programada para el 4 de julio de 2023, hasta que no emita un pronunciamiento sobre su recurso. Mediante Resoluciones 4 y 5 del 20 de junio de 2023, la Comisión declaró improcedente el referido recurso y el pedido de suspensión formulado por Win.

³⁵ En línea con lo resuelto, la Comisión denegó los respectivos pedidos accesorios formulados por las denunciadas.

³⁶ La Comisión consideró pertinente emplear únicamente la información correspondiente al mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional del mes de setiembre de 2022, por reflejar con mayor cercanía la posible apreciación que un consumidor pueda tener sobre la campaña difundida y la presunta alusión inequívoca a la oferta de la denunciada.



- (iv) La publicación realizada por el creador de la publicidad controvertida y el video difundido por el actor que representa al “hijo” —invocados por Telefónica— no coadyuvan a determinar la existencia de una alusión inequívoca a Telefónica o su oferta comercial en la campaña en cuestión, pues solo reflejan la apreciación personal de quienes participaron en su realización o ejecución.
- (v) Ni el módem negro ni la caja de cartón mostradas en la publicidad denunciada —invocados por Telefónica— tienen similitud con el modelo de módem o de caja de Telefónica, pues el módem de esta empresa 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).
- (vi) Para que el Informe Lúmini —presentado por Telefónica— pueda lograr una representación adecuada de la población, debe reflejar las similitudes y diferencias encontradas en la población objetiva. De la revisión del referido informe, se advierte que presenta deficiencias técnicas y no cuenta con rigurosidad estadística, al no especificar el detalle del diseño muestral empleado para la investigación. Además, la técnica utilizada para determinar los presuntos mensajes publicitarios difundidos implicó que se circunscribiera la percepción del público encuestado en alguna de las apreciaciones de la denunciante, sesgando, de esta manera, los resultados obtenidos. Ello imposibilita que se pueda conocer con certeza el nivel de representatividad de la muestra y, en consecuencia, que se puedan extrapolar los resultados a la población.

Presuntos actos de denigración imputados a Win, en mérito de la denuncia de América Móvil

- (vii) Para determinar la configuración de actos de denigración es necesario constatar la existencia de alusión inequívoca. Del análisis integral y superficial de la campaña publicitaria cuestionada, no se aprecia que Win haya mencionado la denominación social o que haya empleado algún signo distintivo de América Móvil, por lo que no se verifica que la oferta de esta empresa haya sido aludida directamente.
- (viii) Considerando la no existencia de una alusión directa, correspondía analizar si por la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica y los elementos adicionales (de ser el caso), los consumidores podían apreciar e identificar fácilmente una alusión inequívoca a la oferta de América Móvil.



- (ix) La estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica a nivel nacional expuesta previamente³⁷ revela que este factor —aun cuando América Móvil cuente con una posición relevante en dicho mercado— no es suficiente para determinar que la publicidad controvertida aludió inequívocamente a América Móvil, a algún otro operador o a su respectiva oferta comercial.
- (x) Las interpretaciones realizadas por ciertos destinatarios de la publicidad, en base a sus conocimientos previos —que fueron expuestas en los comentarios realizados en redes sociales— no contribuyen a demostrar una alusión inequívoca a América Móvil o su oferta comercial, en la medida que únicamente refleja la apreciación personal de algunos usuarios, lo cual no es representativo de determinada población.
- (xi) La difusión previa por parte de América Móvil de la campaña publicitaria denominada “Velocidad + Estabilidad”, que incluye la recreación del uso de videojuegos, no permite identificar la existencia de alusión inequívoca a su oferta comercial, en la medida que las campañas publicitarias de América Móvil y Win mantienen una línea gráfica diferente. 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.

Presuntos actos de comparación indebida imputados a Win, en mérito de la denuncia de Telefónica

- (xii) Para determinar la existencia de actos de comparación indebida es imprescindible verificar que consta una alusión inequívoca en la publicidad bajo examen. Al respecto, no se advierte que obre un elemento en la campaña publicitaria en cuestión que aluda directamente a Telefónica o su oferta comercial. Asimismo, ni la estructura del mercado ni los elementos adicionales invocados por Telefónica (publicación realizada por el creador de la publicidad, video publicado por el actor que interpretó al “hijo” en Instagram, el módem negro que se retira con un guante siendo reemplazado por el módem de Win y la caja de un módem) contribuyen a

³⁷ Ver nota a pie de página anterior.



verificar la existencia de alusión inequívoca a dicha empresa denunciante o su oferta comercial³⁸.

Presuntos actos de engaño imputados a Win, en mérito de la denuncia de América Móvil

- Sobre el mensaje consistente en que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en función de los premios anunciados, lo cual sería inexacto y/o erróneo por no abarcar la integridad de los años 2021 y 2022
- (xiii) Un análisis integral y superficial de la publicidad denunciada muestra que esta transmite el mensaje consistente en que Win recibió los premios “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022” por contar con el mayor puntaje de velocidad en el Perú, los cuales fueron otorgados entre 2021 y 2022. Debe considerarse que la información consignada, de modo complementario, en el *scroll* de la publicidad sobre los periodos en los cuales recibió tales premios no es contradictoria. Asimismo, los medios de prueba aportados y las páginas web consignadas en la publicidad evidencian que Win cuenta con pruebas que acreditaban la veracidad de tal mensaje, de manera previa a su difusión.
- Sobre el mensaje consistente en que el servicio de internet de fibra óptica de Win abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional, pese a que solo se ofrecería en ciertas ciudades
- (xiv) De un análisis integral y superficial de la campaña en cuestión, se advierte que esta transmite el mensaje consistente en que el servicio de internet fijo por fibra óptica de 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”. Así, se da a entender que tal puntuación corresponde a su servicio ofertado en el Perú, sin especificar que abarque todo el territorio peruano. Los medios de prueba aportados y las páginas web consignadas en la publicidad evidencian que Win cuenta con pruebas que acreditaban la veracidad de tal mensaje, de manera previa a su difusión.

³⁸ Conforme se advierte de las páginas 58, 59, 60 y 61 de la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión determinó la falta de alusión inequívoca al evaluar los presuntos actos de comparación indebida imputados, con base en fundamentos análogos a los esbozados respecto a los actos de denigración materia de imputación.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

- Sobre el mensaje consistente en que Win ofrecería un servicio de fibra óptica infalible, libre de interrupciones, pues no tendrían que reiniciar el módem que brindaría conexión a internet, pese a que no sería cierto
- (xv) Un análisis integral y superficial de la campaña en cuestión revela que el mensaje principal está referido a los beneficios del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win, el cual es publicitado con una rata gigante que representa la disconformidad que tendrían los consumidores del servicio de internet fijo con otras operadoras. Así, no se ha dado a entender que Win ofrecería un servicio de internet infalible o libre de interrupciones, pues no se han empleado tales expresiones.

Presuntos actos contra el principio de legalidad imputados a Win, en mérito de la denuncia de América Móvil

- (xvi) Los personajes y la temática desarrolladas en los anuncios de la campaña en cuestión revelan que aquella no estuvo orientada a lograr la identificación de los menores con el protagonista que representa un “hijo” y sus necesidades. Si bien los protagonistas de la publicidad son una madre y su hijo (además de la rata gigante) que interactúan en un espacio hogareño, no se advierte que el personaje del “hijo” represente, de modo indubitable, a un menor de edad. Ello, pues la edad de independización de los hijos en el Perú no suele ocurrir al cumplir la mayoría de edad.
- (xvii) Se ha publicitado el servicio de internet fijo por fibra óptica (el cual puede ser usado por menores de edad y por adultos) y no el uso de videojuegos mediante la promoción de un beneficio (siendo que existen juegos en línea que no requieren conexión a internet fijo); además, el acceso a internet varía sustancialmente por la zona geográfica en la que se ubiquen los hogares a nivel nacional, por lo que su acceso para jugar videojuegos no identifica necesariamente a menores de edad. Si bien el término “winners” está estrictamente vinculado a “ganadores”, por el contexto y estructura de los anuncios de la campaña, ello no conlleva *per se* una identificación de los menores de edad como receptores de la publicidad.

Presuntos actos contra el principio de adecuación social imputados a Win, en mérito de la denuncia de América Móvil

- (xviii) Una revisión integral y superficial de la publicidad en cuestión revela que la inclusión de la imagen de una rata gigante y de jergas que expresan problemas del servicio publicitado no promueve estereotipos de género, entendidos como la preconcepción de atributos, características o roles que



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

deben cumplir mujeres y hombres para ser considerados apropiados en cada sociedad. Así, el consumidor no percibirá que las afirmaciones “¡Ay, no! Ya nos metieron la Ra...” y “¡Cómo nos han metido la Ra...!” tengan una connotación sexual que refuerce el uso de estereotipos y pueda promover la violencia o una conducta estereotipada contra las mujeres.

17. El 7 de setiembre de 2023, América Móvil apeló la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI y solicitó el uso la palabra en una audiencia de informe oral. Dicha empresa reiteró los argumentos que expuso durante el procedimiento³⁹ y añadió lo siguiente:

Sobre los presuntos actos de engaño

- (i) La Comisión interpretó extensiva y forzosamente, en contravención del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la campaña controvertida, pues un consumidor razonable entendería los mensajes que fueron materia de denuncia e imputación (relativos a que el servicio de internet por fibra óptica de Win fue el que obtuvo mayor puntaje de velocidad en Perú durante los años 2021 y 2022; al hecho de que su prestación abarcaba todo el territorio nacional y a la infalibilidad de su servicio), los cuales inducen a error al público.
 - Sobre el mensaje consistente en que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en función de los premios anunciados, lo cual sería inexacto y/o erróneo por no abarcar la integridad de los años 2021 y 2022
- (ii) La interpretación realizada por la Comisión respecto al primer mensaje imputado resulta alambicada, al señalar que el mensaje del anuncio es que los premios mostrados fueron solamente “entregados” en dichos años y no que representen el desempeño de Win durante todo 2021 y 2022.
- (iii) Considerando que la experiencia previa de los consumidores radica en la existencia de premios anuales ampliamente conocidos como el Oscar, el Grammy, el Emmy, los Golden Globes, el Balón de Oro y atendiendo al tiempo de aparición de los premios exhibidos en la campaña en cuestión, el público entenderá que dichos trofeos con la indicación de determinado año corresponden a la calificación de su servicio durante la integridad del periodo anual 2021 y 2022.

³⁹ Entre otros argumentos, América Móvil reiteró la relevancia del respeto a la libertad de expresión de la cual gozan los anunciantes e invocó la Resolución 0105-2022/SDC-INDECOPI, según la cual, tal libertad debe ser ejercida observando derechos, principios y libertades previstos en la Constitución, las leyes y las restricciones propias de la actividad publicitaria.



- (iv) La información contenida en el *scroll*, incluida en la publicidad controvertida, presenta un tamaño imperceptible y se desplaza a una velocidad que impide su lectura plena, resultando contradictoria con el mensaje consistente en que el servicio brindado por Win es el más veloz en todo 2021 y 2022⁴⁰.
- Sobre el mensaje consistente en que el servicio de internet de fibra óptica de Win abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional
- (v) La interpretación del mensaje por la Comisión es alambicada y forzada pues los elementos contenidos en la publicidad en cuestión (como las frases e imágenes de los premios y la voz en *off*) generan que un consumidor razonable, de una vista integral y superficial, entienda que el mensaje es que el servicio de internet de fibra óptica de Win abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional.
- (vi) Es contradictorio e implica una indebida motivación que la Comisión haya afirmado que el mensaje derivado de la publicidad cuestionada es que el servicio era brindado en el Perú y no a nivel nacional, pese a que, en la misma resolución, señaló —en otra sección— que la campaña examinada tuvo un alcance nacional.
- (vii) La información contenida en el *scroll* (transmitida a una velocidad que impide su lectura plena) contradice el mensaje captatorio de la publicidad cuestionada, pues cuatro (4) ciudades no representan todo el territorio nacional.
- Sobre el mensaje consistente en que el servicio de internet de fibra óptica de Win sería infalible o libre de interrupciones
- (viii) La interpretación realizada por la Comisión sobre el tercer mensaje imputado al sostener que la publicidad en cuestión no se refirió a la calidad del servicio anunciado ni a su infalibilidad, evidencia que el sustento de la resolución apelada es incongruente e insuficiente. Ello pues, al inicio de dicho pronunciamiento, la primera instancia indicó que el mensaje principal que subyace a la campaña denunciada se refiere a los beneficios del servicio publicitado, lo cual conlleva pensar que aquel es infalible.

⁴⁰ América Móvil invocó que se considere lo indicado en la Resolución 0225-2018/SDC-INDECOPI respecto a que la exposición fugaz de condiciones y restricciones en una publicidad tiene el mismo efecto sobre el consumidor que su omisión.



- (ix) En la publicidad en cuestión se señala que el internet que emplea el personaje falla constantemente (generando dudas sobre su calidad) y que Win garantiza que aquellos que se cambien a su oferta no tendrán que reiniciar el módem al utilizar frases como “¿cansando de reiniciar el módem? (...) *Ráaapido cámbiate hoy mismo a Win*”. Ello, sumado a la secuencia de imágenes de cambiar el módem anterior (que venía usando el personaje) utilizando guantes con la colocación de uno nuevo (de Win) sin guantes, refuerzan la idea de un servicio de internet sin fallas
- (x) Win no cuenta con un sustento previo a la difusión de su campaña que acredite las afirmaciones referidas a que su servicio no tiene fallas o que sus módems no necesitan ser reiniciados. Por tanto, este mensaje es engañoso, no solo por la falta de pruebas que respalden que su servicio está exento de cualquier falla, sino porque la propia imputada recomienda en su página web qué hacer cuando su servicio presenta fallas⁴¹.

Sobre los presuntos actos de denigración

- (xi) Win exigió a la agencia Lemon diseñar anuncios arriesgados para conformar una campaña publicitaria agresiva, en perjuicio de sus competidores. Así, la empresa denunciada conocía del riesgo de ocasionar un desmedro a empresas como América Móvil derivado de su campaña, en cuya elaboración antepuso sus intereses comerciales sobre el respeto a la leal competencia.
- (xii) La publicidad controvertida alude inequívocamente a América Móvil, al emplear frases y la figura de una rata, las cuales sugieren engaño y falta de calidad en los servicios que ofrecería. Existen elementos que coadyuvarían a determinar que la publicidad en cuestión aludió indirecta e inequívocamente a su oferta, los cuales son: (a) la composición del mercado de internet fijo en general (y no el mercado de internet fijo por fibra óptica)⁴² en el que se ha mantenido a lo largo de los años como el segundo proveedor más importante del Perú; (b) la campaña publicitaria difundida previamente a la campaña de Win, protagonizada por Luis Advíncula y que tenía como eje temático los videojuegos; (c) las frases

⁴¹ América Móvil indico que ello puede verificarse en el portal web <https://win.pe/blog/cortes-en-tu-internet-causas-y-como-solucionarlo/>.

⁴² En particular, América Móvil señaló que, al analizar la composición del mercado, se debía tener en cuenta el mercado de internet fijo en general y no el mercado de internet fijo por fibra óptica, puesto que un consumidor del servicio de internet no es especializado para identificar el sistema utilizado para su prestación (cable módem, WIMAX, FTT, xDSL, fibra óptica u otras tecnologías). De allí que al realizarse una alusión como la realizada por Win, el consumidor identificará a América Móvil al ser este uno de los principales proveedores de internet fijo.



empleadas en la publicidad de Win con términos como “cambiar” o la frase “Y decían que era fibra”; y, (d) la opinión pública y los comentarios de los consumidores en redes sociales, quienes habían identificado que la publicidad de Win sería una “indirecta” para América Móvil, la cual estaría representada de forma peyorativa por una rata

- (xiii) En el supuesto negado que se considere que no existe una alusión inequívoca a su empresa, Win debía ser sancionado por cometer actos de denigración en mérito de la Casación 10206-2016, emitida por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República (en adelante Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria), la cual estableció que, para determinar la existencia de actos de denigración no resultaba necesario que la publicidad haga una alusión directa ni una alusión inequívoca a la oferta de otro competidor, bastando una alusión por implicación⁴³.

Sobre los presuntos actos contra el principio de legalidad

- (xiv) Para concluir que la campaña cuestionada no se encuentra orientada a lograr la identificación con los menores, la Comisión motivó insuficientemente su pronunciamiento, pues se limitó a considerar que el personaje que representa al “hijo” en la publicidad denunciada no sería un menor de edad, sino que podría ser un adulto que vive con su madre⁴⁴ y que tal publicidad no buscaba promocionar el uso de videojuegos.
- (xv) Existen diversos factores que permiten concluir que la campaña publicitaria controvertida está dirigida a menores de edad, los cuales son:
- El contexto del anuncio: En la campaña publicitaria de Win se presenta una relación familiar quebrantada por un lenguaje ofensivo.
 - La relación entre el servicio promocionado y las necesidades de los menores: La campaña plantea el problema de que el menor de edad requiere de internet para disfrutar de los videojuegos. En tal sentido, si bien los padres de familia son los que contratan con los

⁴³ América Móvil indicó que la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria precisó que la alusión por implicación se puede desprender como consecuencia de un proceso deductivo, lógico y racional sobre las referencias e indicaciones que integran la publicidad, que permitirá al público consumidor detectar a qué competidor o competidores se encuentra directamente dirigido el anuncio.

⁴⁴ América Móvil señaló que, para llegar a dicha conclusión, la Comisión consideró una nota periodística basada en información con bajo nivel de confiabilidad.



proveedores de internet fijo, son los hijos los que necesitan y hacen uso del servicio, por lo que también son consumidores⁴⁵. Ello evidencia que existe una relación de necesidad entre los menores de edad y el referido servicio.

c) La estructura del mensaje y los recursos empleados en la publicidad: Existen distintos elementos que, sumados a los factores anteriores, coadyuvan a determinar que la publicidad cuestión se encuentra dirigida a menores de edad, como:

- El personaje del niño: El hijo que se muestra en la publicidad se trata de un niño, lo cual se verifica de una serie de recursos y elementos, como el hecho de que aparezca viendo dibujos animados (cavernícola), jugando videojuegos (“Fortnite”) y rodeado de objetos asociados a menores de edad (como un *skateboard*, una mochila escolar, unos audífonos *gamer*), el hecho de disfrutar de una merienda a base de *pop corn* y jugo, el hecho de estar descalzo (lo que es vinculado a la idea de informalidad), la forma de vestir (el uso de una casaca) y la manera de hablar del personaje (“*hola ma*”).
- La campaña publicitaria se volvió viral: Win buscó que su campaña sea viral, pues los anuncios que la integran fueron difundidos en redes sociales, cuyo mayor porcentaje de usuarios está integrado por niños y adolescentes como ocurre con “*Tik Tok*”, lo cual refuerza la idea de que su contenido está dirigido a un público que consume y comparte en línea usando internet.
- El contenido difundido por Win en su página web y en sus redes sociales: En su portal web, Win muestra una serie de notas y contenido orientados a brindar consejos sobre videojuegos y su relación con el servicio de internet fijo, además de presentar menores de edad. Asimismo, en sus redes sociales, son exhibidos elementos publicitarios y diseños que están dirigidos deliberadamente a captar la atención de un público joven.

⁴⁵ América Móvil precisó que, de acuerdo con información del INEI, durante el primer trimestre del 2020, el 92.7% de peruanos menores de dieciocho (18) años hicieron uso de internet con propósitos de entretenimiento, siendo que dentro de las principales actividades realizadas se encontraba el uso de videojuegos. Asimismo, añadió que, de acuerdo con información del Ministerio de Cultura, el grupo de 14 a 29 años fue el que más compras de videojuegos realizó en el 2019.



- (xvi) Los menores de edad a los que se dirige la publicidad cuestionada se encuentran en una posición vulnerable, a quienes se les transmitió que, de no adquirir los servicios anunciados, serían perdedores. Esto genera sentimientos de inferioridad y que influyen en sus padres para obtener los servicios publicitados.

Sobre los presuntos actos contra el principio de adecuación social

- (xvii) La publicidad controvertida contiene violencia camuflada de humor, pues normaliza un lenguaje ofensivo y violento contra las mujeres, que avala y perpetúa estereotipos nocivos para la sociedad. Es de pleno conocimiento de la población peruana y del ámbito de la lingüística que la frase “meter la rata” tiene una connotación sexual de violencia contra la mujer, lo cual evidencia que la publicidad denunciada es ofensiva, ilegal, contribuye a la violencia de género e infringe el principio de adecuación social, que procura proteger la dignidad de la persona y la igualdad.

- (xviii) Al margen de que se considere que el mensaje de la publicidad cuestionada no hace referencia a un acto sexual no consentido, la frase “meter la rata” fomenta igualmente una situación de violencia contra la mujer pues también implica “tratar mal a alguien” (como a una rata), de allí que consciente o inconscientemente perpetúa estereotipos de género que denotan violencia contra la mujer.

18. El 7 de setiembre de 2023, Telefónica apeló la Resolución 102-2023/CCD y solicitó el uso de la palabra en una audiencia de informe oral. Dicha empresa reiteró los argumentos que expuso durante el procedimiento y añadió lo siguiente:

Sobre los presuntos vicios de motivación en la Resolución 102-2023/CCD

- (i) La resolución impugnada adolece de una debida motivación o contiene una motivación aparente, pues solo refiere que se sustentó en un análisis integral y superficial de la publicidad en cuestión, sin evaluar o exponer las razones que permiten concluir que tal publicidad no denigraría a Telefónica.
- (ii) En el análisis realizado en la resolución impugnada en torno a la similitud existente entre la caja exhibida en la publicidad y la caja del módem de su servicio, la Comisión incurrió en una contradicción. Ello, debido a que dicho órgano resolutorio concluyó que la caja de la publicidad exhibida en



la publicidad no sería un elemento que determine una alusión a Telefónica puesto que no tendría la marca “Movistar”, pese a que —en otra sección de la resolución apelada— reconoció que la falta de indicación del nombre de la empresa o de sus servicios no era un impedimento para que se determine la existencia de una alusión en la publicidad.

- (iii) Asimismo, dicho pronunciamiento presenta una motivación incongruente, pues no se pronunció sobre la existencia de alusión conjunta en aquella publicidad, pese a reconocer que la publicidad controvertida aludió a otras operadoras.

Sobre los presuntos actos de denigración

- (iv) La Comisión, pese a reconocer que el lenguaje y la rata gigante son de mal gusto al transmitir un mensaje que refiere a un engaño o estafa con la consecuente carga denigratoria, desestimó la denuncia.
- (v) En particular, sobre la alusión a Telefónica, de un análisis de: (i) la participación de Telefónica en el mercado de internet mediante fibra óptica; (ii) la caja exhibida por Win (conteniendo el símbolo de un teléfono) en sus piezas publicitarias similar a la caja usada por Telefónica; (iii) el Informe Lumini; y, (iv) la composición del mercado; se puede verificar que Win efectivamente ha denigrado a Telefónica.

Sobre los presuntos actos de comparación indebida

- (vi) La campaña publicitaria en cuestión efectúa una comparación indebida entre la oferta de Win y la de Telefónica con el solo fin de que el anunciante se beneficie y se posicione en el mercado. Sin embargo, Win no exhibe información objetiva ni ajustada a la realidad o medios probatorios que acrediten que las afirmaciones vertidas en su campaña sean verdaderas, exactas o pertinentes.

19. El 1 de febrero de 2024, Win absolvió las apelaciones de América Móvil y Telefónica y reiteró los argumentos expuestos durante el procedimiento. Adicionalmente, la denunciada remarcó que su campaña publicitaria fue desplegada bajo el amparo de las licencias humorísticas, las cuales son parte de la manifestación de las libertades de expresión y de empresa, de modo que su intención fue recrear en su publicidad una madre peruana, valiente y empoderada, que utiliza una frase graciosa para expresar indignación por la prestación de un servicio deficiente, representado por la rata gigante que ingresó a su hogar.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

20. El 1 de febrero de 2024, América Móvil reiteró los argumentos expuestos en su apelación destinados a sustentar que la publicidad en cuestión comprende una alusión inequívoca a su empresa y a Telefónica, en base a los siguientes factores: (i) el entorno social y la realidad del mercado; (ii) el conjunto de elementos presentes en los anuncios difundidos por Win; y, (iii) los comentarios vertidos por usuarios en redes sociales. La recurrente sostuvo además que la resolución impugnada desconoció los límites de la libertad de expresión al validar las infracciones cometidas por Win⁴⁶.
21. El 10 de mayo de 2024, América Móvil señaló⁴⁷ que Win venía difundiendo a través de su canal de “Youtube” y sus redes sociales una nueva pieza publicitaria⁴⁸ en la que se apreciaría una rata animada y el uso de frases denigratorias, las cuales fueron identificadas por los consumidores como una continuación de la campaña cuestionada y, consecuentemente, como una referencia a América Móvil y Telefónica⁴⁹.
22. El 24 de mayo de 2024, Win solicitó a la Sala le conceda el uso de la palabra.
23. El 30 de mayo de 2024, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la participación de todas las partes del procedimiento, quienes reiteraron sus argumentos expuestos a lo largo del procedimiento. Sin perjuicio de ello, Telefónica añadió que no pretende limitar la libertad de expresión publicitaria, pues existen anuncios de competidores que transmiten atributos positivos de su oferta sin denigrar; y que la alusión inequívoca a su empresa y su oferta en la publicidad en cuestión es un hecho público y notorio que no requiere probanza⁵⁰, siendo una muestra los comentarios en las cuentas de “Instagram” y de “Youtube” de Win, que refieren a su marca “Movistar”⁵¹.

⁴⁶ Finalmente, América Móvil reiteró su solicitud para que se le conceda el uso de la palabra.

⁴⁷ América Móvil también presentó alegatos con la finalidad de rebatir lo señalado por Win en su escrito de absolución de apelación en lo relativo a que la frase “*el internet de los winners*” no sería comprendida por los menores de edad en base al bajo conocimiento del idioma inglés en el Perú.

⁴⁸ A decir de América Móvil, la nueva pieza publicitaria habría sido difundida el 18 de febrero de 2024.

⁴⁹ Sobre el particular, América Móvil presentó imágenes de tales comentarios y de las respuestas que Win habría emitido sobre ellos desde sus cuentas en redes sociales. Finalmente, reiteró su solicitud para que se le conceda el uso de la palabra.

⁵⁰ Al respecto, Telefónica invocó los artículos 176 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y 5 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

⁵¹ Telefónica presentó tales comentarios en la audiencia de informe oral llevada a cabo ante la Sala.



24. El 5 de junio de 2024, América Móvil presentó sus alegatos finales y reiteró sus argumentos expuestos durante el procedimiento.
25. El 6 de junio de 2024, Win presentó sus alegatos finales mediante los cuales reiteró sus argumentos expuestos durante el procedimiento. Adicionalmente, Win se pronunció en torno a la nueva publicidad aludida por América Móvil en su escrito del 10 de mayo de 2024, señalando que dicha publicidad no era materia de controversia en el presente caso al haber sido emitida en febrero de 2024, motivo por el cual no correspondía ser analizada.
26. El 6 de junio de 2024, Telefónica presentó sus alegatos finales mediante los cuales reiteró sus argumentos expuestos durante el procedimiento. Asimismo, Telefónica señaló que: (i) no es coherente sostener que la rata exhibida en la campaña en cuestión sea una mascota publicitaria —entendida como un personaje que representa los valores de una marca y ayuda a fortalecer el lazo entre el producto y el consumidor— pues su presentación tuvo como fin trasladar un mensaje de engaño o estafa, además de estar acompañada de un lenguaje vulgar y de mal gusto, como lo reconoció la Comisión en la resolución impugnada; y, (ii) Win había emitido otro anuncio que contiene los mismos elementos denigratorios sobre su empresa y que además utilizaba nuevas frases con un lenguaje vulgar⁵².

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

27. De acuerdo con lo expuesto, corresponde a la Sala determinar lo siguiente:
 - (i) Si la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI contiene algún vicio que conlleve a declarar su nulidad; y,
 - (ii) de ser el caso, si Win cometió los presuntos actos de denigración, actos comparación indebida, actos de engaños, actos contrarios al principio de legalidad y actos contrarios al principio de adecuación social que le han sido imputados.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. Sobre los presuntos vicios de nulidad en la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI

28. El artículo 3 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en

⁵² Al respecto Telefónica indicó que dicho anuncio consta en el enlace www.youtube.com/watch?v=xXcjLVPgGlo.
M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11



adelante TUO de la LPAG)⁵³ contempla los requisitos de validez de los actos administrativos, siendo uno de ellos, la motivación del acto. De acuerdo con el numeral 4 del referido artículo, el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción a su contenido y acorde al ordenamiento jurídico.

29. Conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 1230-2002-HC/TC, el derecho a la debida motivación no se ve infringido siempre que: (a) exista fundamentación jurídica, (b) se constate la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y (c) se exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta resulta breve o concisa⁵⁴.
30. En apelación, Telefónica solicitó la nulidad de la resolución impugnada alegando los siguientes vicios en su motivación:
- (i) La resolución apelada adolecería de un vicio de motivación o contiene una motivación aparente, pues solo refiere que se sustentó en un análisis integral y superficial de la publicidad en cuestión, sin evaluar o exponer las razones que permiten concluir que tal publicidad no denigraría a Telefónica.
 - (ii) En el análisis realizado en torno a la similitud existente entre la caja exhibida en la publicidad y la caja del módem de su servicio, la Comisión habría incurrido en una contradicción. Así, dicho órgano señaló que la caja de la publicidad no sería un elemento que determine una alusión a Telefónica debido a que no tendría la marca “Movistar”, pese a que —en otra sección de la resolución impugnada— reconoció que la falta de indicación del nombre de la empresa o de sus servicios no era un

⁵³ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

(...)

⁵⁴ **SENTENCIA RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 1230-2002-HC/TC**

“11. (...)”

La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión.

Tampoco garantiza que, de manera pormenorizada, todas las alegaciones que las partes puedan formular dentro del proceso sean objeto de un pronunciamiento expreso y detallado. En materia penal, el derecho en referencia garantiza que la decisión expresada en el fallo sea consecuencia de una deducción razonable de los hechos del caso, las pruebas aportadas y la valoración jurídica de ellas en la resolución de la controversia. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea proporcionado y congruente con el problema que al juez penal corresponde resolver.”



impedimento para que se determine la existencia de una alusión en la publicidad.

- (iii) Telefónica alegó que la resolución apelada contiene una motivación incongruente, pues la Comisión se limitó a desestimar la existencia de alusión inequívoca y no se pronunció sobre la existencia de alusión conjunta en la publicidad, pese a reconocer que la publicidad controvertida aludió a otras empresas.

31. En relación con la presunta falta de motivación mencionada en el punto (i) del numeral precedente, es preciso señalar que, una revisión de la resolución impugnada⁵⁵ permite verificar que la Comisión, luego de evaluar los argumentos y pruebas obrantes en el expediente, determinó que —a su consideración— la difusión de la campaña publicitaria en cuestión no configuró un acto de denigración. Dicho órgano analizó el contenido de la publicidad, la estructura del mercado del servicio publicitado y los factores invocados por Telefónica como elementos adicionales que sustentarían la alegada alusión inequívoca. Con base en ello, la primera instancia concluyó que no se configuraba una alusión inequívoca a Telefónica, de modo que no podría configurarse el presunto acto de denigración imputado a raíz de la denuncia de dicha empresa.
32. Por lo dicho, esta Sala ha verificado que la Comisión no se limitó a invocar el análisis integral y superficial de la publicidad ni se basó en una fórmula que resultara vacía de contenido, sino que expresó claramente los fundamentos por los cuales determinó que —a su criterio— no se configuraba una alusión inequívoca a Telefónica ni a su oferta, evaluando los argumentos formulados

55

RESOLUCIÓN 102-2023/CCD-INDECOPI DEL 8 DE AGOSTO DE 2023

"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.

(...)

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.

(...)

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.

(...)

(Subrayado añadido)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

36/144



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

por dicha administrada en lo que respecta a la presunta realización de actos de denigración imputados a Win.

33. En cuanto a la presunta contradicción reseñada en el punto (ii) del numeral 30 precedente, es preciso anotar que la Comisión señaló que —en efecto— no resulta necesario que la publicidad consigne el nombre de la empresa competidora a la que pretende referir o haga mención expresa de sus servicios, pues la alusión puede desprenderse de la evaluación de otros elementos. En el caso materia de examen, dicho órgano analizó la caja exhibida en la publicidad controvertida confrontándola con la caja que usaría Telefónica y determinó que las características que revisten —incluyendo la presencia de la denominación “Movistar” y otros elementos adicionales— permiten considerar que tales cajas no resultan similares⁵⁶. Siendo así, la primera instancia no sostuvo que la falta de indicación de la denominación de Telefónica o sus servicios, por sí misma, determinara la ausencia de alusión en la publicidad en cuestión. Por tanto, no se verifica que la resolución impugnada contenga la inconsistencia aludida por la recurrente.
34. En atención a lo expuesto, esta Sala verifica que la Comisión no incurrió en una motivación contradictoria al evaluar el alegato de Telefónica referido a la presunta similitud de la caja del módem exhibida en la publicidad y la caja del módem de su servicio.
35. En cuanto a los cuestionamientos de Telefónica detallados en el punto (iii) del numeral 30 precedente, de una lectura del pronunciamiento recurrido, se advierte que la Comisión señaló que una alusión inequívoca puede involucrar a varios empresarios que concurren en el mercado, precisando que tal alusión se sustenta en el hecho de que los operadores sean identificados o identificables por los consumidores⁵⁷. Con base en esto último, de modo posterior, la primera

⁵⁶ Cabe indicar que, si bien la Comisión hizo referencia a que la caja de los módems que solía distribuir Telefónica contenía la marca “Movistar” impresa, ello fue efectuado al realizar un análisis de las características de esta con la caja exhibida en la publicidad, tal como se aprecia a continuación:

RESOLUCIÓN 102-2023/CCD-INDECOPI DEL 8 DE AGOSTO DE 2023

“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.”
(Subrayado agregado)

⁵⁷ **RESOLUCIÓN 102-2023/CCD-INDECOPI DEL 8 DE AGOSTO DE 2023.**

“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



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

instancia consideró que la publicidad bajo examen no presenta algún elemento que permita identificar —de modo indirecto e indubitable— a Telefónica o su oferta, o, incluso, a otro operador que sea fácilmente identificable por los consumidores.

36. Bajo ese orden de ideas, el hecho de que la Comisión haya señalado —en otra sección de la resolución impugnada— que el mensaje principal de la publicidad de Win incluía la disconformidad que tendrían los consumidores respecto del servicio de internet fijo de “otras operadoras” (de forma general y amplia), no enerva que, a criterio de la primera instancia, dicho mensaje habría presentado un corte genérico sin identificar directa o indirectamente a uno o más competidores de la anunciante en concreto. Siendo así, no se advierte que la resolución apelada adolezca una motivación incongruente al haber arribado a la conclusión que la publicidad en cuestión, debido a su contenido particular, no aludiría a Telefónica de modo individual o en conjunto con otra empresa, por lo que se desestima lo alegado por la recurrente en este punto.
37. Finalmente, es importante recalcar que el hecho de que Telefónica (al igual que América Móvil) hayan formulado alegaciones que ponen de manifiesto su discrepancia con relación a los fundamentos expresados por la Comisión en el análisis contenido en su pronunciamiento, no implica que la decisión del mencionado órgano resolutorio haya sido inmotivada o que contenga un defecto en la motivación que acarree su nulidad.
38. Por lo dicho, corresponde desestimar los argumentos relativos a la presunta nulidad de la resolución impugnada. Ello, sin perjuicio de que, en los acápites sucesivos, se evaluará oportunamente la pertinencia y sustento de las alegaciones expuestas por las recurrentes para sustentar su discordancia con lo manifestado por la primera instancia al analizar el fondo de la controversia.

III.2. Sobre la libertad de expresión publicitaria

39. América Móvil ha sostenido, de manera reiterada, que la libertad de expresión de la cual gozan los anunciantes debe ser ejercida observando derechos,

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 (sic) 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 (...).**”*

(subrayado agregado)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

38/144

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



principios y libertades previstos en la Constitución, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria —conforme a lo señalado en la Resolución 0105-2022/SDC-INDECOPI—, siendo que dichos límites no habían sido respetados por parte de Win al denigrar a su empresa e incurrir en otras infracciones con una campaña que incluía frases peyorativas.

40. En ese mismo orden de ideas, Telefónica señaló que no busca limitar la libertad de expresión de otras empresas, debiendo considerar que en el mercado existen piezas publicitarias de otros competidores que trasladan atributos positivos de sus servicios sin realizar actos de competencia desleal, a diferencia de lo ocurrido en el presente caso.
41. Por su parte, Win señaló que su campaña publicitaria fue desplegada bajo el amparo de las licencias humorísticas, que son parte de la manifestación de las libertades de expresión y de empresa que fundamentan la publicidad, siendo que su intención fue presentar una campaña recreada mediante la presentación de una madre peruana, valiente y empoderada que se indigna con la utilización de una frase graciosa, por la prestación de un servicio deficiente representado a través de la rata gigante que metieron a su hogar.
42. Al respecto, el artículo 58 de la Constitución establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que se ejerce en una economía social de mercado⁵⁸. Adicionalmente, el artículo 59 consagra el derecho constitucional a la libertad de empresa⁵⁹, concepto de carácter general cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad de los agentes para crear una unidad económica, acceder al sector económico de su elección escogiendo el modelo empresarial y de gestión que deseen, y realizar libremente la actividad económica emprendida⁶⁰, siempre que no resulte lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.

⁵⁸ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

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.

⁵⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

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 públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

⁶⁰ "(...) el contenido esencial de la libertad de empresa radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente una empresa, poder acceder a cualquier sector económico de la producción o servicio y elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar; asimismo, la libertad de empresa supone la capacidad de auto-organización empresarial y la finalización de la actividad y la liquidación de la empresa, de acuerdo todo ello con los procedimientos establecidos por ley. Véase: LANDA ARROYO, César. *Reforma de la Constitución Económica: Desde una perspectiva del Estado Social de Derecho*. En: *Revista Institucional de la Academia de la Magistratura*. Número 6. Lima, 2002, p. 226.



43. Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, se desprende 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, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria.
44. Es pertinente resaltar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal señala, en su artículo 19, que el desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución; no obstante, indica a su vez que el ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado. Asimismo, el artículo 20 de dicho cuerpo normativo establece que en el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida de que tales recursos no configuren actos de competencia desleal⁶¹.
45. Por lo dicho, como se indicó precedentemente, los anunciantes deben ejercer la libertad de expresión publicitaria de modo tal que no se constituyan actos de competencia desleal que tengan incidencia en el correcto desenvolvimiento del proceso competitivo. Precisamente por ello, en el presente pronunciamiento, corresponde examinar si se configuran los presuntos actos de competencia desleal que han sido objeto de imputación contra Win, los cuales habrían sido materializados a través de la difusión de la campaña publicitaria controvertida por parte de la referida empresa denunciada.

III.3. Sobre los anuncios que forman parte de la presunta campaña publicitaria difundida por Win

⁶¹

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 19.- Ejercicio de la libertad de expresión empresarial y sus límites

19.1.- El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú.

19.2.- El ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú.

Artículo 20.- Uso de licencias publicitarias

En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

40/144

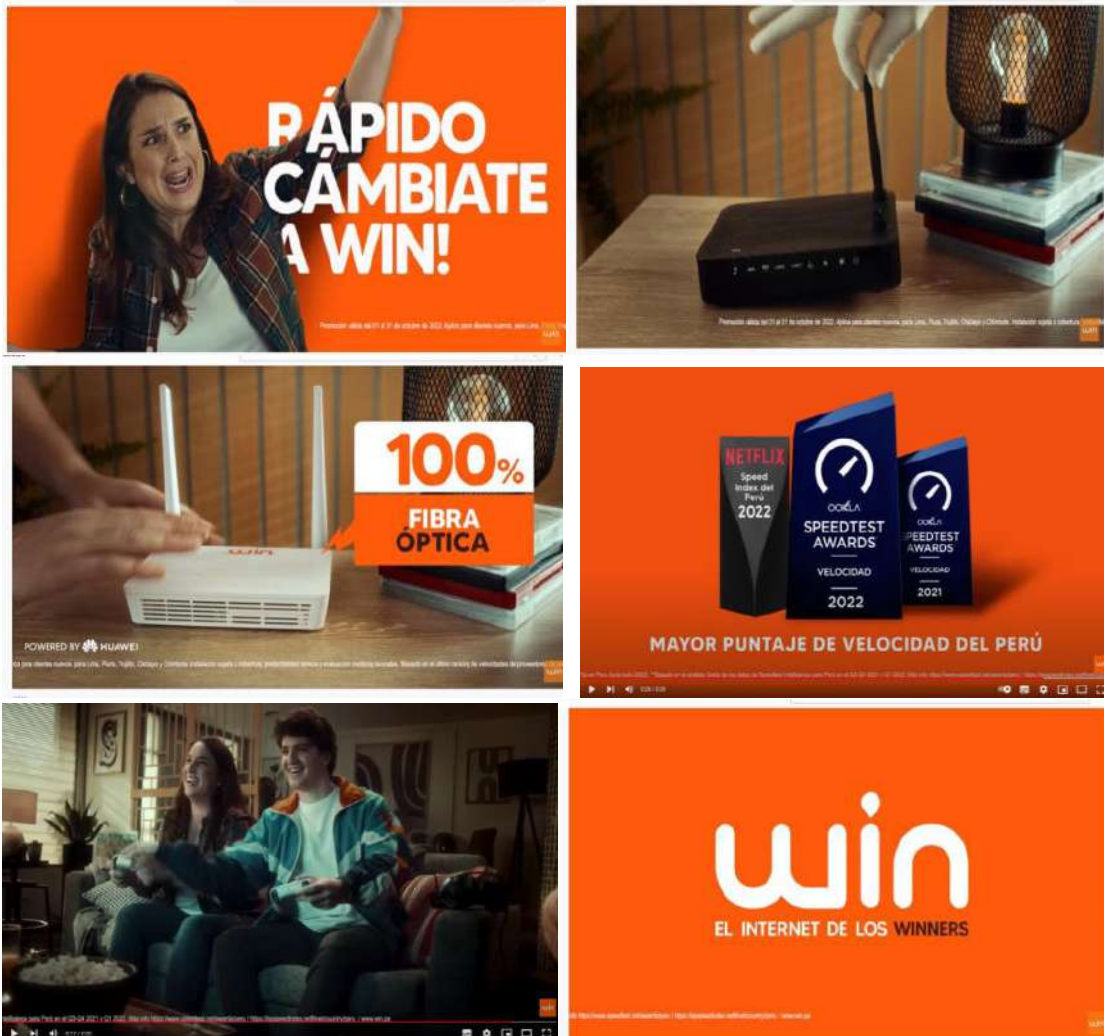
46. En la medida de que los presuntos actos de competencia desleal atribuidos a Win habrían sido materializados a través de la difusión de una campaña publicitaria, a continuación, corresponde revisar la propalación de la referida campaña. Con base en ello, posteriormente, se analizará si mediante su comunicación, se configuraron los presuntos actos de engaño, denigración, comparación indebida, contrarios al principio de legalidad y al principio de adecuación social, que han sido objeto de imputación.
47. De acuerdo con la información que obra en el expediente, Win difundió diversos anuncios a través de distintos medios de comunicación como televisión, Internet, pantallas LED en vía pública y radio⁶², algunos de los cuales se reproducen a continuación:

A. Video promocional principal difundido por televisión e Internet⁶³



⁶² Durante el procedimiento, la Secretaría Técnica de la Comisión recabó los anuncios que integrarían la campaña publicitaria denunciada.

⁶³ Dicho anuncio consta en los discos compactos (CD) que obran en las fojas 52, 55 y 233 del presente expediente, correspondientes a las inspecciones efectuadas por la Secretaría Técnica de la Comisión en las cuentas oficiales de "Youtube", "Facebook" e "Instagram" de Win. El anuncio fue difundido en televisión y en Internet desde el 2 de octubre de 2022.



En este anuncio se muestra una sala de una casa familiar, en cuyo interior hay dos personajes que representan una madre y su hijo, quienes sostienen el diálogo que se detalla enseguida, al mismo tiempo que el referido hijo continúa jugando videojuegos:

- **Mamá (M):** “Hola chino”.
- **Hijo (H):** “Hola ma”.
- **M:** “¿Vinieron a poner el internet?”
- **H:** “Justo estoy probando”.
- **M:** “¿Funciona bien?”
- **H:** “Sigue fallando como siempre y decían que era fibra, ahí está el módem, la caja, un cable extra”.

Inmediatamente después, aparece la imagen de la caja de un módem con algunos accesorios sobre una mesa pequeña.

- **H:** *“¡ah! y la dejaron a ella”.*

El hijo señala a la cocina, en la cual se encuentra una rata animada del tamaño de una persona que extrae un alimento y una bebida de la refrigeradora, luego de lo cual emite un chillido y un gesto dirigiéndose a los personajes que representan a la madre y su hijo.

- **M:** *“¡Ay no, ya nos metieron la raaa!”.*

Voz en off: De inmediato, una voz en *off* señala lo siguiente en el marco del contexto antes descrito:

- *“Ráaaapido cámbiate a Win. El internet hogar 100% fibra óptica que nació para hacer las cosas diferente”*

Seguidamente, se retira un módem negro con un guante quirúrgico mientras se oye un chillido y se coloca en su reemplazo —sin guante alguno— un módem blanco con la marca “Win”.

- *“Tenemos el mayor puntaje de velocidad del Perú. Y no lo decimos nosotros, lo dicen los expertos”*

A continuación, aparecen los personajes del hijo con una consola de videojuegos y la madre con una computadora portátil, luego se muestran las imágenes de unos premios que Win habría obtenido por la velocidad de su servicio sobre la frase *“Mayor puntaje de velocidad del Perú”* y finalmente aparecen la madre y el hijo jugando videojuegos.

- *“Cámbiate a Win, el internet de los winners”*
Aparece la frase *“quierowin.pe”*.

Las descripciones que acompañan la difusión de dicho anuncio en internet fueron las siguientes:

➤ **“Youtube”:**

“WIN | El internet de los Winners | Lanzamiento. Ráaaapido! Cámbiate a WIN en quierowin.pe y comprueba la velocidad del internet de los Winners



- **“Facebook”:**
“**WIN Internet de los Winners.** ¡Llegamos para hacer las cosas de una forma diferente! Es hora de que más peruanos disfruten de un internet 100% fibra óptica. ¡Ráaaapido! Cámbiate en <https://quierowin.pe/>”
- **“Instagram”:**
“¡Llegamos para hacer las cosas de forma diferente! Es hora de que más peruanos disfruten de un internet 100% fibra óptica. ¡Ráaaapido! Cámbiate en quierowin.pe”

B. Video publicitario difundido en Internet⁶⁴



En este anuncio se muestra la sala de una casa familiar, en cuyo interior se encuentran dos personajes que representan una madre y su hijo (ambos

⁶⁴ Dicho anuncio consta en los discos compactos (CD) que obran en las fojas 52, 55 y 233 del presente Expediente, correspondientes a las inspecciones efectuadas por la Secretaría Técnica de la Comisión en la cuenta de Win (Instagram). Fue difundido en Internet desde el 9 de octubre de 2022 en “Youtube”, “Facebook” e “Instagram”, de acuerdo a lo señalado por Win en su escrito de descargos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

sentados en el sofá utilizando dispositivos digitales), quienes sostienen el diálogo que se detalla enseguida:

- **Mamá (M):** “Uy otra vez. Hijo, ¿puedes ir por favor a reiniciar el módem?”
- **Hijo (H):** “Yo ya fui dos veces, que vaya ella [mientras señala para el lugar donde se ubica el módem].”

De modo inmediato, aparece una rata animada junto al módem y procede a empujar dicho aparato hasta que este cae al piso, luego de lo cual, emite un chillido.

- **M:** “¡Cómo nos han metido la raaa!”

Voz en off: Inmediatamente, una voz en *off* señala lo siguiente en el marco del contexto antes descrito:

- “Ráaaapido cámbiate a Win. El internet hogar 100% fibra óptica que nació para hacer las cosas diferente. Pídelo ahora con un costo cero de instalación”

Enseguida, aparecen los personajes del hijo con una consola de videojuegos y la madre con una computadora portátil, se retira un módem negro —desde la antena— con un guante quirúrgico mientras se oye un chillido y se coloca en su reemplazo —sin guante alguno— un módem blanco con la marca “Win”, mientras se proyecta la frase “S/ 0 costo de instalación”.

- “Cámbiate a Win, el internet de los winners”.

Finalmente, aparecen la madre y el hijo jugando videojuegos y la frase “quierowin.pe”.

Las descripciones que acompañan la difusión de dicho anuncio en internet fueron las siguientes:

➤ **“Facebook” e “Instagram”:**

“¿Cansado de reiniciar el módem? 😞 ¡Ráaaapido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners 😎🌟
quierowin.pe”

C. Video promocional difundido en televisión e Internet⁶⁵

⁶⁵ Dicho anuncio consta en el disco compacto (CD) que obra en la foja 245 del presente expediente, correspondiente a la inspección efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión en la cuenta oficial de "Youtube" de Win.



En este anuncio, se muestra el ambiente de una sala de una casa familiar y se escucha la voz de dos personajes que representan una madre y su hijo, quienes sostienen el diálogo que se detalla enseguida:

- **Mamá (M):** “Ya va a empezar el partido, ¡ponlo!”

En lo sucesivo, se muestra una pantalla de televisión donde aparece una caricatura. Al cambiar de canal, sintonizan un partido de fútbol en el que un jugador está efectuando un disparo al arco. De pronto, se corta la transmisión y aparece la frase “😞 partido no disponible” y se presenta el siguiente diálogo:

- **Hijo (H):** “Ma, nuestro plan no incluye ese partido.”

Seguidamente, aparece una rata animada que se encuentra junto al módem, la cual procede a tirar dicho aparato al piso, luego de lo cual efectúa un ademán de patearlo mientras emite un chillido

- **M:** “¡Cómo nos han metido la raaa!”

Inmediatamente, una voz en *off* menciona lo siguiente:



Voz en off: “Ráaapido cámbiate a Win. Y no te quedes con el mundial a medias. Con la dupla winner de internet de 100% fibra más Direct TV GO, puedes disfrutar en exclusiva todos los partidos del mundial Qatar 2022. Pide nuestras promos llamando al 01 707 3000”.

Seguidamente aparece la frase: “64 partidos del mundial Catar 2022” y finalmente la expresión “Cámbiate a Win: (01) 707 3000 quierowin.pe”.

D. Anuncios radiales

D.1 Anuncio radial 1⁶⁶

- **Mamá (M):** “Hola hijo, y ¿pusieron el nuevo internet?”
- **Hijo (H):** “Sí, pero falla como el anterior.”
- **M:** “¡Ay no, ya nos metieron la raaa!”

De modo inmediato, una voz en *off* menciona lo siguiente:

Voz en off: “Ráaapido cámbiate a Win. El internet hogar 100% fibra óptica. Pídelo hoy mismo. Costo de instalación en www.win.pe. Win, el internet de los winners. Vigente del 1 al 31 de octubre de 2022. Sujeto a cobertura. Aplica restricciones. Mas información www.win.pe/promociones”.

D.2 Anuncio radial 2⁶⁷

- **Mamá (M):** “Hola hijo, ¿y pusieron el nuevo internet?”
- **Hijo (H):** “Sí, pero sigue fallando como siempre.”
- **M:** “¡Ay no, ya nos metieron la raaa!”

Inmediatamente después, una voz en *off* menciona lo siguiente:

Voz en off: “Ráaapido cámbiate a Win. El internet hogar 100% fibra óptica que nació para hacer las cosas diferente. Pídelo sin costo adicional al 01 707 3000. Triplica tu velocidad por dos meses. Win, el internet de los winners. Válido del 1 al 31 de octubre de 2022. Aplica restricciones www.win.pe/promociones.”

⁶⁶ Dicho anuncio consta en el disco compacto (CD) que obra en la foja 233 del presente expediente, correspondiente a la constatación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión. De acuerdo con lo señalado por América Móvil, fue difundido en emisoras radiales desde el 10 de octubre de 2022.

⁶⁷ Dicho anuncio consta en el disco compacto (CD) que obra en la foja 233 del presente expediente, correspondiente a la constatación efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión. De acuerdo con lo señalado por América Móvil, fue difundido en emisoras radiales desde el 14 de octubre de 2022.

E. Anuncio en panel LED⁶⁸



En dicho anuncio, se aprecia la imagen de una rata sujetando la manecilla de un velocímetro que impide su avance con la frase “¿Harto del internet lento?” Luego, se presenta una imagen con la expresión “Cámbiate a Win” y se muestra un velocímetro que avanza rápido hasta el máximo posible. Inmediatamente después, se exhibe las imágenes de unos premios que Win habría obtenido por la velocidad de su servicio con el enunciado “El Internet Hogar con mayor puntaje de velocidad del Perú”.

III.4. Análisis de una campaña publicitaria

48. El artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁶⁹ establece las pautas de enjuiciamiento de los anuncios, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Esto, en función de todos los elementos comprendidos en el anuncio.
49. En el caso particular de las campañas publicitarias, el enjuiciamiento de la publicidad exige que se analicen los anuncios en conjunto, considerando las

⁶⁸ En el disco compacto (CD) que obra en la foja 233 del presente expediente, consta una grabación en video que permite apreciar la proyección de imágenes en paneles LED ubicados en la vía pública, así como el acta de constatación notarial de dichos paneles efectuada en la vía pública el 26 de octubre de 2022.

⁶⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.

21.1 La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

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



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

50. De acuerdo con la definición recogida por 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 principal⁷⁰.
51. En consecuencia, para examinar una campaña publicitaria se requerirá identificar el mensaje principal que se encuentra presente en las piezas publicitarias que la integran. Este mensaje permitirá interpretar los alcances de cada anuncio respectivo en la medida que trascenderá a tales soportes publicitarios.
52. Un análisis integral de los anuncios difundidos y de la información recabada en el curso del presente procedimiento, permite apreciar lo siguiente:
 - Fueron difundidos por un mismo agente económico (Win);
 - en un mismo período y espacio geográfico⁷¹;
 - a través de diversos medios comunicación como canales digitales ("Facebook", "Twitter", "Instagram", portal oficial de Win) y tradicionales (televisión, radio, pantallas LED ubicadas en la vía pública);
 - respecto de un mismo servicio (internet fijo de fibra óptica); y,
 - transmiten un solo mensaje unificador respecto del servicio de internet fijo para el hogar mediante fibra óptica ofrecido por Win, consistente en que contaría con una serie de beneficios en torno a su calidad y velocidad, en

⁷⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL.**

Artículo 59.- Definiciones

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

e) Campaña publicitaria: a los anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal;

⁷¹ Según lo manifestado por la propia imputada, los anuncios de la campaña publicitaria fueron difundidos a nivel nacional (espacio geográfico), desde el 2 de octubre de 2022, encontrándose disponibles algunos de ellos -a través de las redes sociales- a la fecha de notificación de las imputaciones de cargo del presente procedimiento. En el caso del Expediente 169-2022/CCD (iniciado por la denuncia de Telefónica), Win fue notificado con la imputación de cargos el 15 de diciembre de 2022 (fojas 61 y 62 del expediente). Por su parte, en el Expediente 211-2022/CCD (iniciado por la denuncia de América Móvil), Win fue notificado con la imputación de cargos el 26 de enero de 2023 (foja 270 del expediente).



contraste con otros operadores en el mercado que se caracterizarían por producir disconformidad en sus usuarios por las deficiencias que presentarían sus prestaciones.

53. De acuerdo con lo antes indicado, esta Sala ha corroborado que la publicidad objeto de cuestionamiento difundida por Win presenta elementos que permiten determinar que aquella constituye una campaña publicitaria. Por consiguiente, la publicidad materia de denuncia será descrita y analizada como una campaña publicitaria en el presente pronunciamiento.
54. Es preciso anotar que, si bien los anuncios que integran la campaña publicitaria en cuestión transmiten un mensaje unificador, aquella puede trasladar mensajes adicionales derivados del contenido (imágenes, frases, sonidos, entre otros) de los anuncios que la integran. Por tanto, en los sucesivos acápite, será objeto de evaluación la campaña controvertida a fin de determinar si se configuran los presuntos actos de competencia desleal objeto de imputación, para lo cual se tendrá en cuenta el contenido de los anuncios respectivos.
55. Finalmente, es importante señalar que aun cuando América Móvil y Telefónica⁷² hicieron referencia a que en el mes de febrero de 2024, Win habría emitido una nueva pieza publicitaria en la que incluía el personaje de la rata y utilizaría frases similares a las utilizadas en la campaña publicitaria evaluada, presentando alegatos y medios probatorios en torno a dicha nueva pieza publicitaria (por ejemplo, algunos comentarios que algunos usuarios habrían emitido en redes sociales); lo cierto es que la referida pieza publicitaria no podría ser evaluada en el presente procedimiento administrativo, al no formar parte del material publicitario que fue objeto de denuncia y de imputación por parte de la Comisión en el presente procedimiento.

III.5. Sobre la presunta realización de actos de denigración en mérito de las denuncias formuladas por América Móvil y Telefónica

III.5.1. Marco normativo

56. El artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal⁷³ establece que los actos de denigración son aquellos que tienen como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

⁷² Mediante escritos presentados el 10 de mayo y 6 de junio de 2024, respectivamente.

⁷³ Ver nota a pie de página 2.



57. En doctrina, la denigración es definida como una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios⁷⁴. Así, serán consideradas desleales y sancionables aquellas afirmaciones o declaraciones en donde las empresas o sus representantes empleen frases e imágenes que generen ilegítimamente descrédito, sea en tono despectivo o no, a los productos o servicios de un determinado agente en el mercado.
58. De acuerdo con ello y tal como la Sala ha precisado en diversos pronunciamientos⁷⁵, la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración requiere la mención o alusión a competidores o a su oferta. Esto es así, pues, no podría existir un menoscabo a la imagen o reputación de un presunto competidor o competidores si estos ni siquiera resultan identificables, ya sea directamente o por implicación. En tal sentido, para verificar la existencia de un acto de denigración, es necesario que el presunto infractor haya hecho una mención directa a un competidor o a su oferta, o que por implicación la identificación de dicho competidor sea fácilmente perceptible por los consumidores, esto último debido a una alusión indirecta.
59. En esta línea argumentativa, la doctrina distingue entre “(...) *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 (...)*”⁷⁶. (subrayado agregado).
60. Al respecto, se ha indicado que “*el anunciante realizará una alusión directa (explícita) cuando haga referencia a la marca de los productos o servicios, nombre o establecimiento de otro agente económico, incluso, haciendo uso de imágenes. La alusión será indirecta (implícita) cuando un sector significativo del público destinatario del anuncio pueda deducir, en función a las circunstancias,*

⁷⁴ DE LA CUESTA RUTE, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Navarra: Eunsa. 2002, pág. 179.

⁷⁵ Por ejemplo, ver Resoluciones 0244-2013/SDC-INDECOPI, 0858-2013/SDC-INDECOPI, 0835-2014/SDC-INDECOPI, 0409-2017/SDC-INDECOPI, 103-2019/SDC-INDECOPI, 0065-2022/SDC-INDECOPI y 0068-2023/SDC-INDECOPI.

⁷⁶ LEMA DEVESA, Carlos. “La Publicidad comparativa en la Unión Europea”. RDM, 291/2014, Civitas, Madrid, pp. 313-326.



a qué competidor o competidores se está haciendo referencia de manera inequívoca. Así, la doctrina señala que, en este tipo de anuncios, los agentes aludidos deberán resultar identificados o identificables para el público destinatario del mensaje o para un sector significativo de éste⁷⁷.

61. La Ley de Represión de la Competencia Desleal reconoce que la alusión que debe existir en los actos de denigración puede involucrar no solo a un agente, sino a varios empresarios que concurren en el mercado, de modo que puede tratarse de un acto que tiene destinatarios plurales de los efectos perjudiciales⁷⁸. Ello, en la medida que, por ejemplo, se puede aludir de manera denigratoria, a un producto comercializado por más de un agente económico⁷⁹.
62. De ese modo, la difusión de publicidad puede hacer referencia a más de un agente económico que concurre en un determinado mercado. Así pues, el hecho de que mediante un anuncio se haga referencia a diversos agentes económicos no descarta que dicha publicidad pueda calificar como denigratoria, siempre que contenga elementos suficientes que aludan a competidores identificados o identificables de forma específica o a los productos que -en particular- ofrecen en un determinado mercado.
63. Sin perjuicio de lo expuesto, los mensajes comunicados por un agente económico respecto a un competidor o a sus prestaciones podrán ser reputados como lícitos en caso transmitan información que resulte, de modo concurrente, verdadera, exacta y pertinente, tanto en la forma como en el fondo, conforme lo contempla en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Para mayor detalle, contiene anotar que esta disposición contiene cuatro (4) requisitos de licitud, los cuales constituyen los siguientes:
 - (i) la información comunicada debe ser verdadera, por su condición de objetiva, comprobable y ajustada a la realidad;
 - (ii) la información transmitida debe ser exacta, es decir, que los datos en los que se apoye deberán ser actuales y evitarse cualquier tipo de ambigüedad;
 - (iii) la información trasladada debe ser pertinente en cuanto a la forma, esto es, evitar la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado; y,

⁷⁷ TATO PLAZA, Anxo. "La publicidad Comparativa". Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 21-22.

⁷⁸ Tal como se precisa en el numeral 11.1 del artículo 11 de dicho cuerpo normativo. Al respecto, ver nota a pie de página 2.

⁷⁹ A manera de ejemplo, ver Resoluciones 858-2013/SDC-INDECOPI y 071-2018/SDC-INDECOPI.



(iv) debe existir pertinencia en cuanto al fondo, esto es, la información que se pone en conocimiento no debe contener alusiones a la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualquier otra circunstancia estrictamente personal del agente aludido.

64. En mérito de lo expuesto, se concluye que, si la información trasladada por la empresa denunciada reviste los requisitos antes señalados de modo concurrente, la actuación objeto de cuestionamiento por medio de la cual se transmite la referida información no calificará como un acto denigratorio.

III.5.2 Aplicación presente caso

65. Mediante Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundadas las denuncias de Telefónica y América Móvil contra Win por la presunta realización de actos de denigración. Dicho órgano consideró que la campaña publicitaria en cuestión no contiene una alusión directa o indirecta a tales denunciados u otra empresa ni a sus respectivas ofertas, motivo por el cual determinó que no correspondía analizar si los mensajes transmitidos cumplen con los requisitos de licitud previstos en el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

66. En apelación, tanto Telefónica como América Móvil sostuvieron que ciertos elementos contenidos en los anuncios que integran la campaña controvertida y el contexto en que fue difundida revelan la existencia a una alusión a sus ofertas de servicio de internet fijo por fibra óptica. Las denunciados añadieron que, a su criterio, los mensajes que trasladan los anuncios que conforman la campaña publicitaria de Win que han sido objeto de imputación revisten un carácter denigratorio y, por tanto, ilícito.

67. Con relación a lo alegado por las recurrentes es oportuno enfatizar que la configuración de actos de denigración requiere que se verifique, en primer lugar, si la campaña materia de cuestionamiento difundida por Win contiene una alusión a las denunciados o a sus respectivas ofertas. En caso se determine la alusión a Telefónica y/o a América Móvil o a sus ofertas en particular, se procederá a evaluar si la información trasladada resulta ser veraz, exacta, pertinente en forma y en fondo.

68. Ahora bien, en la medida que Telefónica y América Móvil constituyen dos agentes económicos independientes y que han formulado argumentos específicos dirigidos a sustentar que la publicidad en cuestión presenta una alusión a su respectiva oferta, corresponde efectuar una evaluación particular



con relación a cada uno de dichos denunciantes. Ello, sin perjuicio de que, en la descripción de la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica en nuestro país, se haga referencia a ambas empresas operadoras.

Sobre la presunta existencia de alusión a Telefónica o su oferta comercial

69. De acuerdo con la descripción de la campaña publicitaria indicada en el acápite III.3. de la presente resolución, se advierte que los anuncios que integran dicha campaña trasladan como mensaje unificador que el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win cuenta con una serie de beneficios en torno a su calidad y velocidad, en contraste con aquel ofertado por otros operadores en el mercado que producirían disconformidad en sus usuarios debido a las deficiencias de sus prestaciones.
70. Al respecto, conviene recordar que —tal como fue descrito con antelación— los anuncios que integran dicha campaña contienen elementos denominativos, gráficos y audiovisuales dirigidos a representar el uso de internet en un contexto familiar, situación en la cual acaecerían ciertas fallas en la prestación del servicio de internet fijo de fibra óptica contratado con una empresa distinta de la anunciante. En tal escenario, Win resalta la calidad y velocidad que caracterizaría al servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece, lo cual encontraría sustento de los premios exhibidos en algunas de las piezas publicitarias que conforman la campaña.
71. De esta forma, esta Sala advierte que los anuncios que integran la campaña publicitaria en cuestión no contienen una mención directa a Telefónica, a sus signos distintivos o a algún elemento particular que conlleve que el público usuario vincule tal publicidad de manera directa con Telefónica o a su respectiva oferta de servicio de internet fijo por fibra óptica.
72. Es necesario recordar que la alusión también puede tener lugar de manera indirecta o implícita, conforme ha sido expuesto en el marco jurídico antes desarrollado. En vista de ello, a continuación, corresponde analizar si concurren circunstancias que permitan determinar que la publicidad controvertida contiene una clara alusión (indirecta o implícita) a Telefónica. Para tal efecto, se examinarán los factores invocados por dicha empresa en el curso del presente procedimiento.
73. Las circunstancias que, según Telefónica, coadyuvarían a determinar la existencia de alusión implícita a su oferta son las siguientes: (i) la composición del mercado; (ii) la similitud en la caja del módem y en la figura de un teléfono en el módem; (iii) el Informe Lúmini; y, (iv) los comentarios emitidos en redes



sociales⁸⁰. Por consiguiente, esta Sala procederá a verificar si los referidos factores invocados por dicha recurrente permiten sustentar la referida alusión a Telefónica o su oferta comercial.

A. Sobre la composición del mercado

74. Telefónica alegó que, a setiembre de 2022, contaba con la mayor participación en el mercado de internet fijo por fibra óptica (42.4%) y, en segundo lugar, estaba Win (24.8%), lo cual generó que la campaña en cuestión sea asociada a Telefónica en su condición de principal participante y mayor competidor, más aún si la publicidad incluyó la afirmación “*Ra...(pido) cámbiate a Win*”. La recurrente añadió que: (a) en la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI se analizó un caso similar, del cual se desprende que el porcentaje de participación no es un elemento esencial, sino la estructura del mercado, apreciándose en el presente caso que Telefónica es el líder; y, (b) el hecho de que en el mercado actual no concurren las mismas empresas del Grupo Telefónica presentes en el pronunciamiento citado es irrelevante. Por tanto, la apelante considera que debe valorarse la composición de mercado como un factor relevante.
75. Adicionalmente, la recurrente señaló que un consumidor razonable no suele diferenciar las tecnologías a través de las cuales se ofrece el servicio de internet, lo cual, sumado al referido liderazgo permanente de Telefónica en el mercado, conlleva que el público perciba a dicha empresa como el operador con mayor cantidad de clientes. La apelante añadió que, en el presente caso, existía un escenario similar al descrito en la Resolución 2758-2010/SC1-INDECOPI, donde concurren dos operadores principales en el mercado y otros agentes con cuotas pequeñas de participación, lo cual conlleva a que los consumidores perciban indubitablemente la alusión que realice alguno de tales operadores relevantes respecto del otro.
76. Sobre el particular, conviene anotar que un importante sector de la doctrina⁸¹ estima que existen determinadas circunstancias que aumentan y otras que aminoran las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad. En algunos casos, la referencia efectuada a la oferta de los productos o servicios de la competencia en los anuncios publicitarios puede generar una alusión intensa y, en otros, simplemente podría resultar muy tenue, de modo que no permita que los consumidores identifiquen algún producto o servicio

⁸⁰ En apelación, Telefónica señaló que, si bien dentro del análisis de alusión contenido en la resolución impugnada, la Comisión incluyó la evaluación de la publicación del video del actor que aparece en los anuncios y la imagen del guante que retira el módem, dicha empresa precisó que tales elementos fueron alegados para sustentar el contenido denigratorio de la publicidad y no para acreditar el requisito de alusión.

⁸¹ Ver TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 20-39.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

determinado. Para tales efectos, la Sala en casos anteriores ha determinado algunos parámetros que pueden ser considerados al evaluar si una publicidad alude o no a un competidor determinado, en función de las circunstancias correspondientes a la composición del respectivo mercado (ver, entre otras, las Resoluciones 2758-2010/SC1-INDECOPI⁸², 0929-2011/SC1-INDECOPI del 26 de abril de 2011⁸³ y la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI⁸⁴).

77. De los casos citados en el párrafo precedente se desprende que, la Sala ha señalado que uno de los parámetros que pueden tener en cuenta los consumidores para definir el contenido de una publicidad es la estructura del mercado y su correspondiente desenvolvimiento. En efecto, la estructura y comportamiento del mercado es un elemento importante que puede permitir identificar aquella empresa aludida en una publicidad, aun cuando no se haga una mención expresa de ella ni se utilicen sus signos.
78. Ahora bien, en atención a la referida premisa, resulta necesario enfatizar que la composición y la conducción de cada mercado en específico deberá ser

⁸² En dicha oportunidad, se analizó una publicidad difundida por América Móvil y se concluyó que, pese a que no existía en la pieza publicitaria denunciada una mención a Telefónica Móviles S.A., en el contexto del respectivo caso, el comportamiento del mercado y su estructura oligopólica permitían presumir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa.

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

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

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

⁸³ La referida Resolución indicó que pese a no existir una mención expresa a la bebida gaseosa “Inca Kola”, por la composición del mercado de colas amarillas, los consumidores entenderían que la referencia inequívoca efectuada por las denunciadas a una gaseosa representativa que es extrañada por un migrante peruano es respecto de “Inca Kola”, dado que esta marca de gaseosa reunía la mayor parte de la participación del mercado de las bebidas gaseosas amarillas.

Ver: Resolución 0929-2011/SC1-INDECOPI del 26 de abril de 2011, emitida en el procedimiento seguido por Corporación Inca Kola Perú S.R.L. contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Jeyo Producciones S.A.C.

⁸⁴ En la referida Resolución 303-2013/SDC-INDECOPI se señaló que, la composición del mercado es un elemento por considerar en el análisis de una presunta alusión a la oferta de un competidor. En dicho caso, la Sala determinó que si bien Telefónica (Grupo Telefónica) no era el único competidor de Directv, la composición del mercado -en el que Telefónica gozaba de una posición predominante- era un factor que permitía evidenciar que Directv tenía una vocación expansiva y que, por tanto, existía un propósito alusivo a la oferta de Telefónica.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

57/144

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



analizado de acuerdo con las características particulares de los agentes económicos concurrentes, en un determinado espacio y tiempo.

79. No se debe perder de vista que, si bien la estructura y el comportamiento del mercado pueden contribuir a dilucidar si la publicidad contiene una alusión, esta última debe ser examinada teniendo presente la percepción del consumidor. Esto quiere decir que la autoridad deberá realizar un examen de la publicidad que es sometida a análisis, considerando los elementos particulares que aquella contenga y las circunstancias específicas presentes en su difusión.
80. Telefónica alegó que un consumidor razonable no suele diferenciar las tecnologías a través de las cuales se ofrece el servicio de internet, lo cual, sumado a su referido liderazgo permanente en el mercado, conllevaría que el público la perciba como el operador con mayor cantidad de clientes.
81. Al respecto, es importante mencionar que la campaña publicitaria difundida por Win que ha sido materia de imputación contiene elementos que permiten advertir que, de manera destacada, se encuentra dirigida a publicitar el servicio de internet fijo por fibra óptica (lo cual se verifica del empleo de expresiones como *“El internet hogar 100% fibra óptica que nació para hacer las cosas diferente”*), resaltando los beneficios que contendría, a diferencia del mismo servicio brindado por sus competidores (como se evidencia en el uso de expresiones como *“y decían que era fibra”*).
82. Lo indicado en el párrafo previo no responde a una interpretación alambicada ni resultaba de difícil aprehensión por parte de los consumidores, en la medida que, como se indicó antes, en la campaña publicitaria controvertida se destaca, por medio de la consignación de diversos elementos, que el servicio anunciado es el internet fijo por fibra óptica. Por ende, el mensaje relativo al tipo de servicio sobre el cual versa la campaña publicitaria analizada resulta natural y de fácil recordación, a partir de una revisión superficial de los anuncios bajo examen, sin que ello implique que el público consumidor cuente con una pericia especial o que deba conocer todos los tipos de tecnología empleadas en la provisión de servicio de internet fijo (ni sus aspectos técnicos).
83. Entonces, dado que se ha identificado el mercado sobre el que versa la publicidad en cuestión (servicio de internet fijo por fibra óptica), corresponde evaluar la estructura y comportamiento de dicho mercado en específico.
84. Aunado a ello, es relevante destacar que Telefónica no ha proporcionado algún elemento (como un estudio o investigación de mercado sobre los usuarios del servicio de internet fijo) que sustente el hecho de que los consumidores no



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

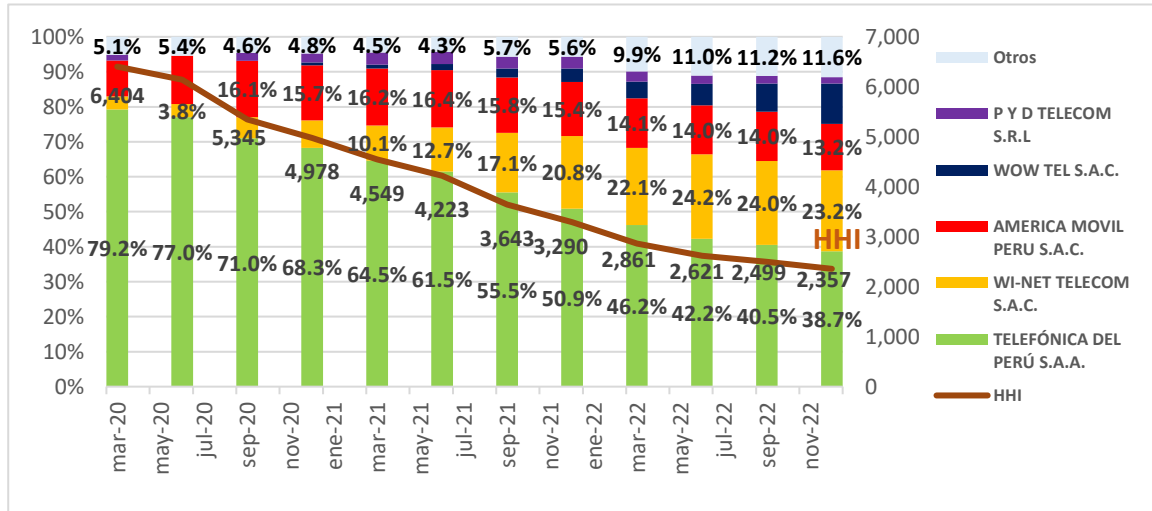
prestan atención o no valoran a la tecnología que será utilizada en el servicio de internet fijo que contrata con un operador. Por tanto, no se verifica que corresponda ampliar el examen sobre la estructura y desenvolvimiento del mercado correspondiente a la publicidad controvertida (esto es, el servicio de internet fijo por fibra óptica) al mercado de internet fijo en general.

85. De esta forma, habida cuenta que la publicidad en cuestión —tal como se indicó previamente— exhibe elementos que evidencian, de manera indubitable, que la prestación cuya contratación se promueve consiste en el servicio de internet fijo por fibra óptica ofertado por Win, resulta conveniente examinar si la composición y conducción de dicho mercado específico (identificable por el público consumidor expuesto a la publicidad), permite determinar que la campaña publicitaria cuestionada comprende una alusión dirigida a Telefónica o su respectiva oferta comercial.
86. De manera primigenia, conviene tener en cuenta que los anuncios que conforman la campaña publicitaria de Win fueron difundidos desde el 2 de octubre de 2022. Por ende, resulta relevante considerar las características del mercado de internet de fibra óptica a nivel nacional correspondiente al 30 de setiembre de 2022, por tratarse del periodo previo⁸⁵ al inicio de la difusión de la campaña materia de cuestionamiento.
87. Sobre la base de lo antes mencionado, es pertinente indicar que, de acuerdo con la información publicada por Osiptel acerca del nivel de participación nacional correspondiente a las empresas que brindan el servicio de internet fijo por fibra óptica (a setiembre de 2022)⁸⁶, se aprecia que concurren un total de cincuenta y cinco (55) empresas, pues esta cantidad de operadores fueron las que reportaron conexiones de internet de fibra óptica. De dichas empresas, se observa que Telefónica contaba con el 40.5% de participación, seguido por Win, América Móvil y Wow Tel S.A.C. con participaciones de 24%, 14% y 8.1% en el total de conexiones, respectivamente.

⁸⁵ La composición reportada por Osiptel respecto al mercado de fibra óptica se realiza de manera trimestral, con cortes de información en los fines de mes de marzo, junio, setiembre y diciembre. Así pues, no se contaría con información de la composición de mercado al cierre de octubre, ni noviembre de 2022, motivo por el cual corresponde considerar las particularidades del referido mercado al 30 de setiembre de 2022.

⁸⁶ Estadísticas de las conexiones de internet en la página web del Osiptel: <https://punku.osiptel.gob.pe/>. Verificado el 18 de junio de 2024.

EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO DE INTERNET DE FIBRA ÓPTICA (2020-2022)

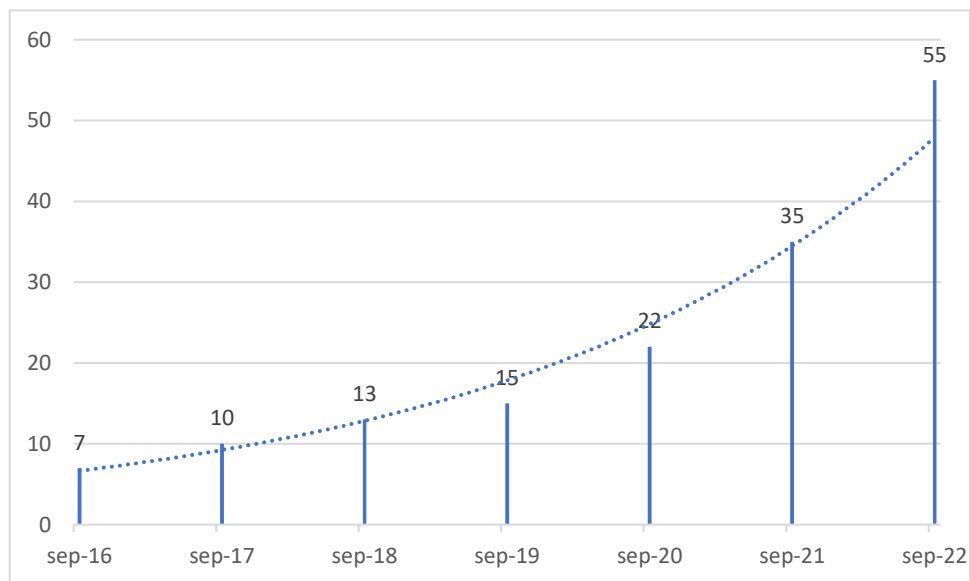


Fuente: Punku – Osiptel
Elaboración: SDC – Indecopi

88. Conviene anotar que existen dos características que deben ser analizadas, dentro de la estructura y desenvolvimiento de mercado a efectos de determinar si la difusión de la publicidad objeto de imputación acarreó una alusión a Telefónica o a su oferta comercial, las cuales son: (i) el número de empresas que actúan en el mercado específico; y, (ii) la evolución de la participación de mercado de empresas diferentes a las que ocupan una posición dominante en el mercado.
89. La existencia de un elevado número de compañías competidoras y la concurrencia de nuevas empresas disminuye la probabilidad de existencia de una alusión por parte de la publicidad en cuestión. Asimismo, el hecho de que los agentes económicos concurrentes diferentes a los que poseen una mayor participación de mercado cuenten con una creciente presencia, reduce aún más la probabilidad de que el consumidor asocie indiscutiblemente la publicidad controvertida a un operador u operadores en particular. Por tanto, a continuación, se evaluará como ha venido evolucionando el mercado de internet de fibra óptica en lo que concierne al número de empresas que concurren en aquel, así como la participación de mercado de empresas diferentes a Telefónica y América Móvil.
90. Con relación al número de empresas que operan en el mercado de internet de fibra óptica, resulta relevante mencionar que la cantidad de empresas que reportan sus estadísticas de conexiones de internet por fibra óptica al Osiptel

se viene incrementando al transcurrir cada año. Así, del total veintidós (22) empresas que fueron identificadas a fines de setiembre de 2020, pasaron a ser un total de treinta y cinco (35) compañías en el mismo período del año 2021 y, finalmente, alcanzaron el número de cincuenta y cinco (55) en setiembre de 2022.

EVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD DE EMPRESAS QUE PARTICIPAN EN EL MERCADO DE INTERNET DE FIBRA ÓPTICA (2016 – 2022)



Fuente: Punku – Osiptel
Elaboración: SDC – Indecopi

91. De otro lado, con relación a la evolución de la participación de mercado de las empresas diferentes a las que poseen mayor participación de mercado, es pertinente indicar que Telefónica y América Móvil, en setiembre de 2020, tuvieron una participación de mercado que sumaba 87.1%. Sin embargo, la participación de empresas distintas a Telefónica y América Móvil ha venido incrementándose sosteniblemente (con la consecuente disminución de la cuota de mercado de dichas empresas denunciadas), pasando de 12.9% en setiembre de 2020, a 28.7% en el mismo período del año 2021 y a 45.5% en setiembre de 2022. Como muestra de ello, se puede apreciar que la empresa Wow Tel S.A.C. incrementó su participación en el mercado de internet de fibra óptica de 2.6% en setiembre de 2021 a 8.1% en setiembre de 2022.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

92. De forma correlativa, se verifica una caída significativa del Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI)⁸⁷ (al pasar de 6,404 en marzo de 2020 a 2,357 en diciembre de 2022), lo cual pone de manifiesto una muy notoria reducción de la concentración del mercado correspondiente al servicio del internet fijo por fibra óptica (pues se corrobora que, en diciembre de 2022, el indicador presentó una disminución del 63.2% respecto a su valor en marzo de 2020).
93. Lo señalado en los párrafos precedentes pone en manifiesto que: (i) el número de empresas que ofrece el servicio de internet fijo por fibra óptica se encuentra en crecimiento constante, llegando a cincuenta y cinco (55) operadores en setiembre de 2022; (ii) la cuota de mercado correspondiente a las empresas con mayor participación se ha reducido, pues los competidores diferentes a aquellas (Telefónica y América Móvil) han ido aumentando de modo ostensible su respectiva cuota de mercado; y, (iii) la concentración de mercado ha venido reduciéndose significativamente.
94. La conjunción de los precitados factores permite concluir que el hecho de que la publicidad en cuestión transmita al público una referencia general a otros competidores no implica, en modo alguno, que aquella contenga una alusión clara y específica a uno o más competidores en concreto. En ese sentido, se requeriría la concurrencia de elementos adicionales que coadyuven suficientemente a identificar, de forma puntual, a alguno (o a más de uno) de tales actores en el mercado y así concluir que la publicidad controvertida contiene una alusión incuestionable al agente que resulte identificado.
95. En tal sentido, la estructura y comportamiento del respectivo mercado no constituyen elementos que conlleven a asumir que la campaña publicitaria cuestionada sea asociada por el público con un competidor identificado o identificable, siendo que solo hace referencia —de modo general— a la eventual falta de conformidad por parte de los usuarios con relación a un servicio recibido de internet fijo por fibra óptica, lo cual se puede suscitar con cualquier compañía que lo provee (distinta de la anunciante).

⁸⁷ "La concentración del mercado está en función del número de empresas en un mercado y sus respectivas cuotas. Como una ayuda para la interpretación de los datos del mercado, la Agencia utilizará el índice Herfindahl-Hirschman ("HHI") de concentración del mercado. El IHH se calcula sumando los cuadrados de las cuotas de mercado individuales de todos los participantes". (Traducción libre de "Market Concentration is a function of the number of firms in a market and their respective market shares. As an aid to the interpretation of market data, the Agency will use the Herfindahl-Hirschman Index ("HHI") of market concentration. The HHI is calculated by summing the squares of the individual market shares of all the participants). En: HORIZONTAL MERGER GUIDELINES. U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, 1992 (Disponible en el siguiente enlace: <https://www.ferc.gov/sites/default/files/2020-06/Guidelines-%20Horizontal%20Merger%20Guidelines%201992%20%28revised%201997%29.pdf>. Verificado el 18 de junio de 2024). También puede verse: SAUNDERS, Anthony. "Financial Institutions Management", McGraw-Hill, 1997, Segunda edición.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

62/144

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

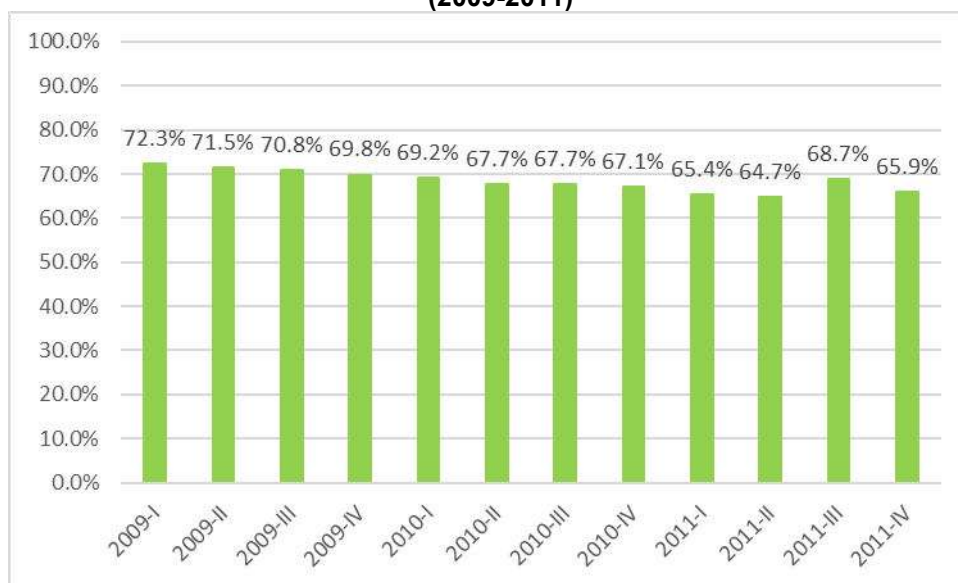
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



96. Frente a la publicidad en cuestión que hizo referencia —de modo general— a las compañías prestadoras del servicio de internet fijo por fibra óptica, el público podría evocar de forma amplia y diversa a las empresas ofertantes que pueda identificar en dicho mercado, en función de su propia experiencia y conocimiento de los posibles proveedores de servicio, los cuales han sido incrementados en cantidad, conforme se constata en el numeral 87 de la presente resolución. Así, al existir diversas empresas que concurren como oferentes en el referido mercado, se requiere elementos adicionales que permitan concluir que la publicidad asocia ciertas características desfavorables a algún operador determinado (en este caso, a los denunciantes en específico), lo cual no se verifica en los anuncios que componen la campaña bajo examen.
97. Una situación distinta tendría lugar en el caso hipotético de un mercado en el que concurren dos (2) empresas ofertando el servicio de internet fijo por fibra óptica, cuya participación abarque en conjunto casi la integridad del respectivo mercado, pues en dicho supuesto la necesidad de que obren elementos adicionales que contribuyan a la identificación de un agente económico se verá mitigada. Esto, en tanto la referencia al competidor de aquella empresa anunciante, puede ser claramente percibida por el público consumidor que haya sido expuesto a la respectiva publicidad.
98. Aunado a lo anterior, en la medida que en el presente caso se ha constatado que existe una evolución atendible de la participación en el mercado de algunas empresas operadoras (tales como P y D Telecom S.R.L. o Wow Tel S.A.C.), aquellas también constituyen agentes económicos susceptibles de ser evocados por los consumidores que se vean expuestos a alguna publicidad (como la analizada) que haga referencia general a las empresas que interactúan en el mencionado mercado. Así pues, no resulta sostenible afirmar que la estructura y el desenvolvimiento del mercado constituyan circunstancias que conlleven determinar que la referencia general a los competidores de la anunciante en la publicidad en cuestión constituya una evocación a Telefónica u otro agente económico en particular.
99. Telefónica ha alegado que (a) en la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI se analizó un caso similar, del que se desprendería que el porcentaje de participación no es un elemento esencial, sino su estructura, apreciándose que Telefónica es el líder y, (b) es irrelevante el hecho de que en el mercado actual no concurren las mismas empresas del Grupo Telefónica presentes en el caso citado. Por tanto, dicha recurrente considera que debe valorarse la composición de mercado como un factor relevante.

100. Con relación a dicho argumento, es preciso mencionar que en el citado caso (que analizó una infracción cuyo periodo fue del 14 de agosto al 22 de setiembre de 2011) se presentó una estructura de mercado diferente. Al revisar la información pública disponible, se aprecia que, durante los trimestres previos al período de evaluación, Telefónica no vio disminuida su participación en el mercado de televisión de paga (sobre el cual versó el presunto acto de competencia desleal analizado) por la aparición de nuevas compañías concurrentes. Por el contrario, la participación de mercado del grupo Telefónica fue constante y siempre por encima del 60%:

EVOLUCIÓN DE LA PARTICIPACIÓN DE MERCADO DEL GRUPO TELEFÓNICA (2009-2011)



Fuente: Punku – Osiptel
Elaboración: SDC – Indecopi

101. En ese sentido, en el caso citado por la apelante, el liderazgo de Telefónica en el respectivo mercado fue claramente sostenido, no presentó disminuciones en su participación de mercado y no concurrían nuevas empresas que fueran ganando protagonismo frente a los usuarios⁸⁸. Las características mencionadas referentes a la evolución de la participación de mercado del grupo Telefónica, de marzo de 2009 a setiembre de 2011, difieren sustancialmente de aquellas que han sido identificadas en el presente caso; pues en el mercado de internet fijo por fibra óptica considerado entre marzo de 2020 y setiembre de 2022, se advierte que la cantidad de agentes económicos que ofrecen dicho servicio mostró un permanente crecimiento y la concentración de mercado ha venido

⁸⁸ Según la información reportada por Osiptel, la cantidad de empresas en el mercado de televisión de paga pasó de 67 en setiembre de 2009, a 53 en setiembre de 2010, y terminó en 38 empresas en el mismo período de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

diluyéndose de manera ostensible, con motivo de que ciertas empresas diferentes a las empresas con mayor participación de mercado han ido incrementando su cuota de mercado.

102. Por lo dicho, la evaluación realizada mediante la Resolución 0303-2013/SDC-INDECOPI no resulta trasladable al examen del asunto controvertido bajo análisis en el presente pronunciamiento. Esto, sin perjuicio de que, en los párrafos precedentes ha quedado expuesto que el análisis efectuado por la Sala en el actual caso, no se limita a las participaciones de mercado de los oferentes del servicio de internet fijo por fibra óptica, sino que también se verificó la estructura y dinámica de dicho mercado, para luego concluir que tales circunstancias no permiten afirmar que la publicidad en cuestión contenga una alusión a Telefónica u otro competidor en específico.
103. Telefónica también alegó que, en todo caso, debía analizarse la configuración de una alusión, de modo conjunto, a su empresa y América Móvil, por su importante participación en el mercado y ser las principales competidoras de la anunciante y por el hecho de que, al verse aludidas, denunciaron la campaña en cuestión. La recurrente añadió que Win y la Comisión reconocieron que la publicidad controvertida aludió a tales principales competidores.
104. En lo que concierne a tal argumento se debe precisar que, si bien la Comisión ha señalado que el mensaje principal de la campaña denunciada destaca los beneficios del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win en torno a su calidad y velocidad, en contraste con dicho tipo de servicio que sería ofrecido por otros competidores (que producirían disconformidad en sus respectivos usuarios); dicho órgano no indicó que la publicidad en cuestión permita identificar de manera clara y específica a uno o varios operadores de modo concreto.
105. Aun cuando la alusión como presupuesto de un acto denigratorio podría tener lugar respecto de uno o más agentes económicos, lo cierto es que, en el análisis del caso bajo examen no se verificó que hayan existido elementos específicos en la publicidad en cuestión que permitan identificar a Telefónica y/o América Móvil.
106. Adicionalmente, conviene anotar que la empresa imputada tampoco reconoció la publicidad objeto de cuestionamiento contenga una alusión a Telefónica o América Móvil, sino solamente resaltó que la campaña publicitaria bajo examen destacaba los beneficios de su servicio de internet fijo por fibra óptica en contraste con la oferta de la competencia en general. Al margen de ello, se debe recalcar que la existencia de alusión es determinada en función de la



percepción que efectivamente la publicidad examinada sea capaz de generar en el público, independientemente de la opinión o intención del anunciante.

107. En cuanto a la determinación de la existencia de una alusión conjunta, es oportuno indicar que, tal como se describe en el marco jurídico de los actos de denigración contenido en el acápite III.5.1. de la presente resolución, la difusión de publicidad puede referirse a más de un agente económico que concurre en un determinado mercado. En este supuesto —al igual que con la alusión individual— resulta imprescindible los agentes competidores aludidos o sus respectivas ofertas resulten identificados o identificables. En tal sentido, la doctrina señala que en la alusión conjunta implícita *“no basta una alusión genérica a los competidores”*, sino que *“es necesaria una referencia inequívoca a uno o varios competidores”* y que *“el público deberá identificar –sin ningún género de dudas– al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio”*.⁸⁹
108. En atención a lo antes desarrollado, si bien la estructura y desenvolvimiento del mercado muestran que Telefónica y América Móvil son los principales competidores de Win en el mercado de internet fijo por fibra óptica, tal circunstancia no constituye un indicador que —por sí solo— permita sustentar de modo fehaciente, que la publicidad en cuestión transmite una alusión a Telefónica y/u otro operador ni a sus respectivas ofertas.

B. Sobre el módem y su caja exhibidos en la publicidad

109. Telefónica señaló que la caja mostrada en la campaña publicitaria en cuestión sería similar a la caja del módem que entrega a sus usuarios, por su color y forma rectangular y debido a que las cajas de otros competidores son totalmente diferentes. La recurrente precisó que la similitud de las cajas confrontadas sin contener el nombre de la empresa competidora no enerva el carácter alusivo de su publicidad. Asimismo, la apelante agregó que la figura de un teléfono que consta en el módem exhibido en la publicidad fue fácilmente perceptible y sería asociado a Telefónica, por lo que debe ser valorada.
110. Sobre el particular, tal como se ha indicado en numerales precedentes, es oportuno recordar que el hecho de que la publicidad controvertida no contenga una referencia directa a la oferta del competidor no es determinante para desestimar la existencia de una alusión. Ello, en la medida que también puede configurarse una alusión indirecta, la cual será determinada en función de las circunstancias particulares en las que se ha difundido la publicidad materia de evaluación.

⁸⁹ Ver numeral 59 de la presente resolución.
M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11

111. En el presente caso, efectivamente no se aprecia algún elemento figurativo o denominativo en la caja del módem exhibida en la publicidad controvertida que sea asociado por el público consumidor directamente a Telefónica. Por ende, en lo sucesivo, se procederá a analizar si constan otros elementos o características que permitan —de una observación superficial y natural de la publicidad bajo examen— determinar que la caja antes mencionada contiene una alusión indirecta e identificable a Telefónica o su respectiva oferta comercial.
112. Con la finalidad sustentar sus argumentos dirigidos a alegar la similitud que existiría entre la caja exhibida en la publicidad controvertida y la caja de Telefónica, la recurrente acompañó las siguientes imágenes:

**IMÁGENES DE CAJAS DE MÓDEMS EXISTENTES EN EL MERCADO
(presentadas por Telefónica)**

Caja presentada en la publicidad	
Caja de Telefónica	
Caja de otros competidores presentadas por Win	

113. Una apreciación de las imágenes de la caja del módem presente en la campaña publicitaria de Win y la caja del módem que corresponde al servicio brindado por Telefónica permite observar que ambas cajas revisten una forma rectangular y un color propio del cartón. No obstante, se ha verificado que tales empresas no son las únicas que emplean cajas de módem con tales características.

114. En efecto, conforme se advierte de lo manifestado por Win y las imágenes que proporcionó⁹⁰, existen otros operadores que utilizan módems puestos a disposición mediante cajas con forma rectangular y del color presente en la caja exhibida en la publicidad y aquella empleada por Telefónica:

**IMÁGENES DE CAJAS DE MÓDEM QUE UTILIZAN OTRAS EMPRESAS QUE BRINDAN
SERVICIO DE INTERNET FIJO EN EL MERCADO
(Presentadas por Win)**



115. Como se evidencia de las imágenes reproducidas precedentemente, las características antes mencionadas (forma y color) se presentan de manera común en las cajas que contienen módems utilizados por los agentes económicos oferentes del servicio de internet fijo por fibra óptica. Así, no se advierte que la forma rectangular y el color inherente al cartón aplicados a una caja que contiene un módem, revistan un carácter identificatorio suficiente para ser vinculados con un agente económico en concreto, por lo que tales

⁹⁰ Ver escrito de absolución de apelaciones, presentado por Win (numeral 79), mediante el cual se presentan imágenes de cajas de módems de otras empresas, entre ellas, de Directv Perú S.R.L. Telefónica no negó la veracidad de tales imágenes, limitándose a cuestionar el número mínimo de conexiones de servicio de internet que tuvo esta empresa (Directv Perú S.R.L.) en setiembre de 2022.

características no constituyen elementos cuya inclusión conlleve a que el público perciba una alusión a algún proveedor en particular de tal servicio.

116. De esta forma, no es posible sostener que la caja de módem mostrada en la campaña publicitaria controvertida difundida por Win sea un elemento que coadyuve a determinar que dicha publicidad aludió específicamente a Telefónica o a su oferta comercial.
117. Por otra parte, Telefónica sostuvo que el módem de color negro presente en la publicidad denunciada contiene el símbolo de un teléfono de manera similar al símbolo contenido en el módem de su servicio. Al respecto, conviene reproducir una imagen que muestra lo alegado por dicha recurrente:

IMAGEN DE LA PUBLICIDAD DE WIN EN DONDE APARECE EL MÓDEM DE COLOR NEGRO



118. De una revisión de la imagen antes reproducida, se observa que el símbolo aludido por Telefónica no resulta fácilmente perceptible por los consumidores que se hallen expuestos a la publicidad controvertida, debido a sus dimensiones y al lapso en que se encuentra expuesto al público⁹¹. Por tanto, la apreciación señalada por la referida recurrente dista de un análisis superficial e integral, de

⁹¹ En los anuncios audiovisuales en los que se exhibe un módem se requiere observar con detalle y precisión dicho accesorio para advertir que este contiene el símbolo de un teléfono, debiendo considerarse además que la imagen de un módem es presentada en un tiempo aproximado de un (1) segundo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

conformidad con las pautas de enjuiciamiento de la publicidad, previstas por el artículo 21 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

119. A mayor abundamiento, no existe evidencia que dé cuenta de que el símbolo de un teléfono en un módem sea asociado específicamente a Telefónica o a un competidor en concreto. Antes bien, el referido signo representado por la figura del auricular de un teléfono es empleado de modo usual para hacer referencia al servicio telefónico o algún aspecto de este⁹², por lo que no constituye un elemento capaz de ser relacionado por el público con un origen empresarial en particular. Sumado a lo indicado, en lo que concierne a la prestación de servicios de telefonía fija, se debe tener en cuenta que, para el tercer trimestre de 2022 —periodo previo a la difusión de la campaña publicitaria cuestionada— Telefónica no era el único operador que ofertaba y brindaba de manera simultánea el servicio de telefonía fija y el servicio de internet fijo por fibra óptica⁹³, de manera que no es posible afirmar que el símbolo del teléfono antes citado sea asociado indubitablemente a la referida recurrente.
120. Bajo tales premisas, se concluye que el módem y su respectiva caja mostrados en la campaña publicitaria controvertida no constituyen elementos que permitan determinar que dicha publicidad comprende una alusión a Telefónica o su respectiva oferta comercial.

C. Sobre el Informe Lúmini

121. Telefónica señaló que el Informe Lúmini que acompañó al procedimiento cuenta con información referida al diseño muestral (sección “ficha técnica”⁹⁴) que permite conocer la representatividad de la muestra, pues establece el perfil sociodemográfico de los usuarios del servicio de banda ancha fija⁹⁵. La

⁹² Al respecto, ver el ícono denominado “Llamada en progreso” (<https://www.samsung.com/pe/support/mobile-devices/what-do-the-different-indicator-icons-mean-on-your-galaxy-phone/>) y el ícono denominado “Llamada de llamada” (<https://support.apple.com/es-us/guide/iphone/iphef7bb57dc/ios>) empleados en ciertos equipos móviles para hacer referencia al uso de la respectiva línea telefónica (Verificados el 18 de junio de 2024).

⁹³ De una revisión de la información pública que obra en el portal PUNKU de OSIPTEL (<https://punku.osiptel.gob.pe/FrmLogin.aspx>), se advierte que, para el tercer trimestre de 2022 (2022-III), además de Telefónica, las siguientes empresas ofertaban y brindaban -a través de servicios empaquetados- tanto el servicio de internet fijo como el de telefonía fija: Wow Tel S.A.C., Win, Entel Perú S.A., Americatel Perú S.A. y América Móvil. (Verificado el 18 de junio de 2024).

⁹⁴ El cual contiene la metodología, herramienta de recolección de datos, el universo representado, la muestra y la fecha de campo.

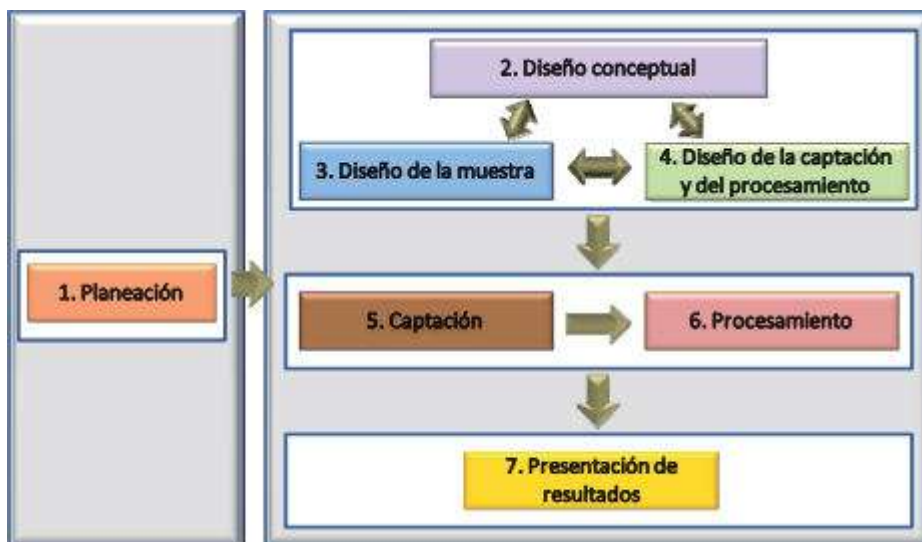
⁹⁵ La definición de Banda Ancha propuesta por el MTC se construye a partir de la determinación de los umbrales mínimos de velocidad efectiva de carga (7 Mbps) y descarga (20 Mbps) de datos que permiten el uso de un conjunto mínimo de aplicaciones de Internet dentro del hogar, independientemente del tipo de tecnología que se use.

Fuente: <https://www.gob.pe/institucion/mtc/normas-legales/3614906-920-2022-mtc-01-03> (Verificado el 18 de junio de 2024)

recurrente precisó que, considerando las proporciones que representaba cada ciudad que fue objeto de estudio, el mayor volumen de la muestra se concentró en Lima; y, luego, fue incorporada información correspondiente a la Asociación Peruana de Empresas de Inteligencia de Mercado (APEIM), la cual, a su vez, se sustenta en la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG), habiéndose realizado una ponderación para aplicar un factor de corrección sobre la muestra recogida.

122. La apelante añadió que la técnica utilizada en el Informe Lúmini para determinar los mensajes difundidos por la publicidad en cuestión no sesgó a los consumidores, lo cual se puede corroborar de las fichas alcanzadas al público encuestado. Así, la pregunta que formó parte de su evaluación para identificar a qué empresas aludía la publicidad controvertida fue realizada de manera general y espontánea, sin solicitar la mención de un operador y se brindó la alternativa de colocar “ninguna” si así lo consideraba el encuestado.
123. Con respecto a la validez del Informe Lúmini, es preciso tener presente las fases necesarias para formular y ejecutar encuestas, a fin de determinar si dicho informe reviste o no una estructura adecuada. Estas fases para el desarrollo de encuestas por muestreo se detallan en la siguiente imagen:

PROCESO ESTÁNDAR PARA ENCUESTAS POR MUESTREO



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía de México – Diseño de la muestra en proyectos de encuesta⁹⁶.

⁹⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía (México). Diseño de la muestra en proyectos de Encuesta. Ed. INEGI. 2011, página 1. Disponible en el siguiente enlace:



124. Sobre el particular, resulta pertinente anotar que el diseño de la muestra constituye una fase esencial en la elaboración de un estudio, por su efecto en la confiabilidad de los resultados a obtener y su relación con otras fases previas como la planeación y el diseño conceptual, además de tener una incidencia directa en etapas posteriores del estudio consistentes en la captación, el procesamiento y la presentación de resultados⁹⁷.
125. En adición a ello, conviene poner de relieve que, para culminar la fase de diseño de la muestra de un estudio, resulta indispensable que se lleven a cabo tres actividades principales⁹⁸, las cuales consisten en:
- (i) La preparación del marco de muestreo: consiste en definir el listado en el cual se busca identificar todos los elementos de una población objeto de estudio y que permite seleccionar una muestra de esta con fines de estimación estadística.
 - (ii) La elección del tipo de muestreo: se refiere a la elección de una combinación de opciones técnicas mediante la cual se seleccionará las unidades de la población a ser encuestada.
 - (iii) La determinación de la muestra: brinda el número de unidades muestrales a considerar y el proceso de elección de estos, con la finalidad de especificar el nivel de precisión del estudio.
126. En lo que concierne a la preparación del marco de muestreo, se debe anotar que el Informe Lúmini ha especificado que su muestreo se acotó a *“Usuarios con Banda Ancha Fija formal en el hogar”*, representado por un universo de 1,850,618 usuarios; para lo cual, según lo señalado por Telefónica, se utilizó data de la Asociación Peruana de Empresas de Inteligencia de Mercado (APEIM), la que a su vez se nutre de la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHG).

https://www.snieg.mx/Documentos/Normatividad/Vigente/doctos_genbasica/muestra_encuesta.pdf (Verificado el 18 de junio de 2024)

⁹⁷ Debe tenerse presente las siguientes definiciones relacionadas con las etapas mencionadas:

- a) La fase de planeación define el alcance de los objetivos del proyecto en cuanto a cobertura temática y geográfica, así como las restricciones impuestas por el presupuesto disponible.
- b) En el diseño conceptual se define el diseño de los estimadores necesarios para inferir los resultados hacia la población de estudio.
- c) El diseño de captación implica considerar la distribución geográfica de la muestra.
- d) La fase de procesamiento, es la que organiza, divide y convierte (mediante el factor de expansión) los datos recolectados para presentar conclusiones generales en la siguiente etapa (presentación de resultados).

⁹⁸ La necesidad de la puesta en práctica de dichas actividades puede verificarse en el siguiente documento: https://www.inegi.org.mx/contenidos/infraestructura/aseguramiento/doc/guia_de_diseno_de_la_muestra_para_encuestas.pdf (Verificado el 18 de junio de 2024).



127. Ahora bien, en primer lugar, el marco muestral considerado en el Informe Lúmini que ha sido reseñado en el párrafo precedente (usuarios de banda ancha fija) difiere del marco de muestreo correspondiente al servicio anunciado (usuarios del servicio de internet fijo por fibra óptica). Ello, teniendo en consideración que la banda ancha fija comprende también la prestación del servicio de internet fijo por tecnologías que presentan características distintas (como HFC y Cablemódem) a la fibra óptica, las cuales radican principalmente en el hecho de que esta última (fibra óptica) puede transportar señales a mayor velocidad y con mucha menos distorsión. Lo antes indicado conlleva entonces un riesgo de que el Informe Lúmini haya incluso pretendido evaluar la percepción de usuarios que no conforman el mercado al cual está dirigido la publicidad materia de cuestionamiento.
128. En cuanto a la elección del tipo de muestreo, cabe resaltar que, los tipos de muestreo son (i) probabilístico y (ii) no probabilístico, mientras que su combinación se denomina muestreo mixto⁹⁹. En un muestreo probabilístico todos sus elementos tienen una probabilidad de elección conocida y similar, lo cual garantiza la objetividad de los resultados. En cambio, un muestreo no probabilístico implica que el cálculo del tamaño y la selección de la muestra fueron efectuados con base en juicios y criterios subjetivos, restando solidez al estudio, pues resultan susceptibles de responder a muestreos por conveniencia, lo cual no garantiza que las unidades muestrales hayan sido escogidas aleatoriamente. Por tanto, cuando las muestras son seleccionadas de manera “no aleatoria”, solo es posible hacer afirmaciones de tipo descriptivo sobre la muestra, más no extrapolar tales afirmaciones a la generalidad de la población objeto de estudio.
129. En el presente caso, de la revisión de la ficha técnica¹⁰⁰ adjunta al Informe Lúmini, se aprecia que el estudio que contiene carece de una precisión relativa al tipo de muestra o el método de muestreo utilizado, pues no especifica si se trató de un muestreo probabilístico o no probabilístico. Por tanto, no es posible conocer si las conclusiones obtenidas respecto de la muestra evaluada pueden ser extrapoladas a la población definida en el estudio.
130. Con relación a la determinación de la muestra, es preciso señalar que esta fase cuenta con dos (2) componentes que son: el cálculo del tamaño de la muestra y el proceso de selección de la muestra. El tamaño de la muestra refiere al número de unidades observadas que deben estar incluidas en la muestra,

⁹⁹ Ídem.

¹⁰⁰ La Ficha Técnica es el documento donde consta la metodología y el proceso que se ha seguido para realizar un estudio social o de mercado, que contiene además el detalle del diseño muestral.



mientras que el proceso de selección de la muestra consiste en los procedimientos utilizados para identificar a las unidades observadas que integrarán la muestra, debiendo resaltar que su exhibición detallada garantiza la objetividad de los resultados. Por su parte, para un correcto cálculo del tamaño de la muestra, se deberá especificar: (i) el error máximo permitido, que constituye un requisito de calidad que prevé un límite para la imprecisión y la inexactitud de un estudio; y, (ii) el nivel de confianza, que describe la diferencia entre la medida obtenida en un estudio y la medida real de la población que se desea representar¹⁰¹.

131. En el caso del Informe Lúmini, se observa que, a pesar de que en la ficha técnica figura el tamaño de la muestra considerada en los resultados que contiene el estudio realizado, no se ha especificado el error máximo permitido ni el nivel de confianza de la evaluación efectuada, los cuales constituyen componentes claves para determinar un tamaño de la muestra que resulte representativo. Por lo dicho, el tamaño de la muestra presentado en dicho informe no cuenta con un respaldo técnico suficiente que permita asegurar que los resultados mostrados son extrapolables a la población estudiada.
132. Asimismo, el referido informe tampoco ha especificado los procedimientos operacionales para la selección de las unidades muestrales, por lo que no es posible garantizar que los resultados que son exhibidos en el mencionado informe fueron obtenidos de manera objetiva, lo cual resta solidez al estudio, afectando la confiabilidad de los resultados.
133. Por lo anterior, la ausencia de los elementos mencionados en los párrafos precedentes (relativos al marco muestral, tipo de muestreo, el nivel de confianza, el máximo error permitido y el procedimiento de selección de la muestra) enerva la valoración del estudio contenido en el Informe Lúmini, puesto que no se tendría la certeza de que han sido utilizado elementos objetivos que permitan asegurar que sus resultados son extrapolables a la población definida en el estudio (los consumidores del mercado de internet por fibra óptica).
134. En vista de lo antes desarrollado, no resulta necesario analizar la técnica utilizada para la formulación de las preguntas en el diseño de la encuesta del

¹⁰¹ El tamaño de la muestra de una población finita se calcula utilizando la siguiente fórmula:

$$\frac{Z_{\alpha/2}^2 * N * \sigma^2}{\sigma^2 * \frac{Z_{\alpha}^2}{2} + (N - 1) * e^2}$$

Donde "Z" se define en función al nivel de confianza, "N" es el tamaño de la población, "σ" es la desviación estándar y "e" es el error máximo permitido.



Informe Lúmini, en la medida que no resulta posible sostener que los resultados del estudio efectuado sean trasladables hacia la población objetivo y, en consecuencia, no representan de modo fidedigno la percepción del público usuario del mercado de servicio de internet fijo por fibra óptica.

135. Adicionalmente, Telefónica señaló que la Comisión habría reconocido que la finalidad del mensaje central de la campaña en cuestión fue destacar los beneficios del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win, el cual se publicitaba acompañado de una rata que representa la disconformidad que tendrían los consumidores del servicio de internet fijo de otras operadoras, lo cual se encontraba alineado con su posición que sostiene la existencia de una alusión a su empresa y con las conclusiones del Informe Lúmini que determinan que lo transmitido en las distintas piezas publicitarias se vincula a Telefónica en su condición de líder de mercado.
136. Es preciso anotar, en primer lugar, que los argumentos de la apelante orientados a sustentar que se tenga en cuenta el mensaje que conforme al Informe Lúmini habría sido trasladado por la publicidad controvertida, no resultan atendibles. Esto, pues los resultados del estudio contenido en el referido informe no son extrapolables a la población general de usuarios de internet fijo por fibra óptica y no constituyen un sustento confiable para acreditar la infracción imputada.
137. En segundo lugar, respecto a la alegada coincidencia entre el mensaje principal de la campaña delimitado por la Comisión y lo sostenido por Telefónica (con relación a la existencia de una alusión a su empresa) así como los resultados del Informe Lúmini (respecto a que el mensaje central de la campaña controvertida sería asociado con Telefónica en su condición de líder de mercado); corresponde recalcar que, si bien el referido órgano resolutorio señaló que el mensaje principal de la campaña denunciada destaca los beneficios del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win, en contraste con dicho tipo de servicio que sería ofrecido por otros competidores (que producirían disconformidad en sus respectivos usuarios), tal órgano de primera instancia no indicó que la publicidad cuestionada permitía que el público consumidor identifique de manera clara y específica a uno o varios operadores.
138. De esta forma, esta Sala no advierte la coincidencia anotada por Telefónica, pues no se verifica que el mensaje delimitado por la Comisión respecto de la campaña publicitaria haya reconocido la existencia de una alusión a Telefónica u otro competidor específico en el mercado de internet fijo por fibra óptica (desestimando la posición de la empresa denunciante y el Informe Lúmini).



139. Finalmente, Telefónica señaló que, si la Comisión tenía dudas sobre el Informe Lúmini, debió haber planteado un pedido de información para aclararlas, de conformidad con el principio de verdad material, el cual establece el deber de la autoridad de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones.
140. Al respecto, es pertinente mencionar que si bien el citado principio¹⁰² contempla el referido deber para la autoridad administrativa, no debe perderse de vista que la realización de un requerimiento de información depende de las circunstancias particulares de cada caso bajo examen. En tal sentido, al margen de que la autoridad deberá verificar los hechos investigados para sustentar su decisión —como en este caso, la determinación de existencia o no de una alusión a la(s) empresa(s) denunciante(s), en el marco de un análisis por presuntos actos denigratorios—, ello no supone un relevo del deber de los administrados de acreditar la configuración de aquellas circunstancias o elementos planteados por tales administrados ante la autoridad a fin de que sean valorados en su análisis. Por tanto, las pruebas acompañadas para sustentar lo alegado deberán revestir las condiciones necesarias a fin de que sean consideradas por el órgano competente, de lo contrario, su desestimación no constituye un apartamiento de la obligación de esclarecer la verdad de los hechos.
141. Cabe mencionar que, bajo el análisis desarrollado por la Comisión, no habría resultado pertinente la realización de un requerimiento de información a Telefónica, puesto que —a criterio de dicho órgano— el Informe Lúmini adolecía de deficiencias técnicas y no contaba con rigurosidad estadística, lo cual denotaba un problema en la encuesta en sí misma. Asimismo, conforme a lo verificado por esta Sala, el estudio carece de aspectos elementales que sustenten la validez del diseño de la muestra y la confiabilidad del estudio, los cuales constituyen debilidades estructurales inherentes que afectan el carácter fidedigno de los resultados e impiden extrapolarlos al público usuario en general. Esto último, por su propia naturaleza, constituyen deficiencias que trascienden la posible existencia de alguna inquietud o dato dudoso que la denunciante pudo o no haber esclarecido.

¹⁰²

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

76/144

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

142. En virtud de lo antes expuesto, esta Sala concluye que el Informe Lúmini presentado por la recurrente no permite determinar que el público consumidor (correspondiente al mercado de internet de fibra óptica) que fue expuesto a la publicidad controvertida, asoció la campaña publicitaria controvertida a Telefónica o su oferta comercial.

D. Sobre los comentarios efectuados en redes sociales

143. Telefónica alegó que la alusión a su empresa y su oferta en la publicidad denunciada es un hecho público y notorio, que no requiere probanza¹⁰³, siendo una muestra de ello, los comentarios realizados en las cuentas de Win (“Instagram” y “Youtube”), en los cuales se hacía una referencia a la marca de Telefónica (“Movistar”), como se aprecia a continuación:

IMÁGENES DE ALGUNOS COMENTARIOS EMITIDOS EN LAS CUENTAS DE WIN (Presentadas por Telefónica)¹⁰⁴

b. ¿Cuál es este hecho público o notorio? Los consumidores han percibido que la publicidad de Win alude a Telefónica:



¹⁰³ Como se indicó en la nota a pie de página 50, para sustentar ello, Telefónica invocó los artículos 176 del TUO de la LPAG y el artículo 5 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 176.- Hechos no sujetos a actuación probatoria. No será actuada prueba respecto a hechos públicos o notorios, respecto a hechos alegados por las partes cuya prueba consta en los archivos de la entidad, sobre los que se haya comprobado con ocasión del ejercicio de sus funciones, o sujetos a la presunción de veracidad, sin perjuicio de su fiscalización posterior.

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

Artículo 5.- Primacía de la realidad.- La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

¹⁰⁴ Fuente: Presentación de Telefónica en el Informe Oral realizado el 30 de mayo de 2024.



144. Al respecto, cabe señalar que la existencia de una alusión que se derivaría de la campaña en cuestión no constituye un hecho notorio —que no requiera probanza—, pues ello debe ser determinado por la autoridad en función de los elementos contenidos en la publicidad y el contexto en que aquella ha sido difundida. En tal sentido, solo luego de efectuar dicho análisis se podrá determinar si la publicidad controvertida resulta capaz de conllevar una alusión a Telefónica o su respectiva oferta.
145. Ahora bien, en lo que respecta a los comentarios realizados en redes sociales por presuntos usuarios, es pertinente poner de relieve que los referidos comentarios presentados por Telefónica únicamente constituyen un reflejo de determinadas percepciones particulares de los titulares de las cuentas en redes sociales de los usuarios exhibidos en las imágenes antes reproducidas. Por consiguiente, el contenido de lo expresado en aquellos, por sí mismo, no permite evidenciar fehacientemente la percepción del público usuario objetivo del mercado del servicio de internet fijo por fibra óptica en nuestro país.
146. A efectos de que los comentarios realizados en redes sociales sean eventualmente aptos para mostrar la percepción general de los usuarios del mercado de servicio de internet por fibra óptica, deberían haber sido seleccionados de manera aleatoria (tipo de muestreo probabilístico). Ello, pues el empleo del referido tipo de muestreo permitiría corroborar la objetividad del proceso de selección de las personas encuestadas y así determinar que sus resultados sean extrapolables al público expuesto a la campaña publicitaria cuestionada correspondiente al servicio antes mencionado.
147. En el presente caso, en la medida que no consta evidencia alguna de que los comentarios en redes sociales alcanzados por Telefónica hayan sido seleccionados de manera aleatoria, dichos comentarios no tienen significancia estadística y, por ende, no permitirían sustentar que existe una asociación en la publicidad controvertida a Telefónica o su oferta comercial. Por tanto, al tratarse de comentarios que pudieron ser seleccionados por conveniencia, aquellos solo pueden ser usados para realizar afirmaciones de carácter descriptivo sin que sea posible su empleo para afirmar que estos representan la impresión general de los usuarios del servicio de internet de fibra óptica.
148. Adicionalmente, la selección de comentarios acompañada por la recurrente no permite realizar un agrupamiento de las personas implicadas sobre la base de edad, sexo o nivel de ingresos, las cuales constituyen variables relevantes para la segmentación demográfica, cuya ausencia dificulta evaluar la solidez de los resultados presentados.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

149. En suma, los elementos antes mencionados no permiten que se considere a los comentarios citados como un elemento que coadyuve a determinar la existencia de la alusión alegada.

E. Conclusión

150. Las consideraciones antes expuestas permiten constatar que la campaña publicitaria difundida por Win que ha sido materia de imputación no contiene elementos que hagan referencia, de modo directo o indirecto, a Telefónica o su oferta comercial, pues no se aprecia una mención expresa a dicha empresa o el signo distintivo con el que interactúa en el mercado ni tampoco algún elemento que determine que implícitamente la publicidad controvertida pueda ser asociada específicamente con la referida compañía o el servicio de internet fijo por fibra óptica que oferta en el mercado.

Sobre la presunta existencia de alusión a América Móvil o su oferta comercial

151. Como ha sido señalado con antelación, los anuncios que integran la campaña publicitaria en cuestión trasladan un mensaje unificador mediante el cual se destaca que el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win cuenta con una serie de beneficios en torno a su calidad y velocidad, en contraste con aquel ofertado por otros operadores en el mercado, los cuales producirían disconformidad en sus usuarios por las deficiencias que presentarían sus servicios. Asimismo, tales anuncios contienen elementos denominativos, gráficos y audiovisuales dirigidos a mostrar una situación cotidiana que implicaría el uso de internet en un contexto familiar, a partir de lo cual se representan ciertas fallas en la prestación del servicio de internet fijo de fibra óptica contratado con un operador distinto de la anunciante.
152. En ese contexto, esta Sala advierte que los anuncios que integran la campaña publicitaria en cuestión no contienen una mención directa a América Móvil, a sus signos distintivos o a algún elemento particular que conlleve al público usuario asociar de manera directa y certera a América Móvil o a su respectiva oferta de servicio de internet fijo por fibra óptica.
153. Considerando que la alusión también puede tener lugar de manera indirecta o implícita, conforme ha sido expuesto en el marco jurídico desarrollado en el acápite III.5.1. de la presente resolución, a continuación, corresponde analizar si constan circunstancias que permiten determinar que la publicidad controvertida contiene una alusión a América Móvil. Para tal efecto, se



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

considerarán los factores invocados por dicha empresa en el curso del presente procedimiento.

154. América Móvil alegó que existen elementos que coadyuvarían a determinar que la publicidad en cuestión aludió indirecta e inequívocamente a su oferta, los cuales son: (i) la composición del mercado de internet fijo, en el que se ha mantenido a lo largo de los años como el segundo proveedor más importante del Perú; (ii) la campaña publicitaria difundida previamente a la campaña de Win, protagonizada por Luis Advíncula y que tenía como eje temático los videojuegos; (iii) las frases empleadas en la publicidad de Win con términos como “cambiar” o la frase “Y decían que era fibra”; y, (iv) la opinión pública y los comentarios de los consumidores emitidos en redes sociales, quienes habrían identificado que la publicidad de Win sería una “indirecta” para América Móvil, quien sería representada de forma peyorativa por una rata.
155. Antes de realizar el análisis de cada uno de los elementos invocados por América Móvil, corresponde abordar el alegato de dicha empresa —expuesto en apelación— referido a que Win habría exigido a la agencia de marketing *Lemon* (encargada de elaborar la campaña publicitaria objeto de investigación) el diseño de anuncios arriesgados e irreverentes para conformar una campaña agresiva, lo cual presuntamente denotaría que la denunciada conocía del riesgo de ocasionar un desmedro a otros operadores por la difusión de dicha publicidad¹⁰⁵.
156. Sobre este alegato, resulta pertinente anotar que la intención o percepción del anunciante o la agencia de publicidad que intervino en el diseño y elaboración de la campaña controvertida no resultan relevantes en el análisis de la identificación de una alusión a algún competidor o su oferta y la posterior delimitación del mensaje, pues lo importante para tal efecto es la evaluación de los elementos que componen la publicidad en sí misma y su percepción en el público consumidor, como destinatario de la actividad publicitaria¹⁰⁶. Adicionalmente, la sola indicación de diseñar y elaborar anuncios “arriesgados e irreverentes” no significa que los involucrados (anunciante y agencia publicitaria) hayan consensuado o aceptado la producción de publicidad que

¹⁰⁵ América Móvil sostiene que ello se aprecia de las declaraciones en redes sociales por personal de dicha agencia (Luciano Leone Vascones, Renato Arauco y Yordan Carrión) y por la jefa de Marketing de Win, cuyas imágenes adjuntó.

¹⁰⁶ En el trabajo de Godin – Hoth se señala sobre el particular lo siguiente: “*al interpretar el anuncio se debe asimismo dejar a un lado la significación que la expresión publicitaria tiene para el empresario anunciante (...). Por el contrario, el anuncio y demás expresiones publicitarias son imputadas al anunciante tal y como el público las interpreta, no en el sentido en que el anunciante las entiende o hubiera querido entenderlas*”. GODIN - HOTH, Wettbewerbsrecht, Berlín, 1957, párrafo 3, anotación 5, pág. 93, cita extraída de: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”. En: FERNÁNDEZ - NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Madrid: Universidad Santiago de Compostela, 1999, p. 74.



transgreda las disposiciones contempladas en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

157. En mérito de lo antes señalado, esta Sala procederá a verificar si los referidos elementos invocados por dicha recurrente permiten verificar si, en efecto, la publicidad objeto de denuncia contiene una alusión que permita a los consumidores identificar a América Móvil o su oferta comercial.

A. Composición del mercado

158. América Móvil alegó que debe valorarse la estructura del mercado de internet fijo en general, pues un consumidor no especializado entiende y reconoce únicamente a los principales proveedores de internet fijo (entre los cuales se encuentra América Móvil), independientemente del sistema utilizado para su prestación (cable módem, WIMAX, FTT, xDSL, fibra óptica u otras tecnologías). La recurrente añadió que viene brindando servicios de internet fijo desde hace más de dieciocho años, manteniéndose como el segundo proveedor más importante del Perú y posicionándose en 2022 como uno de los agentes con mayor participación, por lo que ocupa un lugar en la mente del consumidor.
159. Al respecto, es importante mencionar que la campaña publicitaria difundida por Win que ha sido materia de imputación contiene elementos que permiten advertir, de manera destacada, que aquella se encuentra dirigida a publicitar ante los consumidores el servicio de internet fijo por fibra óptica, resaltando los beneficios que contendría, frente al servicio brindado por otros competidores. Por consiguiente, dado que se ha identificado claramente el mercado sobre el que versa la publicidad en cuestión (esto es, el mercado de internet fijo por fibra óptica), corresponde considerar la estructura y comportamiento de dicho mercado en específico.
160. Si bien es razonable entender que el público consumidor comúnmente no conoce todas y cada una de las tecnologías disponibles para la provisión del servicio de internet fijo, ello no enerva que en la publicidad en cuestión resulta claramente advertible que se destaca (de forma enfática) el empleo de la tecnología de fibra óptica para la prestación tal servicio y la rapidez que la caracterizaría. Asimismo, América Móvil no ha aportado algún elemento sustentatorio adicional que demuestre la necesidad de considerar otros tipos de tecnología distintas a la expresamente anunciada de forma destacada en la campaña publicitaria cuestionada, al momento de ponderar la percepción de los consumidores destinatarios en relación con el mercado correspondiente al servicio anunciado (y, en consecuencia, respecto de los agentes que concurrirían en dicho mercado). Por consiguiente, no resulta adecuado ampliar



en el análisis de estructura y comportamiento de mercado a los servicios de internet fijo en general, considerando que podrían ser ofrecidos a través de diversos tipos de tecnología.

161. Dicho esto, es oportuno anotar que en el análisis de “Composición del mercado” de la sección A del acápite III.5.2. de la presente resolución —en la que se evalúa la presunta existencia de alusión a Telefónica o su oferta comercial—, se determinó lo siguiente en torno a la estructura del mercado de internet fijo por fibra óptica: (i) que el número de empresas que ofrece dicho servicio se encuentra en crecimiento constante, pues la cantidad de operadores en el mencionado mercado pasó de siete (7) en setiembre de 2016 a cincuenta y cinco (55) en setiembre de 2022; (ii) que la participación de operadores distintos a Telefónica y América Móvil ha venido aumentando de manera constante (con la subsecuente reducción de cuota de mercado de dichas empresas denunciadas); y, (iii) que la concentración de mercado ha disminuido ostensiblemente, conforme lo revela la aplicación del Índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI).
162. A mayor abundamiento, desde setiembre de 2021, América Móvil dejó de ser la segunda empresa líder (atrás de Telefónica) en participación de mercado en el servicio de internet por fibra óptica, pues fue desplazada de dicha posición por Win. Asimismo, a diciembre de 2022, la cuota de mercado en el servicio de internet fijo por fibra óptica de Wow Tel S.A.C. (11.55%) se ha mostrado con un crecimiento constante, al punto de resultar cercana a la participación de América Móvil (13.2%).
163. La combinación de los factores antes explicados permite concluir que la circunstancia de que la publicidad controvertida traslade al público una referencia general a otros competidores no implica que aquella contenga una alusión específica a uno o más competidores en el respectivo mercado. De esta manera, se necesitará la verificación de elementos adicionales que contribuyan a identificar, de manera puntual, a alguno (o a más de uno) de tales oferentes en el mercado, para recién poder afirmar que la publicidad denunciada habría incluido una alusión a otro agente económico respecto del cual el mensaje transmitido pudiera resultar denigratorio.
164. Considerando lo antes expuesto y el desarrollo contenido en los numerales 78 a 104 precedentes, si bien la estructura y desenvolvimiento del mercado muestran que América Móvil es uno de los principales competidores de Win en el mercado de internet fijo por fibra óptica, tal circunstancia no constituye un indicador que —por sí solo— permita sustentar de modo fehaciente, que la publicidad en cuestión transmite una alusión a América Móvil o a su respectiva

oferta. Así pues, resulta imprescindible constatar si obran otros elementos que efectivamente denoten que dicha publicidad comprende una alusión específica a América Móvil de modo individual o en conjunto con otro competidor, dada la viabilidad de su identificación por el público consumidor.

B. Campaña publicitaria difundida por América Móvil, previa a la campaña de Win

165. América Móvil alegó que debe considerarse que su campaña publicitaria protagonizada por Luis Advíncula tuvo como eje temático los videojuegos y estuvo conformada por anuncios difundidos desde agosto de 2022; mientras que, en la campaña en cuestión, se exhibe a un “menor de edad” inmerso en la experiencia de los videojuegos (quien expresa, a su vez, su descontento de la calidad de conexión al servicio de internet fijo por fibra óptica brindado por su proveedor), mostrando un efecto gráfico y colores de velocidad análogos a los de su campaña invocada. La apelante considera que la publicidad de Win aludió implícita e inequívocamente a su campaña previa, lo que generaría que los consumidores las identifiquen y las vinculen.
166. Sobre el particular, una revisión de los anuncios que componen la campaña publicitaria controvertida en el presente procedimiento y la campaña publicitaria invocada por América Móvil permite advertir lo siguiente:

IMÁGENES DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA PREVIA DE AMÉRICA MÓVIL (Presentadas por América Móvil)



IMÁGENES DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA CONTROVERTIDA QUE, A DECIR DE AMÉRICA MÓVIL, HARÍAN REFERENCIA A SU CAMPAÑA PREVIA (Presentadas por América Móvil)

Campaña publicitaria (previa) de América	Campaña publicitaria de Win
	
	

167. De una apreciación de las campañas publicitarias confrontadas precedentemente se observa que los aspectos que comparten son la temática de la recreación del uso de videojuegos por parte de una persona joven, así como el uso de algunos efectos gráficos y colores que evocan la idea de velocidad. Sin embargo, dichos elementos constituyen recursos que, por su naturaleza, pueden ser utilizados por cualquier agente económico oferente del servicio de internet fijo por fibra óptica, con el objetivo de procurar resaltar la idea de estabilidad y velocidad del servicio anunciado.

168. Así pues, la recreación del uso de videojuegos constituye un supuesto ilustrativo de la utilización del servicio de internet fijo por fibra óptica en el que se requiere una conexión con estabilidad y velocidad adecuadas, por lo que —en principio— no se evidencia que constituya un recurso que el público identifique de forma específica con un determinado operador. De modo similar, el uso de

efectos gráficos orientados a evidenciar un efecto de un desplazamiento veloz y continuo también constituye un elemento que, por las características inherentes del servicio publicitado, puede ser utilizado en el mercado para trasladar la idea de una navegación a velocidad, sin que ello necesariamente aluda o evoque a un agente económico en concreto.

169. Como muestra de lo antes expresado, es pertinente destacar que existen otros operadores en el mercado de internet fijo por fibra óptica, distintos de América Móvil y Win, que —durante el transcurso del año 2022— utilizaron los referidos elementos como recursos publicitarios para evocar la idea de una conexión con estabilidad y velocidad adecuadas, conforme se observa a continuación:

PUBLICIDAD DIFUNDIRA POR WOW TEL S.A.C. (EN FEBRERO Y AGOSTO DE 2022¹⁰⁷)



¹⁰⁷ Enlaces (Verificados el 18 de junio de 2024):
https://www.facebook.com/wowperuoficial/photos/pb.100064149067751.-2207520000/506262594228227/?type=3&_rdc=1&_rdr
https://www.facebook.com/wowperuoficial/photos/pb.100064149067751.-2207520000/618831416304677/?type=3&_rdc=1&_rdr

PUBLICIDAD DIFUNDIDA POR FIBERLUX TECH S.A.C. (EN FEBRERO Y MAYO DE 2022¹⁰⁸)**PUBLICIDAD DIFUNDIDA POR P Y D TELECOM S.R.L. (EN ABRIL Y AGOSTO DE 2022¹⁰⁹)**

¹⁰⁸ Enlaces (Verificados el 18 de junio de 2024):
https://www.facebook.com/fiberluxsac/photos/pb.100064809245367.-2207520000/5517380994945721/?type=3&_rdc=1&_rdr
<https://web.facebook.com/fiberluxsac/photos/pb.100064809245367.-2207520000/5485244784826009/?type=3>.

¹⁰⁹ Enlaces (Verificados el 18 de junio de 2024):
https://www.facebook.com/photo.php?fbid=352100303605495&set=pb.100064165833406.-2207520000&type=3&_rdc=1&_rdr
https://www.facebook.com/photo.php?fbid=443614141120777&set=pb.100064165833406.-2207520000&type=3&_rdc=1&_rdr

PUBLICIDAD DIFUNDIRA POR FIBERLINE PERÚ S.A.C. (EN AGOSTO DE 2022¹¹⁰)

170. De las imágenes publicitarias apreciadas, se puede concluir que la utilización de recursos como los videojuegos o gráficas que denoten velocidad son utilizados por diversos proveedores del mercado en el que ha sido difundida la publicidad controvertida, lo cual pone de manifiesto que constituyen elementos que no son capaces de ser asociados a un origen empresarial determinado y que, por tanto, no son aptos para sustentar una alusión a la oferta de América Móvil.

171. Sumado a lo anterior, conviene anotar que la campaña publicitaria difundida por América Móvil de manera previa a la campaña de Win, presentó también otros elementos dirigidos a llamar la atención del público y destacar las cualidades del servicio de internet fijo por fibra óptica anunciado, tal como se observa enseguida¹¹¹:

¹¹⁰ Enlaces (Verificados el 18 de junio de 2024):
<https://www.facebook.com/NubyxPeru/photos/pb.100064165083327.-2207520000/5320318838059536/?type=3&rdc=1&rdl>
<https://www.facebook.com/NubyxPeru/photos/pb.100064165083327.-2207520000/5351409138283839/?type=3&rdc=1&rdl>

¹¹¹ Dichas imágenes fueron presentadas, entre otras, por Win en su escrito de absolución a las apelaciones de Telefónica y América Móvil para mostrar los *spots* que América Móvil utilizó para publicitar sus servicios en la campaña que difundió de manera previa a la campaña de Win (ver numeral 157 del escrito presentado por Win). Dichos medios probatorios no fueron cuestionados por América Móvil luego de trasladársele el escrito en mención.

**IMÁGEN DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE AMÉRICA MÓVIL DIFUNDIRA DE
MANERA PREVIA A LA CAMPAÑA PUBLICITARIA CONTROVERTIDA
(Presentadas por Win)**



172. En la imagen precedente se aprecia que América Móvil incluyó en su campaña publicitaria, adicionalmente a la persona entreteniéndose con videojuegos, la realización de otras actividades (como el trabajo desde casa o *homeoffice*) como una tarea ordinaria que requiere un internet estable y veloz, lo cual resta sustento a la hipótesis de que el uso de los videojuegos sería un elemento central y predominante que específicamente evocaría en el público consumidor la recordación de la campaña publicitaria de América Móvil y que, por ende, la inclusión de dicho recurso en la campaña de Win pudiese generar una alusión a la empresa operadora denunciante.
173. Todo lo antes expuesto denota que cualquier operador que ofrezca el servicio de internet fijo por fibra óptica podría hacer uso de tales elementos, sin que ello implique su asociación a otro competidor en específico.
174. Resulta ineludible resaltar que América Móvil consignó en su campaña publicitaria —además de la persona entreteniéndose con videojuegos y los efectos gráficos alusivos a la velocidad— la presentación destacada de un personaje conocido en el ámbito deportivo con la finalidad de lograr un impacto mayor en el público consumidor. Esto permite afirmar que el aspecto recordatorio de la campaña publicitaria difundida por la empresa denunciante no descansa en los elementos del *gamer* y las gráficas de velocidad (que, como se ha visto, son empleados por otros operadores), sino en otros elementos sustanciales y llamativos que no han sido reproducidos en la campaña de Win ni han sido evocados (de forma expresa o indirecta) al exhibir la rata animada,



en mérito de la cual dicha recurrente considera que la publicidad en cuestión aludió a ella de forma denigratoria.

175. Por lo anterior, se concluye que la utilización de los recursos consistentes en la representación del uso videojuegos por un personaje joven o el empleo efectos gráficos y colores para trasladar la idea de un servicio de internet fijo por fibra óptica veloz no contribuyen a determinar que la publicidad en cuestión aludió a América Móvil o a su respectiva oferta comercial.

C. Términos empleados por Win en su campaña publicitaria

176. América Móvil sostuvo que el uso en la publicidad en cuestión de frases que incluyen términos como “*cambiar*” da a entender que elegir a Win como proveedor del servicio de internet fijo por fibra óptica implica una mejora y un cambio positivo en comparación con su operador anterior, posiblemente aludiendo a América Móvil. De modo similar, la apelante indicó que la frase “*y decían que era fibra*” podía interpretarse como una crítica a otro proveedor que habría prometido un servicio superior pero que no cumplió con las expectativas generadas. Por tanto, según dicha apelante, tales estrategias hacían referencia de manera indirecta a la competencia y, de modo específico, a su empresa.
177. El contexto antes mencionado permite advertir que el uso de los términos mencionados por la recurrente en las expresiones contenidas en la campaña publicitaria controvertida (tales como “*cambiar*” o “*y decían que era fibra*”) presentan un carácter genérico, pues simplemente hacen referencia a que el servicio de internet fijo por fibra óptica ofrecido por algún operador distinto de la anunciante (sin aludir cuáles serían tales operadores) no vendría siendo prestado de modo adecuado, en la situación cotidiana recreada que es exhibida en los anuncios que integran la campaña publicitaria en cuestión.
178. De esta manera, la inclusión de tales términos en las referidas expresiones empleadas en la campaña materia de cuestionamiento está dirigida a resaltar los beneficios de la oferta de Win en contraposición con las deficiencias que revestiría el servicio de otros competidores de manera general, sin que se verifique la exhibición de algún elemento que permita concluir que el público usuario relacionaría, de modo indubitable, la publicidad denunciada con algún operador en específico o su respectiva oferta comercial.
179. En atención a lo antes explicado, el uso de los términos como “*cambiar*” o la frase “*y decían que era fibra*” en la publicidad controvertida para hacer referencia a la oferta del servicio de internet fijo por fibra óptica distinta a la que brinda el anunciante, no contribuye a determinar que mediante la campaña

publicitaria cuestionada se aluda a América Móvil o al servicio que ofrece en el mercado.

D. La opinión y los comentarios de los consumidores en redes sociales

180. América Móvil argumentó que la opinión pública de los consumidores, a través de sus comentarios efectuados en las redes sociales de Win, permite concluir que la publicidad denunciada constituye una “indirecta” para América Móvil, quien sería representada de forma peyorativa por una rata. Para acreditar lo alegado, la recurrente presentó las imágenes de algunas opiniones emitidas por usuarios en redes sociales respecto de la campaña publicitaria de Win:

IMÁGENES DE OPINIONES EMITIDAS POR USUARIOS EN REDES SOCIALES RESPECTO DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE WIN (Presentadas por América Móvil)

Captura de pantalla	Texto	Enlace
	"Si es verdad eso xd lo único que acaban de hacer Claro y Movistar es activarle el ultra instinto a Win"	https://www.tiktok.com/t/ZM2JxkC5w/?t=1
	"Es clarísima la referencia a Claro y Movistar. Fijo que Indecopi los multa"	https://www.tiktok.com/t/ZM2JxkC5w/?t=1
	"Es obvio la alusión a claro y Movistar, fijo que Indecopi los sanciona"	https://www.tiktok.com/t/ZM2JxkC5w/?t=1
	"Espero que claro y movistar ganen la demanda, esta publicidad engañosa de win son solo para cojudos, han hecho creer a la gente que la fibra optica es mejor, la han puesto de moda, pero deberían de ver si servicio postventa esta peor"	https://twitter.com/AKarampali/status/1636457477230174229

	<p>que las otras empresas” “Hahahahahaha, qué buena! Aunque bueno, era para que la hagan más caleta los de Win, usaron las cajas de Claro y los módems de Movistar y Claro. Pero qué importa, todos odiamos a Movistar y ellos lo saben”</p>	<p>https://twitter.com/WildbunchPavei/status/1636491851183038465</p>
	<p>“A mí no me gusta esa publicidad, me da cosa tremendo ratón. ¿Qué es la rata = un ratero? En mi casa tenemos las dos Win y Movistar, a veces se va el Win.”</p>	<p>https://twitter.com/cynthiazoraida/status/1636461869979561984?s=48&t=nv8o5hZ5whelV_AXcQmbSA</p>
	<p>“Tantas formas de hacer publicidad y escogieron hacerla de una forma tan vulgar y hasta ofensiva”</p>	<p>https://twitter.com/gato220566/status/1636919389344657410?s=46</p>
	<p>“Es un comercial que apela a la vulgaridad”</p>	<p>https://twitter.com/oswaldodelaguila/status/1636756950204698625</p>

181. Al respecto, es preciso considerar lo previamente desarrollado por esta Sala en la sección D del acápite III.5.2 (“Sobre los comentarios efectuados en redes sociales”), en donde se evaluó la presunta existencia de alusión en la publicidad en cuestión a Telefónica¹¹². En dicho acápite se estableció que los comentarios en redes sociales alcanzados únicamente constituyen un reflejo de determinadas percepciones individuales de los titulares de las cuentas en redes sociales de los usuarios exhibidos en las imágenes antes reproducidas. De esta manera, lo expresado en aquellos comentarios, por sí mismo, no permite evidenciar la percepción del público usuario objetivo del mercado del servicio de internet fijo por fibra óptica en nuestro país; además no existir evidencia alguna de que tales comentarios hayan sido elegidos de manera aleatoria, por lo que es factible concluir que fueron seleccionados discrecionalmente por América Móvil y que, en consecuencia, pudieron ser objeto de sesgos en su recolección.

182. En ese sentido, al igual que lo señalado respecto de los comentarios presentados por Telefónica, aquellos comentarios alcanzados por América Móvil solo podrían ser usados para realizar afirmaciones de carácter descriptivo, sin que sea posible su empleo para dilucidar la percepción de los

¹¹² Con relación con los alegatos de similar naturaleza expuestos por Telefónica en su apelación, ver numerales 144 a 148 de la presente resolución.



usuarios del servicio de internet fijo por fibra óptica sobre la campaña publicitaria controvertida.

183. En atención a lo antes explicado, los comentarios en redes sociales que han sido invocados por América Móvil constituyen apreciaciones subjetivas correspondientes a unas ciertas personas en particular y no son representativos de la percepción de los usuarios del servicio de internet fijo por fibra óptica, por lo tanto, no contribuyen a determinar que la campaña publicitaria cuestionada comprende alusión a América Móvil o al servicio que ofrece en el mercado.

E. Otros argumentos

184. En apelación, América Móvil señaló que, aun en el caso que se considere que la publicidad en cuestión no contiene una alusión inequívoca a su empresa, Win debía ser sancionado por cometer actos de denigración, de conformidad con lo dispuesto en la Casación 10206-2016 por la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República (en adelante Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria). Esto, pues en dicha sentencia se habría determinado que, para la existencia de actos de denigración, no era necesario que la publicidad bajo examen haga una alusión inequívoca a la oferta de otro competidor, bastando una alusión por implicación¹¹³.
185. A continuación, se citan los considerandos de la Sentencia de Casación 10206-2016, invocados por América Móvil en apelación:

SENTENCIA CASACIÓN 10206-2016

“6.6. Aunado a ello, de la descripción del ilícito realizada en el citado dispositivo legal [artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal] se deben verificar los siguientes requisitos en el comportamiento denigratorio: a) Se debe poder identificar al afectado ya sea de forma directa o por implicación: Es necesario que los receptores del mensaje puedan identificar a la persona natural o jurídica que se ve afectada por el acto denigratorio, ya sea porque quien realiza la práctica hace una referencia directa al competidor o a una de sus marcas (forma directa), o lleva, mediante afirmaciones de descarte u otras similares (por implicación) al receptor a concluir que se está haciendo referencia a un determinado agente del mercado; b) la conducta debe ser idónea para menoscabar la reputación: La práctica debe poder tener como resultado la

¹¹³ La recurrente invocó específicamente el texto de los fundamentos 6.6 y 6.14 de la Sentencia de Casación 10206-2016. Esta sentencia se encuentra disponible en el portal web de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú: <https://apps.pj.gob.pe/cejSupremo/> (Verificado el 18 de junio de 2024).



disminución en la valoración de la opinión que los actores del mercado manejan sobre el afectado.

(...)

6.14. *En este sentido, para determinar la existencia de actos de denigración no resulta necesario que la publicidad haga una alusión inequívoca a la oferta de otro competidor, sino que esta puede ser incluso por implicación, vale decir, se puede desprender como consecuencia de las referencias o indicaciones (mensajes) que integren la publicidad, las que, luego de tamizarlas por un proceso deductivo, lógico o racional, permitirán al público consumidor detectar a qué competidor o competidores se encuentra discretamente dirigido el anuncio.”*

(Énfasis agregado y notas al pie omitidas)

186. En primer lugar, corresponde precisar que la sentencia mencionada (la cual incluye aquellos fundamentos expuestos con relación a la determinación de alusión en el marco de un análisis de presuntos actos denigratorios) se circunscribe a la controversia sometida a revisión por Directv Perú S.R.L. a raíz de la demanda contenciosa administrativa interpuesta contra la Resolución 397-2013/SDC-INDECOPI. Por ende, en principio, el mandato contenido en tal decisión judicial no alcanza al análisis que corresponde ser efectuado por esta Sala en el presente pronunciamiento, en ejercicio de su competencia primaria¹¹⁴, respecto de la campaña publicitaria controvertida (sin perjuicio de lo que pueda resolver el Poder Judicial, a futuro, en caso el presente asunto en discusión también sea sometido a su conocimiento).
187. Al margen de lo antes indicado, de una revisión de la Sentencia de Casación 10206-2016 se advierte que, según tal pronunciamiento judicial, los actos de

114

DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 24.- Las autoridades.-

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada.

(...)

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria.

Artículo 27.- El Tribunal.-

27.1.- El Tribunal es el órgano encargado de revisar en segunda y última instancia los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría Técnica.

(...)

Primera Disposición Complementaria Final. Competencia primaria.-

El control de las conductas desleales se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al INDECOPI y al Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.



denigración requieren de una alusión directa o indirecta, siendo que esta última es denominada “por implicación”. En tal sentido, se resalta que el consumidor debe poder identificar al agente económico específicamente aludido por medio de referencias directas o a través de elementos indirectos que engloban a la publicidad, al señalar dicho pronunciamiento que tales referencias *“permitirán al público consumidor detectar a qué competidor o competidores se encuentra discretamente dirigido el anuncio”*.

188. Por lo tanto, no se verifica que dicha sentencia señale que resulte jurídicamente posible que se configuren actos de denigración sin que medie algún tipo de alusión (directa o indirecta), lo cual significa que dicha infracción no puede consumarse con una referencia genérica. Al margen de que la en la sentencia invocada se haya señalado que no es necesaria una alusión “inequívoca”, dicho pronunciamiento jurisdiccional es claro al afirmar que la publicidad debe permitir al público identificar a los agentes aludidos, sea de forma directa o por implicación. Precisamente, en el caso bajo examen en este procedimiento, no se ha verificado la configuración de tal presupuesto en alguna de las dos formas en las que podría tener lugar (alusión directa o indirecta), lo cual resulta imprescindible para que la publicidad cuestionada pueda eventualmente calificar como denigratoria (e infractora).
189. Así pues, lo expuesto en la sentencia no resulta disímil con el análisis efectuado por esta Sala en el presente pronunciamiento, por lo que no corresponde amparar lo alegado por la recurrente.

F. Conclusión

190. Las consideraciones antes expuestas permiten constatar que la campaña publicitaria difundida por Win que ha sido materia de imputación no contiene elementos que hagan referencia, de modo directo o indirecto, a América Móvil o su oferta comercial, pues no se aprecia una mención expresa a dicha empresa o el signo distintivo con el que interactúa en el mercado ni tampoco algún elemento que determine que implícitamente la publicidad controvertida aluda a este operador denunciante o al servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece en el mercado.
191. Finalmente, cabe agregar que resulta revelador el hecho de que Telefónica y América Móvil hayan formulado denuncias independientes, en las cuales consideraron que las mismas afirmaciones propaladas en la campaña publicitaria cuestionada serían alusivas tanto a la primera como a la segunda empresa operadora antes mencionada. Esta situación, precisamente, resulta congruente con la ausencia de una alusión suficientemente clara y específica a



una(s) empresa(s) identificable de la competencia (conforme ha sido analizado en este pronunciamiento).

Conclusión sobre la presunta configuración de los actos de denigración imputados a Win por las denuncias de Telefónica y América Móvil

192. Por las consideraciones expuestas, esta Sala concluye lo siguiente respecto a la presunta configuración de los actos de denigración que han sido objeto de examen:

- (i) La campaña publicitaria materia de cuestionamiento difundida por Win no contiene elementos que hagan mención directa a Telefónica y/o América Móvil o a su respectiva oferta comercial, en la medida que no se aprecia que tal publicidad incluya una indicación expresa, de modo individual o conjunto, respecto de dichas compañías o de los signos distintivos que usan para interactuar en el mercado.
- (ii) No constan elementos que den cuenta de que la campaña publicitaria controvertida comunicada por Win aluda indirectamente o por implicación, de modo individual o conjunto, a Telefónica y/o América Móvil o a sus respectivas ofertas comerciales. El contenido de la publicidad, el contexto en que fue difundida y los demás elementos invocados por las denunciantes, no permiten determinar que dicha campaña —al haber hecho referencia a otros operadores en general— haya aludido específicamente a alguna de las citadas operadoras.

193. En atención a lo indicado, ante la ausencia de alusión en la publicidad controvertida, no se verifica la configuración de los actos de denigración imputados a Win, por lo que se debe confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, que declaró infundadas las denuncias de Telefónica y América Móvil en este extremo.

III.6. Sobre los presuntos actos de comparación indebida, en mérito de la denuncia de Telefónica

III.6.1. Marco normativo

194. Mediante Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI, la Sala ha indicado que la publicidad comparativa cuenta con dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a la de uno o varios competidores; y, (ii) la finalidad de que la exhibición de dicha referencia conjunta



sea la presentación las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora¹¹⁵.

195. Por el lado de los efectos, la publicidad comparativa, lícita o ilícita, genera necesariamente un daño al competidor aludido por diferenciación, puesto que ello supondrá una detracción potencial o real de su clientela. No obstante, tal como se ha señalado en el pronunciamiento citado en el numeral precedente, este perjuicio se justifica y se transforma en un daño tolerado, en la medida que contenga un carácter informativo que beneficie el interés superior del consumidor, lo cual releva la protección del derecho privado del competidor afectado, siempre que la publicidad comparativa se encuentre dentro de los límites que la licitud impone¹¹⁶.
196. Sobre la base de los criterios expuestos en la citada resolución¹¹⁷ y el desarrollo doctrinario al respecto¹¹⁸, el marco legal en materia de represión de la competencia desleal definió en el numeral 12.1 del artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal los actos de comparación como aquellos que se exteriorizan vía publicidad u otros medios, a través de los cuales el proveedor presenta las ventajas de su oferta propia en productos o servicios frente a la oferta competidora de otro agente económico en el mercado¹¹⁹.
197. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el numeral 12.2 del artículo 12 de la referida ley¹²⁰, los actos de comparación resultan lícitos, siempre que cumplan lo indicado en el numeral 11.2 del artículo 11 del referido cuerpo legal

¹¹⁵ La Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI fue emitida el 10 de diciembre de 2003, en el marco del procedimiento seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.

¹¹⁶ La falta de carácter informativo de la publicidad comparativa se produce cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas —por ejemplo, belleza, sabor, aroma, elegancia— existen en realidad. La carencia de contenido informativo provoca que el competidor aludido sufra un daño —materializado en la detracción potencial o real de clientela— sin que el consumidor se vea beneficiado por ello con alguna información. Puede observarse que el efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal.

¹¹⁷ La Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1044 deja claramente establecido que el nuevo marco de represión de la competencia desleal recoge los criterios expuestos en la Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI —que para ese momento tenía calidad de precedente de observancia obligatoria— al señalar “[e]s necesario que se consagre legislativamente lo establecido en el referido precedente de observancia obligatoria”.

¹¹⁸ A nivel doctrinario, Tato Plaza define a la publicidad comparativa como “aquella publicidad en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado, directo o indirecto, de resaltar las ventajas de los propios productos o servicios frente a los ajenos” (TATO PLAZA, Anxo, La publicidad comparativa, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 41).

¹¹⁹ Ver nota a pie de página 2.

¹²⁰ Ver nota a pie de página 2.



(requisitos de licitud)¹²¹, es decir, que la información que transmita a través de tales actos comparativos resulte objetiva y veraz, además de ser exacta y pertinente en la forma y el fondo.

198. Es importante indicar que, en numerosos pronunciamientos¹²², la Sala ha precisado que la configuración de esta modalidad de acto de competencia desleal requiere la mención o alusión a un competidor o su oferta. Esto es así, pues no podría existir un acto de comparación presentando las ventajas de la oferta propia frente a la oferta de un competidor si este último no resulta identificable. En tal sentido, a efectos de evaluar un acto de comparación indebida, es necesario que el presunto infractor haya hecho mención directa a un competidor o a su oferta (alusión directa) o que, por implicación, la identificación de dicho competidor sea fácilmente perceptible por los consumidores (alusión indirecta).
199. En este mismo orden de ideas, conforme se ha señalado en el acápite referido a denigración, la doctrina diferencia entre la alusión explícita o implícita al producto o servicio del competidor, señalando que, mientras que en el primer supuesto, el anunciante cita algún elemento que permite identificar expresamente a la empresa, productos o servicios competidores; en el segundo supuesto, se requiere verificar una referencia clara a uno o varios competidores que, en función de las circunstancias que concretamente resulten aplicables, permita a los consumidores identificar, sin ninguna duda, al competidor o los productos o servicios competidores aludidos en el anuncio comparativo¹²³.
200. Por tanto, solo en caso de que se determine que existió una alusión conforme a los lineamientos conceptuales antes indicados, se procederá a evaluar la concurrencia de los elementos característicos de la publicidad comparativa establecidos en el artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora) y si la información trasladada al mercado cumple con los requisitos de licitud previstos en el numeral 11.2 del artículo 11 de la referida ley.

III.6.2. Aplicación al presente caso

¹²¹ Ver nota a pie de página 2.

¹²² A modo de ejemplo, ver Resoluciones 252-2015/SDC-INDECOPI del 29 de abril de 2015; 624-2017/SDC-INDECOPI del 6 de noviembre de 2017; y, 030-2018/SDC-INDECOPI del 13 de febrero de 2018.

¹²³ LEMA DEVESA, Carlos. Op. Cit., pp. 313-326. En el mismo sentido, TATO PLAZA, Anxo. Op. Cit. pp. 21-22. Ver nota a pie de página 77 de la presente resolución.



201. Por Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundado este extremo de la denuncia de Telefónica, al considerar que la campaña publicitaria denunciada no contenía una alusión inequívoca que permita la identificación del servicio brindado por Telefónica o de otro operador. En base a ello, dicho órgano determinó que no correspondía analizar si la información transmitida por la citada publicidad cumplía con los requisitos de licitud.
202. Telefónica, en apelación, reiteró sus argumentos dirigidos a sostener la existencia de elementos que coadyuvarían a determinar que la publicidad cuestionada contiene una alusión inequívoca a Telefónica o su oferta comercial, tales como la composición del mercado, la caja de módem y la figura del teléfono en el dispositivo exhibidas en la publicidad, así como el Informe Lúmini. En adición a ello, la recurrente indicó que la publicidad controvertida trasladaría dos (2) mensajes referidos las ventajas del servicio de Win frente al que ofrecía su empresa, los cuales darían a entender que este último sería defectuoso y que no sería prestado realmente por fibra óptica.
203. En atención a lo alegado por dicha apelante, es preciso mencionar que, conforme al marco normativo detallado la sección III.5.1 de esta resolución, la configuración de los actos de comparación indebida requiere de alusión a un competidor o a su oferta, pues un acto de comparación tiene como presupuesto la presentación de las ventajas de la oferta del anunciante en contraposición con la oferta de un competidor que resulte identificable por los consumidores. En tal sentido, es imprescindible verificar, primigeniamente, que el presunto acto infractor mencione directamente a un competidor o a su oferta (alusión directa) o que, por implicación, la identificación de dicho competidor sea fácilmente perceptible por los consumidores (alusión indirecta).
204. En caso se determine que la referida campaña efectivamente contenga una alusión dirigida a Telefónica o a su servicio, se procederá a evaluar si las ventajas presentadas de la oferta propia de Win, en contraste con las características relativas la oferta de su competidora (identificada o identificable) constituye información veraz, exacta y pertinente en forma y fondo.
205. Ahora bien, en el acápite III.5 de la presente resolución, esta Sala analizó si se configuraba o no la alegada alusión (directa o indirecta) derivada de la campaña publicitaria cuestionada, lo que abarcó el examen de los elementos invocados por Telefónica a fin de sustentar la referida alusión. Así pues, luego de llevar a cabo tal evaluación, este Colegiado determinó que la publicidad cuestionada no contiene una alusión directa o indirecta dirigida de forma clara y/o específica a Telefónica o a su respectiva oferta comercial.



206. Por tanto, al haberse constatado que la campaña publicitaria controvertida no presenta una alusión a Telefónica o a su oferta comercial, no es posible que se configuren los actos de comparación indebida imputados contra Win, pues tal circunstancia constituye un presupuesto indispensable para la consumación de tales presuntos actos de competencia desleal. En vista de ello, carece de relevancia revisar adicionalmente si la información trasladada por la publicidad en cuestión es veraz, exacta y pertinente en forma y fondo.

207. En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la denuncia de Telefónica en contra de Win por la presunta realización de actos de comparación indebida.

III.7. Sobre los presuntos actos de engaño, en mérito de la denuncia de América Móvil

III.7.1. Marco normativo

208. El numeral 8.1 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹²⁴ establece que los actos de engaño son aquellos que tienen como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes del mercado sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, sobre los atributos o beneficios que presentan determinados bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente autor de tales actos ofrece en el mercado, o inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente.

209. Asimismo, el numeral 8.3 del artículo 8 del mismo cuerpo legal dispone que toda información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, con lo cual se evita la desviación indebida de las preferencias de los consumidores por las falsas expectativas que podrían generarse sobre las condiciones del producto o servicio que sea anunciado¹²⁵.

210. En el caso de la publicidad comercial, solo las expresiones publicitarias que un consumidor razonablemente interprete como objetivas (a diferencia de las subjetivas como, por ejemplo, las exageraciones publicitarias) son susceptibles

¹²⁴ Ver nota a pie de página 18 de la presente resolución.

¹²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

(...)



de ser comprobadas fácticamente y, por ende, están sujetas al límite de no engañar previsto en la ley.

211. En este sentido, frente a los mensajes de corte objetivo, los anunciantes deben cumplir con el deber de sustanciación previa, establecido en el numeral 8.4 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en virtud del cual, los anunciantes se encuentran obligados a estar premunidos de pruebas que acrediten la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores, de manera previa a su comunicación¹²⁶.
212. El mencionado deber contiene una doble finalidad: (i) obliga al anunciante a contar con las pruebas que acrediten la información que pretende trasladar a los destinatarios del anuncio, por lo que, ante el requerimiento de la autoridad, debe encontrarse en la capacidad de exhibirlas; y, (ii) asegura a los destinatarios de la publicidad que los anunciantes tienen las pruebas que sustenten la veracidad de los mensajes de carácter objetivo que están difundiendo, reforzando la transparencia en el mercado y reduciendo los costos de transacción vinculados a los productos o servicios publicitados.
213. Complementariamente, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹²⁷ establece las pautas de enjuiciamiento e interpretación de las manifestaciones publicitarias, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta que las personas que perciben el anuncio difundido quedan influenciadas mediante un examen superficial de la publicidad, esto es, captando el mensaje publicitario transmitido en su conjunto y sin efectuar una evaluación detenida de la pieza publicitaria, sino mediante una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.
214. Sobre la base de las premisas antes expuestas, y considerando lo señalado en anteriores pronunciamientos¹²⁸, la metodología para evaluar si determinada información trasladada por un anuncio publicitario infringe el principio de veracidad o no, consta de los siguientes pasos:

¹²⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 8.- Actos de engaño

(...)

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

¹²⁷ Ver nota a pie de página 69.

¹²⁸ Al respecto, ver las Resoluciones 0645-2015/SDC-INDECOPI del 3 de diciembre de 2015, 0065-2016/SDC-INDECOPI del 4 de febrero de 2016, 0641-2017/SDC-INDECOPI del 13 de noviembre de 2017, 0223-2018/SDC-INDECOPI del 11 de octubre de 2018 y 0134-2023/SDC-INDECOPI del 28 de setiembre de 2023.



- (i) **Delimitación del mensaje:** se debe establecer, a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario controvertido, en qué consiste el contenido del mensaje que reciben los destinatarios.
- (ii) **Verificación de la temporalidad de las pruebas anteriores a la difusión del mensaje:** una vez delimitado dicho mensaje, la autoridad constatará si el imputado cuenta con pruebas capaces de acreditar la veracidad del anuncio bajo examen, antes del inicio de su difusión, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el numeral 8.4 del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- (iii) **Evaluación de la veracidad del mensaje:** en el supuesto de que obren pruebas orientadas a acreditar lo anunciado y que sean anteriores a la difusión del mensaje, la autoridad determinará si —en efecto— tales pruebas demuestran la veracidad del mensaje transmitido.

III.7.2. Aplicación al presente caso

215. A través de la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia de América Móvil, en el extremo que cuestionó la presunta realización de actos de engaño, respecto de los tres (3) supuestos mensajes engañosos que trasladaría la publicidad en cuestión sobre el servicio de internet fijo de fibra óptica de Win (relativos a que contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en 2021 y 2022; que abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional; y que sería infalible y sin interrupciones). Dicho órgano consideró que la campaña controvertida transmitía mensajes que cumplían con el deber de sustanciación previa o que diferían de los mensajes que fueron materia de imputación.
216. En apelación, América Móvil cuestionó dicha decisión, esbozando argumentos dirigidos a sustentar que la campaña publicitaria objeto de cuestionamiento sí transmitió los tres (3) mensajes engañosos que fueron materia de imputación, los cuales inducirían a error al público consumidor que se halle expuesto frente a aquellos, al carecer de veracidad. En consecuencia, a criterio de dicha recurrente, corresponde que la Sala declare fundada su denuncia.
217. En atención a lo antedicho, esta Sala procederá a verificar si se configuran los actos de engaño imputados, para lo cual se deberá: (i) delimitar los mensajes efectivamente transmitidos por la publicidad controvertida; (ii) verificar si Win cuenta con pruebas capaces de demostrar previamente la veracidad de los mensajes cuestionados; y, (iii) evaluar si dichas pruebas acreditan la veracidad de los mensajes transmitidos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

a) Sobre el mensaje consistente en que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en función de los premios anunciados, lo cual sería inexacto y/o erróneo por no abarcar la integridad de 2021 y 2022

218. Por Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundado este extremo de la denuncia de América Móvil, al considerar que el mensaje que trasladó la campaña en cuestión fue que Win recibió los premios “Netflix – Speed Index del Perú 2022”, “Ookla Speedtest Awards Velocidad 2021” y “Ookla Speedtest Awards 2022” por contar con el mayor puntaje de velocidad en el Perú, los cuales habrían sido otorgados en los años 2021 y 2022, respectivamente. Dicho órgano resolutorio añadió que Win habría cumplido con el deber de sustanciación previa, conforme se verificaría de las pruebas obrantes en el expediente y en las páginas web mencionadas en el *scroll* de la publicidad.

219. En apelación, América Móvil sostuvo que la interpretación del mensaje de la primera instancia es alambicada y forzada, siendo que los elementos contenidos en la publicidad en cuestión (como las frases e imágenes de los premios y la voz en *off*) generarían que un consumidor razonable, de una vista integral y superficial, entienda que el mensaje es que el servicio de internet fijo de fibra óptica de Win fue el más veloz del Perú durante 2021 y 2022.

220. Dado que la recurrente cuestionó la delimitación de mensaje efectuada por la Comisión, es oportuno resaltar que, para determinar si la campaña publicitaria en cuestión incurrió en este acto de engaño atribuido a Win, es necesario delimitar si dicha publicidad efectivamente transmitió el presunto mensaje engañoso materia de imputación (esto es, que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en base a los premios exhibidos, los cuales corresponderían a los periodos anuales de 2021 y 2022),

221. Con la finalidad de extraer el mensaje que se desprende de la publicidad objeto de cuestionamiento, corresponde verificar los distintos elementos que se hallan presentes en su contenido.

**CAPTURA DE PUBLICIDAD QUE DARÍA A ENTENDER QUE WIN CONTARÍA
CON EL MAYOR PUNTAJE DE VELOCIDAD EN EL PERÚ EN FUNCIÓN DE LOS
PREMIOS ANUNCIADOS, ABARCANDO LA INTEGRIDAD DE 2021 Y 2022**



222. La campaña publicitaria en cuestión está integrada por anuncios que muestran un diálogo entre un hijo y su madre, así como una rata animada¹²⁹. Seguidamente, una voz *en off* afirma “Tenemos el mayor puntaje de velocidad del Perú. Y no lo decimos nosotros, lo dicen los expertos”. Al mismo tiempo, son exhibidas las imágenes de tres figuras que representan tres (3) premios con los siguientes textos cada uno “NETFLIX Speed Index del Perú 2022”, “OOKLA Speedtest Awards | Velocidad | 2022” y “OOKLA Speedtest Awards | Velocidad | 2021”, y debajo se consigna la frase “MAYOR PUNTAJE DE VELOCIDAD DEL PERÚ”.
223. En este punto, conviene recordar que la recurrente alegó que los elementos contenidos en la publicidad en cuestión (como las frases e imágenes de los premios y la voz *en off*) generarían que un consumidor razonable, de una vista integral y superficial, entendiera que el mensaje es que el servicio de internet fijo de fibra óptica de Win fue el más veloz del Perú durante 2021 y el 2022.

¹²⁹ De acuerdo con la descripción de la publicidad anotada en el acápite III.3. de la presente resolución. Ver anuncio descrito en el punto A) del numeral 5 de la presente resolución.



224. Al respecto, este Colegiado estima preciso anotar que una revisión integral y superficial de los elementos detallados previamente que componen la publicidad materia de examen permite advertir que aquella procura poner de relieve ante los consumidores el hecho de que Win habría sido galardonada por la velocidad de su servicio de internet fijo por fibra óptica (ofrecido en nuestro país) en los años 2021 y 2022.
225. En efecto, las afirmaciones mencionadas en la publicidad bajo análisis dirigidas a resaltar que el servicio de internet fijo por fibra óptica de Win ha sido premiado como aquel con mayor puntaje de velocidad, acompañadas de las figuras de tres (3) trofeos que simbolizan los premios concedidos por las compañías identificadas como “Netflix” y “Ookla”, evidencian el énfasis realizado en la publicidad respecto al reconocimiento concedido a la empresa denunciada en mérito del carácter veloz que presentó el citado servicio que ofreció en los mencionados años, de acuerdo con los galardones que son exhibidos.
226. De esta forma, esta Sala considera que el mensaje que transmite la publicidad denunciada es que el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win ha sido galardonado por “Netflix” y “Ookla” por contar con el mayor puntaje de velocidad del Perú en los años 2021 y 2022, en la medida que recibió los premios “NETFLIX Speed Index del Perú 2022” “OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2022” y “OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2021”.
227. En tal sentido, la campaña publicitaria no transmite la idea de que Win contaría con el mayor puntaje de velocidad en el Perú en función de premios que abarcarían la integridad del 2021 y 2022, sino solo que dichos premios — relativos al servicio de internet fijo por fibra óptica de Win— fueron otorgados porque el referido servicio anunciado efectivamente logró alcanzar el mayor puntaje de velocidad dentro de esos años, sin perjuicio de que haya obtenido tal posición preeminente en cierto(s) periodo(s) o intervalo(s) dentro de los años 2021 y 2022.
228. Lo antes anotado encuentra sustento en el hecho de que la publicidad controvertida no comprende algún elemento que incluya una referencia a que la calificación como el mayor puntaje de velocidad hubiera obedecido a una evaluación llevada a cabo con relación a la totalidad del decurso de los años 2021 y 2022. Antes bien, los elementos mostrados dan cuenta de que la precitada calificación se basó específicamente en los premios exhibidos, cuyo contenido tampoco contiene alguna indicación que dé entender que su concesión hubiese obedecido a una mayor velocidad del servicio anunciado durante la integridad de los años 2021 y 2022.



229. A mayor abundamiento, resulta conveniente anotar que la publicidad bajo examen ha sido difundida por Win desde el 2 de octubre de 2022, por lo que, a partir de una apreciación superficial e integral, un consumidor razonablemente no podría entender que los premios exhibidos del año 2022 (es decir, los denominados “*NETFLIX Speed Index del Perú 2022*” y “*OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2022*”) se sustentan en una evaluación que habría abarcado la totalidad del transcurso de dicho año, pues a la fecha de lanzamiento de tal publicidad, aquel año aún no había culminado.
230. En adición a lo antedicho, es pertinente destacar que la publicidad controvertida no da a entender al público que los premios fueron concedidos necesariamente en 2021 y 2022¹³⁰, como lo señaló la primera instancia. Conforme a lo indicado anteriormente, la referida publicidad transmite que Win efectivamente recibió tales premios por el servicio de internet fijo por fibra óptica ofrecido en los mencionados años —sin que ello implique que se refiere a una valoración sobre la integridad de los años 2021 y 2022—, lo cual puede ser apreciado de los galardones por tener el mayor puntaje de velocidad que son exhibidos en la publicidad.
231. América Móvil alegó que los consumidores interpretan la publicidad que perciben en base a su experiencia previa, por lo que, considerando la existencia de diversos premios anuales ampliamente conocidos (como el Oscar, el Grammy, el Emmy, los Golden Globes o el Balón de Oro) entenderían que los premios exhibidos por Win corresponden a todo un periodo anual, por el hecho de que cada uno contiene la indicación de un año.
232. La Sala considera que lo alegado por dicha recurrente, implica asumir que un consumidor —ante la exposición por unos segundos de un segmento de la publicidad en cuestión, que muestra los galardones obtenidos por Win— realice un ejercicio mental respecto a la temporalidad que revestirían los premios mostrados en la campaña denunciada y determine que deberían tener el mismo carácter temporal que ciertas premiaciones concedidas en rubros manifiestamente disímiles, para que luego, este consumidor infiera que los premios destacados en la publicidad difundida por Win habrían obedecido a evaluaciones ejecutadas sobre la velocidad con la que contaría el servicio anunciado durante todo el año respectivo. Lo antes anotado dista sustancialmente de una evaluación superficial e integral de la publicidad controvertida, la cual se limita a mostrar determinados premios, la cualidad que es destacada y que fue galardonada (esto es, la velocidad), así como el año al

¹³⁰ El hecho de que el premio pueda no necesariamente ser otorgado en el año que aconteció el suceso galardonado resulta razonable, pues la entidad concedente del premio deberá valorar los resultados respectivos luego de ser recabados (a través de sus mecanismos de medición), los cuales podrían incluso versar sobre los periodos finales del respectivo año.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

cual se refieren, sin que conste algún elemento capaz de generar que el público entienda que la velocidad que se procura resaltar responde a una periodicidad determinada ni mucho menos que aluda necesariamente a la integridad de los años correspondientes.

233. América Móvil sostuvo que el *scroll* de la publicidad en cuestión tendría un tamaño imperceptible y se desplazaría a una velocidad que impide su lectura plena, por lo que la información que contiene debería ser considerada como no puesta¹³¹, debiendo considerar además que tal información resultaría contradictoria con el mensaje captatorio de la publicidad.
234. En la parte inferior de la publicidad consta un *scroll* que indica lo 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” Más info: <https://www.speedtest.net/awardsperu/> <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru/> / www.win.pe”.
235. Esta información contenida en dicho *scroll*, al margen de su tamaño y de la velocidad con la que se desplaza, no contradice el mensaje derivado de la publicidad en cuestión, a partir de un análisis superficial e integral de los elementos captatorios de aquella¹³², pues solo hace referencia al hecho de que el mayor puntaje de velocidad que se atribuye al servicio anunciado se basó en los premios otorgados por Ookla, con motivo de su prestación en los años 2021 y 2022 (sin dar a entender que tal posición responde a todos los meses de tales

¹³¹ América Móvil invocó la Resolución 0225-2018/SDC-INDECOPI del 16 de octubre de 2018, mediante la cual la Sala señaló lo siguiente:

“22. En ese sentido, se configurará una infracción al principio de legalidad cuando se publicite una promoción de ventas, sin consignar las condiciones y restricciones de acceso en la forma establecida en las normas imperativas aplicables a dicha actividad publicitaria contenidas, en este caso, en el artículo 14.2 del Código de Protección al Consumidor.

23. Ahora bien, el cumplimiento de esta obligación supone que la consignación de las condiciones y/o restricciones o de los canales informativos complementarios en los cuales estas se encuentran, sea efectuada de una manera idónea a fin que sean perceptibles por los consumidores. En ese sentido, y como ya ha tenido oportunidad de precisar la Sala en reiteradas oportunidades, la exposición fugaz de las condiciones y/o restricciones tiene el mismo efecto sobre el consumidor que su omisión, pues le resultará materialmente imposible acceder a la información que le debe ser transmitida. En ese sentido, la exposición fugaz tampoco resulta acorde con lo establecido en el artículo 14.2 del Código de Protección al Consumidor.”

¹³² En la Resolución 0584-2018/SDC-INDECOPI del 14 de noviembre de 2016, la Sala ha señalado lo siguiente con relación al análisis de la parte captatoria de una publicidad, en el marco de una evaluación integral y superficial:

RESOLUCIÓN 0584-2018/SDC-INDECOPI DEL 14 DE NOVIEMBRE DE 2016

“33. En conclusión, lo expuesto evidencia que para extraer el mensaje publicitario de un anuncio, la autoridad debe realizar un análisis superficial e integral de las piezas en cuestión –en función a las percepciones que sobre estas posea el público destinatario, descartando la interpretación que le otorga el propio anunciante–, con especial énfasis en la parte captatoria del anuncio; sin efectuar un análisis aislado del significado de cada una de las palabras o afirmaciones (interpretación gramatical), que soslaye los demás elementos y el contexto del anuncio publicitario; y, poniéndose en el lugar del consumidor sin dejarse influenciar por opiniones y percepciones personales”.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

106/144

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

años), e incluye una remisión a ciertos portales electrónicos en los que se puede encontrar mayor información sobre los premios exhibidos. Por tanto, lo alegado por América Móvil no resulta atendible.

236. En atención a lo antes explicado, este Colegiado advierte que la publicidad examinada no transmitió el mensaje que fue objeto de imputación consistente en que los premios presentados por Win abarcarían todo el año 2021 y todo el año 2022. Por consiguiente, no se configuran los actos de engaño que fueron imputados a Win en este extremo.
237. Sin perjuicio de lo anotado, se ha verificado que Win acompañó al presente procedimiento cierta información correspondiente a las empresas Netflix y Ookla encargadas de la asignación de los premios exhibidos en la campaña (“NETFLIX Speed Index del Perú 2022” “OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2022” y “OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2021”).
238. De esta manera, Win presentó la información publicada en los respectivos portales electrónicos de las empresas Netflix y Ookla, conforme al siguiente detalle:
- (i) En cuanto a los premios “Netflix”, en el enlace <https://ispspeedindex.netflix.net/country/peru> se puede verificar que, durante los meses de junio y julio de 2022 (“20220601” y “20220701”), Win ocupó el primer puesto (rank: “1”) en velocidad (“speed”) de internet fijo por fibra óptica (“fiber”) con un puntaje de “3.6” y “3.4”, respectivamente, tal como se detalla a continuación:

INFORMACIÓN DE NETFLIX SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO (PERIODOS JUNIO 2022 Y JULIO 2022)



Date,"ISP","Technology","Speed","Rank"
20220701,"WIN","Fiber","3.4","1"
20220601,"WIN","Fiber","3.6","1"

Traducción libre:

Fecha, "PSI" (Proveedor de Servicio de Internet), "Tecnología", "Velocidad", "Rango"
Julio de 2022, "Win", "Fibra", "3.4", "1"
Junio de 2022, "Win", "Fibra", "3.6", "1"

- (ii) Respecto a los premios "Speedtest Awards Ookla Q3-Q4 2021" (periodo julio a diciembre de 2021), en el enlace https://www.SpeedTestOokla.net/awards/fixed/2021/?time_period=q3-q4 se puede constatar que, durante el referido periodo, Win obtuvo el primer lugar en velocidad de internet fijo ("*fixed network speed*") del Perú con un puntaje ("*speed score*") de 95.32, como se aprecia enseguida:

INFORMACIÓN DE OOKLA SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO (TERCER - CUARTO TRIMESTRE 2021)

WIN
Peru

WIN is Peru's Speedtest Awards Winner for fixed network speed during Q3-Q4 2021. To win this award, WIN achieved a Speed Score of 95.32, with top download speeds of 196.81 Mbps and top upload speeds of 197.69 Mbps.

Download the Speedtest Award Report for Peru

Speed Score 95.32

WIN
Show More

Traducción libre:

Win es el ganador de los premios Speedtest de Perú por velocidad de red fija durante el tercer y cuarto trimestre de 2021. Para ganar este premio, Win logró una puntuación de velocidad de 95.32, con velocidades máximas de descarga de 196.81 Mbps y velocidades máximas de carga de 197.69 Mbps.

- (iii) En lo que concierne a los premios "Speedtest Awards Ookla Q1 2022" (periodo enero a marzo de 2022), en el enlace https://www.speedtest.net/awards/fixed/2022/?time_period=q1-q2 se puede corroborar que, durante el mencionado periodo, Win ganó el primer lugar en velocidad de internet fijo ("*fixed network speed*") del Perú con un puntaje ("*speed score*") de 110.18, como se observa a continuación:

**INFORMACIÓN DE OOKLA SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO
(PRIMER Y SEGUNDO TRIMESTRE 2022)**

WIN
Peru

WIN is Peru's Speedtest Awards Winner for fixed network speed during Q1-Q2 2022. To win this award, WIN achieved a Speed Score of 110.18, with top download speeds of 241.82 Mbps and top upload speeds of 243.55 Mbps.

[Download the Speedtest Award Report for Peru](#)

Speed Score 110.18

WIN
Show More

Traducción libre:

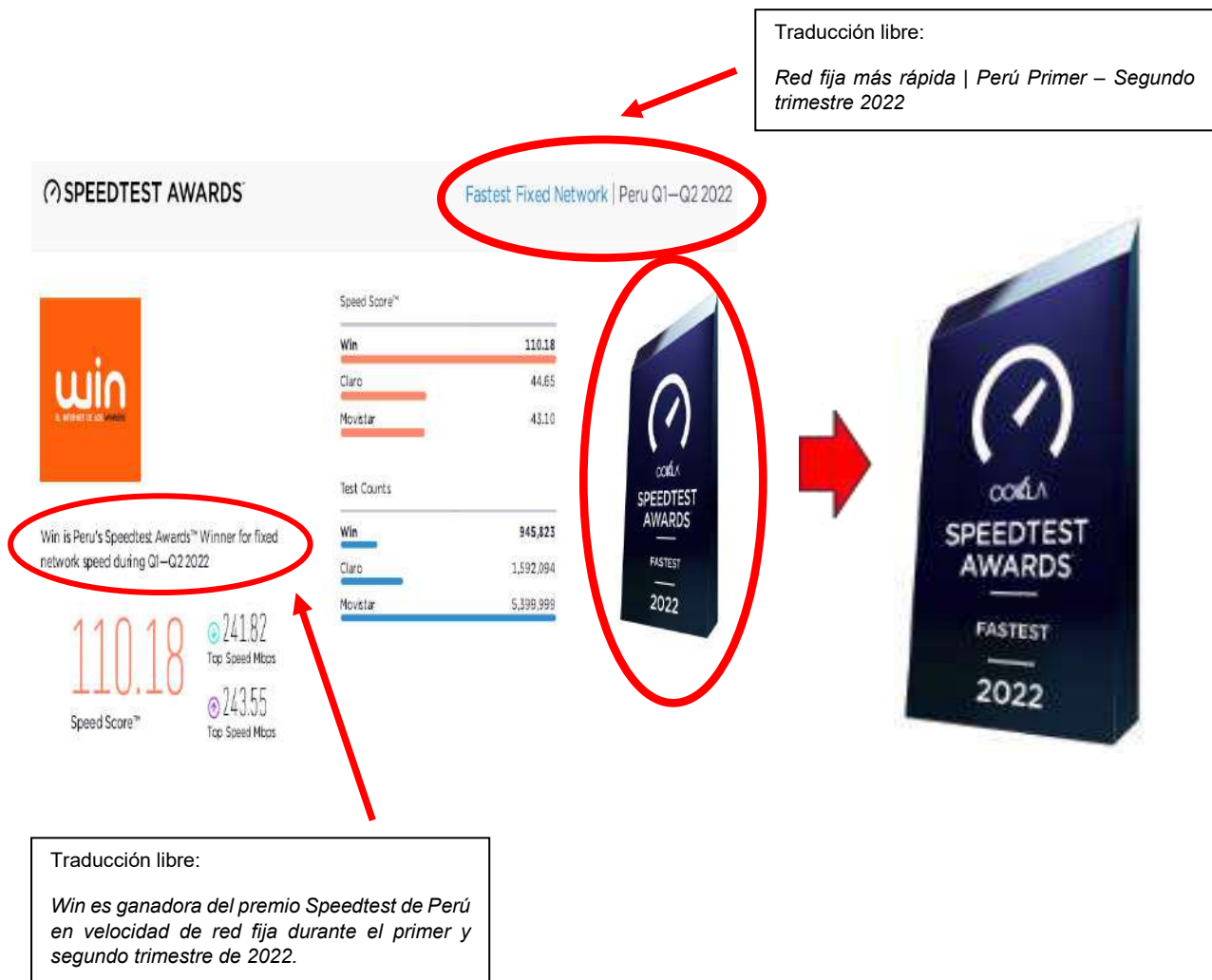
Win es el ganador de los premios Speedtest de Perú por velocidad de red fija durante el primer y segundo trimestre de 2022. Para ganar este premio, Win logró una puntuación de velocidad de 110.18, con velocidades máximas de descarga de 241.82 Mbps y velocidades máximas de carga de 243.55 Mbps.

239. La información obrante en los aludidos portales web de Netflix y Ookla muestra que dichas empresas conceden premios a las empresas prestadoras de servicio de internet fijo, luego de evaluar el desempeño de su prestación en intervalos mensuales y trimestrales, respectivamente. Con base en ello, la imagen del premio “NETFLIX Speed Index del Perú 2022” exhibida en la publicidad en cuestión responde a que Win, efectivamente, logró obtener reconocimientos respecto a su servicio en dicho año, siendo que obtuvo el mayor puntaje en los meses de junio y julio del año 2022; mientras que las imágenes de los premios “Speedtest Awards Ookla Q3-Q4 2021” y “Speedtest Awards Ookla Q1 2022” dan cuenta de que el servicio de internet fijo prestado por la empresa denunciada en los años 2021 y 2022 logró tales reconocimientos, en la medida que obtuvo el mayor puntaje de velocidad en el periodo comprendido entre julio y diciembre (tercer y cuarto trimestre) de 2021 y entre los meses de enero y marzo (primer trimestre) de 2022.

240. Inclusive, se puede observar que los dos (2) premios “Ookla” presentados en la publicidad controvertida han reproducido la imagen diseñada para tales galardones por parte de la propia compañía concedente, tal como consta en su respectiva página web:

**INFORMACIÓN DE OOKLA SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO
(TERCER - CUARTO TRIMESTRE DE 2021)**

(Ver gráfico en la siguiente página)

INFORMACIÓN DE OOKLA SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO
(PRIMER TRIMESTRE DE 2022)

241. De lo antes señalado, se advierte que el servicio de internet fijo por fibra óptica prestado por Win en los años 2021 y 2022, logró ser reconocido por contar con la mayor puntuación de velocidad en el Perú, a través de los premios “NETFLIX Speed Index del Perú 2022” “OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2022” y “OOKLA Speedtest Awards Velocidad 2021”. Por tanto, Win sustentó la



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

veracidad del mensaje que efectivamente transmitió la publicidad controvertida, de modo que su difusión no indujo a error al público.

242. En virtud de lo expuesto, corresponde confirmar el extremo de la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI que ha sido analizado en el presente acápite, que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Win, por la presunta realización de actos de engaño.

b) Sobre el mensaje consistente en que el servicio de internet de fibra óptica de Win abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional

243. La Comisión declaró infundado este extremo de la denuncia de América Móvil, al considerar que el mensaje que trasladó la campaña en cuestión fue que el servicio de internet fijo por fibra óptica de 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. Dicho órgano estimó que la publicidad examinada dio a entender que tal puntuación corresponde a su servicio ofrecido en el Perú (respecto de lo cual, la denunciada contaba con pruebas que sustentan su veracidad), sin especificar que abarque todo el territorio peruano.

244. América Móvil sostuvo que es contradictorio que la Comisión haya afirmado que el mensaje derivado de la publicidad en cuestión sea que el servicio anunciado es brindado en el Perú y no a nivel nacional, pese a que, en la misma resolución, señaló —en otra sección— que la campaña examinada tuvo un alcance nacional. Al respecto, cabe indicar que una revisión de la decisión apelada permite advertir que la mención referida a que el servicio publicitado sería brindado en el Perú y no a nivel nacional se enmarca en la delimitación del mensaje de la campaña controvertida (es decir, lo que da a entender al público consumidor expuesto a aquella); mientras que la indicación de que la publicidad tuvo un ámbito nacional se refiere al nivel de difusión que revistió dicha campaña (esto es, el alcance de su propalación en medios de comunicación).

245. En función de lo antedicho, el argumento de América Móvil confunde el mensaje presuntamente transmitido en la publicidad controvertida respecto al espacio territorial donde ofrecería sus servicios, con el alcance geográfico en donde fue efectivamente difundida tal publicidad (puesto esto último es un aspecto material externo a la publicidad evaluada y distinto al mensaje respectivo). Por tanto, no se verifica que el pronunciamiento impugnado contenga la alegada inconsistencia.

246. Por otra parte, América Móvil alegó en apelación que la interpretación del

mensaje de la primera instancia es alambicada y forzada pues, a su criterio, los elementos contenidos en la publicidad en cuestión (como las frases e imágenes de los premios y la voz en *off*) generan que un consumidor razonable, de una vista integral y superficial de la publicidad en cuestión, entienda que el mensaje es que el servicio de internet de fibra óptica de Win abarcaría la totalidad o una porción mayoritaria del territorio nacional, pese a que solo se ofrecería en ciertas ciudades.

247. Ahora bien, con el objetivo de extraer el mensaje que se desprende de la publicidad objeto de cuestionamiento, corresponde verificar los elementos presentes en su contenido.

CAPTURA DE PUBLICIDAD QUE DARÍA ENTENDER QUE EL SERVICIO DE INTERNET DE FIBRA ÓPTICA DE WIN ABARCARÍA LA TOTALIDAD O UNA PORCIÓN MAYORITARIA DEL TERRITORIO NACIONAL



248. Como ya se indicó en la sección precedente, la campaña publicitaria en cuestión está compuesta por anuncios que exhiben la representación de un diálogo entre un hijo y su madre, así como una rata animada. De modo inmediato, muestran la reproducción de una voz en *off* que asevera *“Tenemos el mayor puntaje de velocidad del Perú. Y no lo decimos nosotros, lo dicen los expertos”*. Seguidamente, son exhibidas tres (3) figuras que representan tres (3) premios que incluyen, cada una, los siguientes textos: *“NETFLIX Speed Index del Perú 2022”*, *“OOKLA Speedtest Awards | Velocidad | 2022”* y *“OOKLA Speedtest*

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

113/144



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

Awards | Velocidad | 2021”, y debajo se consigna la frase “*MAYOR PUNTAJE DE VELOCIDAD DEL PERÚ*”¹³³.

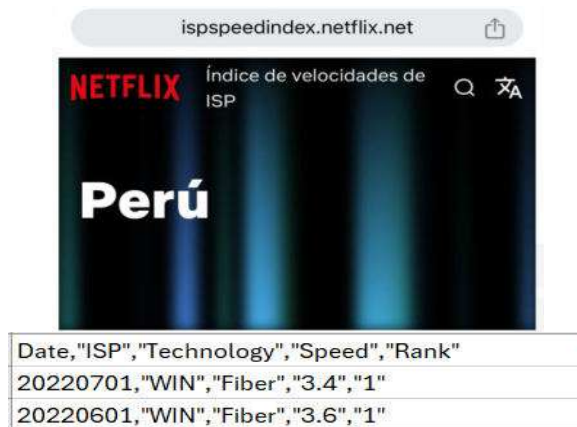
249. Una revisión integral y superficial de los referidos elementos empleados en la campaña controvertida permite constatar que tal publicidad destaca que Win fue premiada por la velocidad del servicio de internet fijo a través de fibra óptica que ha venido brindando en nuestro país durante los años 2021 y 2022.
250. Ciertamente, las afirmaciones comprendidas en la publicidad bajo examen que resaltan la premiación del servicio anunciado con las figuras de los tres (3) trofeos que específicamente fueron concedidos a Win, permiten verificar que la campaña publicitaria denunciada trasladó un mensaje que pone en relieve los galardones que Win ha recibido por el servicio que, de modo efectivo, ha venido ofreciendo en el Perú, sin consignar alguna indicación relativa al alcance geográfico de su prestación en el territorio peruano.
251. De esta manera, no se advierte que la campaña publicitaria controvertida dé a entender al público consumidor que, en el marco de la obtención de los premios exhibidos en la publicidad, Win hubiera ofrecido o anunciado que la prestación de su servicio de internet fijo por fibra óptica en los años 2021 y 2022 se haya extendido a todo el territorio peruano o a una parte importante de aquel. Antes bien, conforme a lo antes expuesto, la publicidad se ciñe a destacar que el servicio anunciado ha sido galardonado en nuestro país por la velocidad que revistió su prestación efectiva en dichos años, como se muestra en los premios mostrados en la campaña controvertida.
252. Lo anotado en el párrafo previo encuentra sustento en el hecho de que la publicidad materia de cuestionamiento no contiene algún elemento (por ejemplo, una expresión o imagen que ponga de relieve el alcance territorial de sus servicios¹³⁴) que transmita que las premiaciones por el mayor puntaje de velocidad concedidas al servicio ofrecido por Win, obedecieran a la prestación de dicho servicio a lo largo de todo el territorio nacional o en una parte mayoritaria de este.
253. En consecuencia, esta Sala considera que la publicidad cuestionada no transmitió al público el mensaje objeto de imputación en este extremo, motivo por el cual, no se configuran los actos de engaño que fueron atribuidos a la empresa denunciada y que han sido analizados en el presente acápite.

¹³³ Ver pieza publicitaria descrita en el literal A) del acápite III.3. de la presente resolución.

¹³⁴ Como, por ejemplo, sería el uso de frases como “en todo el Perú” o “en todo el territorio”.

254. Sin perjuicio de lo antes explicado, se ha constatado que Win acompañó al presente procedimiento información procedente de las empresas “Netflix” y “Ookla” encargadas de la asignación de los premios “NETFLIX Speed Index del Perú 2022”, “OOKLA Speedtest Awards | Velocidad | 2022” y “OOKLA Speedtest Awards | Velocidad | 2021” con el objetivo de sustentar el carácter veraz del mensaje —delimitado en los párrafos precedentes— que transmite la campaña publicitaria controvertida.
255. De la revisión de la referida información obrante en el portal web de las compañías “Netflix” y “Ookla”, se verifica lo siguiente en torno a los premios que otorgan respecto a la velocidad del servicio de internet fijo por fibra óptica que ofertan los operadores en el Perú:

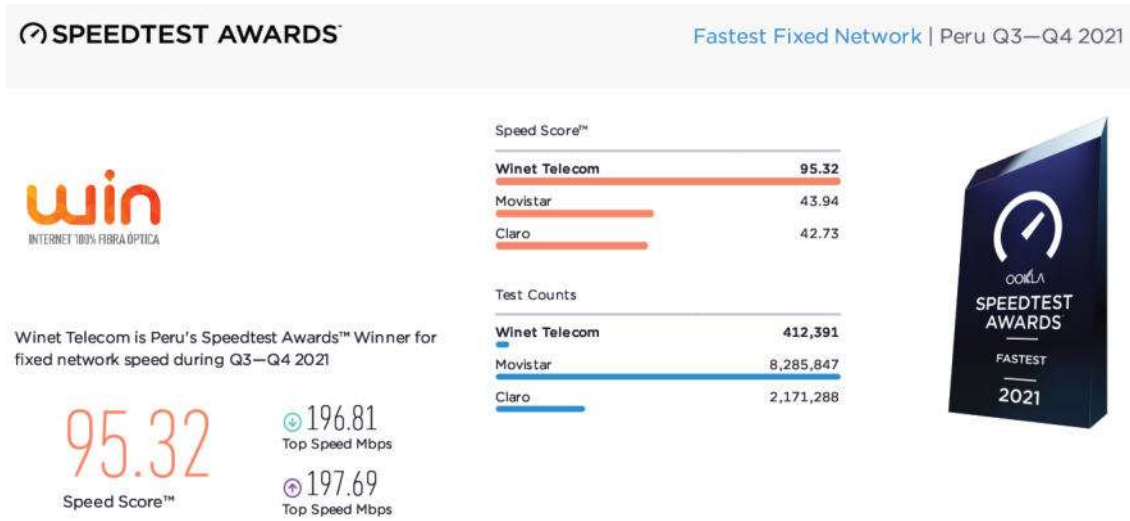
INFORMACIÓN DE NETFLIX SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO (PERIODOS JUNIO DE 2022 Y JULIO DE 2022)¹³⁵



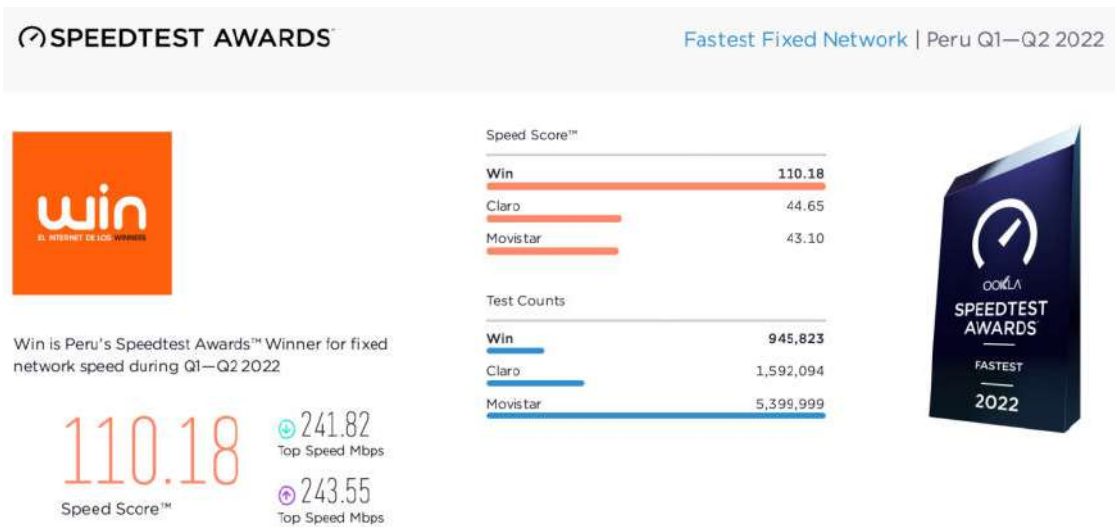
(Ver gráficos en la siguiente página)

¹³⁵ Ver reseña relativa a la traducción libre realizada en cuanto al gráfico expuesto en el punto (i) del numeral 238 de la presente resolución.

INFORMACIÓN DE OOKLA SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO (TERCER - CUARTO TRIMESTRE DE 2021)¹³⁶



INFORMACIÓN DE OOKLA SOBRE RANKING DE VELOCIDAD DE INTERNET FIJO (PRIMER TRIMESTRE 2022)¹³⁷



¹³⁶ Ver reseña relativa a la traducción libre realizada en los gráficos expuestos en el numeral 240 de la presente resolución.

¹³⁷ Ver reseña relativa a la traducción libre realizada en los gráficos expuestos en el numeral 240 de la presente resolución. M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11



256. La información contenida en los referidos portales web muestra que las empresas “Netflix” y “Ookla” otorgan premios a las prestadoras de servicio de internet en mérito de la velocidad a la que brindan sus servicios en un país determinado y en cierto intervalo temporal. Cabe resaltar que tal prestación es realizada de acuerdo con la cobertura correspondiente al servicio ofertado por cada operadora, lo cual evidencia que no se evalúa para el otorgamiento de tales premios el hecho de que su prestación tenga un alcance integral o mayoritario del territorio del país respectivo (en este caso, el Perú).
257. Con base en ello, la publicidad cuestionada destaca que Win cuenta con los premios “NETFLIX Speed Index del Perú - 2022”, “OOKLA Speedtest Awards - 2021” y “OOKLA Speedtest Awards - 2022” (cuya efectiva obtención ha sido sustentada por la empresa anunciante), lo cual denota que en esos años (con relación a los periodos junio a julio 2022, julio a diciembre 2021 y enero a marzo 2022 respectivamente), Win obtuvo el mayor puntaje de velocidad del país, sin que ello implique necesariamente que su servicio haya venido siendo ofrecido en todo el Perú, en una gran parte de su territorio o que esté focalizado en alguna zona geográfica en particular. Por tanto, la difusión de la campaña publicitaria de Win no indujo a error al público consumidor en este extremo.
258. Entonces, esta Sala concluye que corresponde confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil contra Win, por la presunta realización del acto de engaño examinado en el presente acápite.
- c) Sobre el mensaje consistente en que el servicio de internet de fibra óptica de Win sería infalible o libre de interrupciones
259. A través de la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundado este extremo de la denuncia de América Móvil, al considerar que la publicidad en cuestión no trasladó el mensaje imputado, pues aquella no incluyó las expresiones “infalible” o “libre de interrupciones”. Dicho órgano precisó que, un análisis integral y superficial de la publicidad revela que su mensaje principal consiste en los beneficios del servicio anunciado, el cual es publicitado con una rata gigante que representa la disconformidad de los consumidores respecto del servicio brindado por otras operadoras.
260. La recurrente sostuvo que lo señalado por la primera instancia respecto a que la publicidad controvertida no habría hecho referencia a la calidad del servicio anunciado ni a su infalibilidad revela que el sustento de la resolución impugnada es incongruente e insuficiente, pues inicialmente tal pronunciamiento indicó que el mensaje principal que subyace a la campaña denunciada refiere a los



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

beneficios del servicio publicitado, lo cual conlleva pensar que aquel es infalible.

261. Con relación a tal alegación, cabe anotar que el hecho de que en la resolución apelada se haya determinado que el mensaje principal de la campaña publicitaria de Win se encuentre orientado a destacar los beneficios de su servicio de internet fijo por fibra óptica, no implica algún reconocimiento de que dicha publicidad diera a entender que Win contaba con un servicio infalible o libre de interrupciones. Lo manifestado por la primera instancia únicamente denota que la publicidad se habría enfocado en resaltar las ventajas que conllevaría la contratación de los servicios publicitados por la anunciante, a diferencia de lo ofertado por otros operadores (referidos de forma general, sin aludir a alguno o algunos en específico).
262. En tal sentido, el hecho de que la Comisión, en una sección posterior de su análisis, haya determinado de que no existía un elemento que permita advertir que la publicidad controvertida transmita el mensaje engañoso imputado (consistente en que el servicio anunciado presuntamente no sería pasible de presentar fallas ni cortes), no pone en evidencia la existencia de alguna contradicción con relación a lo señalado en torno al mensaje principal. Por tanto, lo alegado por América Móvil no resulta atendible
263. América Móvil formuló argumentos dirigidos a sustentar que la publicidad controvertida sí habría transmitido el mensaje materia de imputación respecto al supuesto carácter infalible y a la ausencia de interrupciones en la prestación del servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win.
264. Con el objeto de extraer el mensaje que se desprende de la publicidad materia de cuestionamiento, corresponde verificar los elementos presentes en su contenido.

(Ver imagen en la siguiente página)

CAPTURA DE PUBLICIDAD QUE PRESUNTAMENTE DARÍA ENTENDER QUE EL SERVICIO DE INTERNET DE FIBRA ÓPTICA DE WIN ES INFALIBLE Y LIBRE DE INTERRUPCIONES



265. En esta publicidad¹³⁸ se muestra el ambiente de una sala de una casa familiar, en cuyo interior se encuentran una madre y su hijo que mantienen un diálogo referido a que el internet con el que cuentan ha presentado una falla. En este escenario, la madre le dice al hijo “¿puedes ir, por favor, a reiniciar el módem?”, a lo que el hijo responde que ya fue dos veces y que, en todo caso, vaya la rata animada que también se encuentra presente en la sala (a la que procede a señalar).
266. En adición a ello, las descripciones que acompañan la difusión de la publicidad en cuestión en “Facebook” e “Instagram” fueron las siguientes: “¿Cansado de reiniciar el módem? 😩 ¡Ráaaapido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica y comprueba la velocidad de los Winners 🤩👉 quierowin.pe”.
267. América Móvil alegó que la publicidad en cuestión muestra que el internet que usan la madre y el hijo falla constantemente, generando duda de su calidad; mientras que Win garantizaría que quienes contraten sus servicios no tendrán que reiniciar el módem, usando frases como “¿cansando de reiniciar el módem? (...) Ráaaapido cámbiate hoy mismo a Win”. Dicha recurrente añadió que la

¹³⁸ Tal como se ha descrito en el literal B del acápite III.3. de la presente resolución.
M-SDC-02/02
Vigencia del Modelo: 2020-03-11



secuencia de imágenes que exhiben el uso de guantes en el cambio del módem que venía siendo usado y la inmediata colocación del nuevo módem de Win sin emplear guantes, refuerza la idea de un servicio de internet sin fallas.

268. Al respecto, es oportuno recordar que el mensaje unificador que traslada la campaña publicitaria en cuestión destaca el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win por contar con una serie de beneficios en torno a su calidad y velocidad, en contraste con aquel ofertado por otros operadores en el mercado, que produciría disconformidad en sus usuarios por las deficiencias que presentaría.
269. En este mismo orden de ideas, las frases “¿Cansado de reiniciar el módem? 😞 ¡Ráaaapido cámbiate hoy mismo a WIN 100% fibra óptica” o “¿puedes ir, por favor, a reiniciar el módem?” destacan los beneficios del servicio brindado por Win, en contraste con el referido servicio brindado por otros operadores (referidos de forma genérica). Del mismo modo, el uso de guantes para retirar un módem y la inmediata colocación del nuevo módem de Win constituye un elemento recreativo que coadyuva a poner en evidencia que las alegadas ventajas del servicio de Win conllevaría que los consumidores contraten el servicio de Win y como consecuencia de ello, dejen de lado el servicio (brindado por un operador distinto) con el que tales usuarios pudieran contar. Sin embargo, estos elementos ni ningún otro presente en la publicidad controvertida permiten interpretar que el servicio publicitado se presente como libre de fallas ni que alegue estar exento de cualquier interrupción.
270. Por lo anterior, resulta necesario recalcar que el mensaje que transmite la publicidad consiste en que el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win presentaría beneficios por su idoneidad respecto a su conectividad y velocidad, lo cual estaría respaldado con los premios que se exhiben y lo diferenciaría de los servicios que ponen a disposición en el mercado otros competidores (los cuales, por las deficiencias que presentarían, defraudan las expectativas de sus usuarios).
271. Ahora bien, América Móvil alegó que Win no podría acreditar la veracidad del presunto mensaje consistente en que su servicio no tendría fallas o que sus módems no requieren ser reiniciados, por lo que resultará engañoso (pues inclusive Win recomienda en su página web¹³⁹ qué hacer si su servicio presenta fallas). Con relación a dicho argumento, conviene resaltar que se ha determinado que el mensaje objeto de imputación relativo a la presunta

¹³⁹ En particular, en el sitio web <https://win.pe/blog/cortes-en-tu-internet-causas-y-como-solucionarlo/> (Verificado el 18 de junio de 2024).



infalibilidad del servicio ofrecido por la empresa denunciada no ha sido transmitido por la campaña publicitaria en cuestión, motivo por el cual no corresponde examinar su veracidad.

272. El hecho de que Win, en la situación exhibida en su publicidad, destaque la calidad de su servicio en contraste con una representación de lo que sería un servicio deficiente (ilustrado mediante un recurso lúdico para captar la atención del público), no significa que Win traslade un mensaje de corte objetivo con relación a una característica tan excepcional consistente en que su servicio de internet fijo por fibra óptica se reputa infalible o que nunca esté expuesto a alguna interrupción en su prestación.
273. Por consiguiente, la Sala concluye que la campaña publicitaria controvertida no da a entender al público el mensaje imputado en este extremo, por lo que corresponde confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia interpuesta por América Móvil en este extremo.

III.8. Sobre los actos contra el principio de legalidad, en mérito de la denuncia de América Móvil

III.8.1. Marco normativo

274. El numeral 17.1 del artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que los anunciantes, al realizar la difusión de sus anuncios, deben respetar las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria en cuanto a su contenido y alcances¹⁴⁰.
275. En particular, el artículo 16 del Código de Consumidor establece que la publicidad dirigida a menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre la posibilidad de aquellos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. La referida norma también establece que dicha publicidad no deberá generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido¹⁴¹.

¹⁴⁰ Ver nota a pie de página 18.

¹⁴¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR.**
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.



276. De esta forma, se observa que dicha disposición está dirigida a la tutela de los menores de edad en consideración de su posición más vulnerable —en comparación con una persona adulta— ante anuncios que, por sus características particulares, estén destinados específicamente a tal segmento del público. Ello pretende evitar que estas piezas publicitarias puedan inducir a los menores de edad a conclusiones erradas sobre las particularidades del bien o servicio publicitado, o puedan generar en los menores de edad sentimientos de inferioridad en el supuesto de que no tengan alcance al producto anunciado.
277. En el presente caso, la imputación realizada contra Win fue por el hecho de que la campaña publicitaria presuntamente generaría sentimientos de inferioridad a los menores de edad que no puedan hacer uso el servicio ofrecido (servicio de internet de fibra óptica brindado por Win), por lo que presuntamente transgrediría el segundo de los supuestos contemplados en el artículo 16 del Código de Consumidor y, en mérito a ello, se vulneraría el principio de legalidad publicitaria.
278. Ahora bien, para aplicar la mencionada obligación resulta imprescindible que la publicidad cuestionada se encuentre dirigida a menores de edad. De lo contrario, la referida exigencia no resultará oponible al anunciante y, por tanto, no será posible una infracción a dicha disposición, de modo tal que no podrá configurarse una contravención al principio de legalidad publicitaria.
279. En relación con lo antedicho, es pertinente anotar que, en las estrategias de marketing de productos o servicios orientados a llamar la atención de menores de edad, es frecuente no solo la utilización de colores llamativos en los envases, sino también la concurrencia de dibujos atractivos de personajes humanos o de animales y la presentación de todo el conjunto gráfico con un aspecto lúdico o “divertido”, a fin de atraer específicamente la atención de los niños, niñas y adolescentes, apelando a la fantasía más propia de ellos¹⁴².
280. Adicionalmente, es oportuno traer a colación que, mediante Resolución 663-2006/TDC-INDECOPI del 17 de mayo de 2006, la Sala señaló (en un caso donde se analizaba si determinados anuncios transgredían la normativa de publicidad en defensa de consumidor, en ese momento vigente, que prohibía

¹⁴² “El tipo de etiquetado que se utiliza en los diferentes productos promocionados para niños, niñas y adolescentes forma parte de una estrategia de mercadotecnia para “enganchar” al niño o a la niña. Es frecuente que en los productos destinados para la infancia se utilicen personajes llamativos en forma de caricatura, colores brillantes y envasados “divertidos” que atraigan más”. En “Publicidad de alimentos y bebidas dirigidas a la infancia: Estrategias de la Industria”. Resultados de la cuarta reunión nacional de niñas y niños “Desenredando ideas” de la Red por los Derechos de la Infancia en México. Programa “Voces de la Infancia”. 2013, Pág. 27.



que se produzcan sentimientos de inferioridad en menores de edad¹⁴³) que para determinar los parámetros bajo los que será analizada una publicidad, debe tenerse en cuenta la presencia de elementos que permitan establecer a quién está destinado el mensaje que busca fomentar el consumo del producto o servicio anunciado. El incentivo ofrecido puede estar constituido por los beneficios que el consumo directo de cierto bien o servicio traería, o los beneficios colaterales de la adquisición del bien o servicio publicitado.

281. En dicho orden de ideas, entre los casos de publicidad relativa a los beneficios directos del producto o servicio que podría estar dirigida a menores de edad, se encuentran aquellos donde se publicita la adquisición de un producto o la contratación de un servicio que ordinariamente es consumido por menores — como los juguetes y golosinas— y, en ciertas ocasiones, también se concretan en anuncios de productos o servicios que, pese a ser consumidos por adultos, podrían ser utilizados por niños y cuyo mensaje captatorio está enfocado en este último grupo. Por su parte, entre los casos en los que la necesidad de compra responde a un beneficio colateral, se encuentran los supuestos donde, a pesar de que el producto promocionado no puede ser utilizado por un niño, el anunciante ofrece un premio, ventaja o estatus destinado a menores de edad, con la finalidad de incentivar el consumo del producto antedicho¹⁴⁴.
282. En mérito a lo antes indicado: (i) en primer lugar, se evaluará si la campaña publicitaria controvertida, por el contenido particular de los anuncios que la integran, se encuentra dirigida a menores de edad; y, (ii) en caso de que se verifique el cumplimiento del primer presupuesto, corresponderá dilucidar si se transgrede o no la obligación contemplada en el artículo 16 del Código de Consumidor referida a que la publicidad emitida no debe generar sentimientos de inferioridad a los menores que no consumen el producto o servicio ofrecido.

III.8.2. Aplicación al presente caso

¹⁴³ Procedimiento seguido de oficio por la Comisión contra Telefónica del Perú S.A.A. y Pragma de Publicidad S.A.C. En dicho procedimiento se evaluó si el anuncio televisivo denominado “Speedy prehistoria”, así como las afirmaciones en tal publicidad podrían haber transmitido —como mensaje a los menores— que el hecho de no consumir el producto anunciado, les podría generar una desventaja frente a otros menores que tienen la posibilidad de adquirir dicho producto.

¹⁴⁴ Para ejemplificar este segundo supuesto, en la Resolución 663-2006/TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia señaló lo siguiente: “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 premio o ventaja –premios, status- que incentiva. Por ejemplo, la Sala sancionó a una empresa que brinda servicios de intermediación financiera, la cual para promover el incremento del uso de sus tarjetas, ofrecía a los menores la realización de sorteos que les permitirían adquirir todos los juguetes que quisieran por Navidad, si fomentaban que sus padres utilicen los servicios del banco. Como puede observarse en este caso, si bien un niño no podría contratar los servicios de la referida institución y, en tal sentido, sería incapaz de percibir un beneficio directo de la anunciante, sí puede ser utilizado como instrumento para incentivar una conducta en los padres.”

283. Mediante Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia de América Móvil por presuntos actos contrarios al principio de legalidad. La primera instancia sustentó su decisión en que los personajes y temática mostradas en la campaña en cuestión no denotarían que aquella se haya enfocado en que los menores se identifiquen con el personaje que representa al “hijo”, motivo por el cual este último no puede considerarse como un factor de conexión con los menores de edad.
284. En apelación, América Móvil sostuvo que la campaña publicitaria controvertida se encuentra dirigida a menores de edad que están en una posición vulnerable, lo cual se puede determinar del contexto en que desenvuelve el diálogo entre una madre y su hijo, conforme se muestra en los anuncios difundidos. La referida apelante añadió alegaciones a fin de sustentar que existían factores que permitirían afirmar que la publicidad denunciada estaba dirigida a menores de edad, como: (i) el contexto del anuncio; (ii) la relación entre el servicio promocionado y las necesidades de los menores; (iii) la estructura del mensaje y los recursos empleados en la publicidad. Asimismo, dicha recurrente formuló alegatos orientados a sostener que la publicidad generaba sentimientos de inferioridad en los menores de edad.
285. A efectos de determinar si la publicidad en cuestión se encuentra dirigida a menores de edad, es oportuno considerar el contenido de los anuncios que integran la respectiva campaña, los cuales han sido reproducidos en la sección III.3 de la presente resolución y cuyos extractos pertinentes se pueden apreciar enseguida:

ALGUNAS IMÁGENES DE LOS ANUNCIOS QUE INTEGRAN LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE WIN





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

286. Como se advierte, la campaña publicitaria en cuestión está compuesta por anuncios que exhiben la representación de un diálogo entre un hijo y su madre, en conjunto con otros elementos como una rata animada y frases que realzan la calidad y velocidad del servicio anunciado que ofrece Win (como “*mayor puntaje de velocidad del Perú*”, “*100% fibra óptica*” o “*el internet de los winners*”) a diferencia del provisto por otros operadores (que generaría insatisfacción en sus usuarios). Es pertinente destacar que el personaje que representa al hijo aparece jugando videojuegos en un anuncio, mientras que en otra pieza publicitaria dicho personaje es mostrado utilizando un dispositivo digital, y en un tercer soporte publicitario, aunque únicamente se escucha su voz, es presentado viendo dibujos animados.
287. Una revisión integral y superficial de los referidos elementos que integran la publicidad controvertida permiten advertir que aquellos no conducen a que el público consumidor entienda que el personaje que representa al hijo se trate, necesariamente, de un menor de edad, de modo que pudiese configurar un factor de conexión con los menores de edad. En efecto, si bien dicho personaje presenta una apariencia juvenil por las prendas que usa y está acompañado de objetos como una mochila, lo cierto es que la referida apariencia también puede ser replicada por personas mayores de edad que prefieran lucir vestimenta de carácter informal y cómoda; mientras que el uso de artículos como una mochila tampoco constituye una característica exclusivamente atribuible a personas menores de edad, puesto que las personas adultas emplean dicho artículo para una diversidad de actividades que implique el traslado de objetos (como estudios, viajes o paseos).
288. En adición a ello, al encontrarse en un ambiente familiar, el hijo aparece realizando actividades cotidianas de entretenimiento (uso de videojuegos y dispositivos digitales, así como el consumo de una merienda), se dirige a su madre en una forma de hablar coloquial (“*hola ma*”) y aparece rodeado de objetos de uso recreativo de carácter convencional y que pueden ser empleados para llevar a cabo las actividades de esparcimiento de su elección (como un *skateboard*, audífonos o la consola de videojuegos). Estos elementos tampoco resultan únicamente predicables respecto de menores de edad, pues aluden a actividades que claramente pueden ser practicadas por cualquier persona al desenvolverse en un contexto familiar propio de su hogar (pues en este ámbito, una persona suele contar con libertad para realizar actividades recreativas), independientemente de la edad que tenga.
289. Ahora bien, el mensaje unificador de los anuncios que integran la campaña en cuestión consiste en destacar que el servicio de internet fijo por fibra óptica que ofrece Win cuenta con una serie de beneficios en torno a su calidad y velocidad,



en contraste con aquel ofertado por otros operadores que se caracterizan por producir disconformidad en sus usuarios debido a las deficiencias que presentarían sus prestaciones. En tal sentido, se presentan los diálogos entre los personajes de la madre y el hijo en un ambiente de cotidianidad, que permiten evidenciar la insatisfacción que les genera el servicio de internet que tendrían contratado y, bajo ese contexto, son presentadas las ventajas atribuidas al servicio de internet por fibra óptica de Win.

290. Se observa entonces que la publicidad en cuestión está enfocada en resaltar los beneficios de la oferta del servicio de internet fijo por fibra óptica de Win y poner de manifiesto la insatisfacción que puede acontecer en un hogar con relación a dicho tipo de servicio ofrecido por otras operadoras (no identificadas o identificables) que presentarían deficiencias. Ello revela que el mensaje de la campaña controvertida se encuentra destinado a un público consumidor amplio (cualquier persona que use o pretenda utilizar el referido tipo de servicio), de modo que no se aprecia que haya estado dirigido específicamente a menores de edad, al no verificarse que lo transmitido (incluyendo el personaje del hijo y su entorno) presente elementos que permitan sustentar que dicha publicidad haya estado orientada a captar particularmente la atención de menores de edad.
291. América Móvil sostuvo que la campaña publicitaria emitida por Win estaba dirigida a menores de edad, lo cual se podría determinar por los siguientes factores: (i) el contexto del anuncio; (ii) la relación entre el servicio promocionado y las necesidades de los menores; (iii) la estructura del mensaje y los recursos empleados en la publicidad, los cuales evidencian que se dirige a menores de edad:
292. En lo que respecta al **contexto del anuncio**, América Móvil alegó que se presentaba una relación familiar quebrantada por un lenguaje ofensivo. Sobre el particular, es preciso anotar que la publicidad controvertida contiene la escenificación de una situación cotidiana en la que se muestra una comunicación entre una madre y su hijo haciendo uso del internet de modo ordinario. En este escenario, se presentan inconvenientes con el servicio de internet que tendrían contratado para su hogar, a partir de lo cual se expresan frases para poner en evidencia su malestar (por ejemplo *“Uy otra vez, hijo puedes ir por favor a reiniciar el módem”, “yo ya fui dos veces”* o *“ay no, ya nos metieron la ra...pido cámbiate a Win”*).
293. Sin embargo, el aludido contexto no revela que la publicidad haya exhibido algún vínculo familiar resquebrajado que implique un riesgo para algún menor de edad, pues —como se explicó previamente— no se verifica que el personaje



del hijo mostrado en la publicidad represente específicamente a un mejor de edad, de modo que pudiera constituir un factor de conexión. Por lo tanto, el precitado contexto que se presenta en la campaña controvertida no contribuye a determinar que aquella haya estado dirigida a menores de edad.

294. En apelación, América Móvil también alegó que debía tenerse en cuenta la **relación entre el servicio promocionado y las necesidades de los menores de edad**, como el hecho de que un menor de edad requiere de internet para poder utilizar videojuegos. Dicha apelante añadió que corresponde considerar que los menores de edad son quienes, por lo general, disfrutan de videojuegos, para lo cual se debe tener en consideración información estadística acerca de cuantos menores usan internet con fines de entretenimiento o -en particular- como se hallan relacionados con los videojuegos, siendo que, de acuerdo con información del INEI, el 92.7% de peruanos menores de dieciocho (18) años hicieron uso de internet con propósitos de entretenimiento durante el primer trimestre del 2020, dentro de los cuales se encontraban los videojuegos¹⁴⁵. Asimismo, de acuerdo con información publicada por el Ministerio de Cultura, el grupo de catorce (14) a veintinueve (29) años fue el que más compras de videojuegos realizó en el 2019¹⁴⁶.
295. Al respecto, debe precisarse que la publicidad examinada busca incentivar la contratación del servicio de internet fijo por fibra óptica prestado por Win, el cual puede ser útil tanto para el público adulto como para menores de edad. En tal sentido, no se advierte que la campaña en cuestión esté directamente dirigida a publicitar un servicio exclusivamente empleado por menores de edad, sin perjuicio de que estos también podrían verse beneficiados de la prestación publicitada en diversas actividades académicas (elaboración de asignaciones e investigación) y de entretenimiento (lo cual abarca el uso de videojuegos que puedan requerir una conexión a internet con una estabilidad y velocidad adecuados).
296. El solo hecho de que el servicio ofertado pueda ser empleado por menores de edad (no de manera exclusiva ni excluyente) no permite concluir que la publicidad en cuestión se encuentre orientada a captar la atención específica de menores de edad, pues esto último debe ser sustentado en mérito a otros

¹⁴⁵ Enlace (verificado el 18 de junio de 2024):
<https://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/el-751-de-la-poblacion-de-6-a-17-anos-de-edad-accedio-a-internet-a-traves-de-un-telefono-celular-en-el-primer-trimestre-del-2020-12240/#:~:text=El%2075%2C1%25%20de%20la,el%20primer%20trimestre%20del%202020.>

¹⁴⁶ Enlace (verificado el 18 de junio de 2024):
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1485765/%C2%BFC%C3%B3mo%20vamos%20en%20el%20consumo%20de%20videojuegos%20en%20el%20Per%C3%BA%3F.pdf.pdf>

aspectos que contribuyan a determinar que la publicidad bajo examen cuenta con algún factor de conexión que revele que está dirigida a menores de edad.

297. Por otra parte, en lo que respecta a la **estructura del mensaje y los recursos empleados en la publicidad**, América Móvil invocó distintos factores con el fin de sustentar que el hijo que aparece en la publicidad controvertida representa a un niño. Así, dicha apelante precisó que debe considerarse el hecho de que el hijo sea mostrado viendo dibujos animados (dibujo de un cavernícola) y jugando el videojuego “Fortnite”, además de presentarse acompañado de elementos asociados con menores de edad, como un *skateboard*, una mochila escolar, audífonos *gamer*, una merienda a base de *pop corn* y jugo, su exhibición descalzo (que trae la idea de informalidad), el uso de una casaca como prenda de vestir y la forma de hablar (con expresiones como “*hola ma*”).

ELEMENTOS QUE, A DECIR DE AMÉRICA MÓVIL, EVIDENCIARÍAN QUE EL PERSONAJE DEL “HIJO” EN LA PUBLICIDAD REPRESENTA A UN NIÑO

- 1) Dibujos animados:



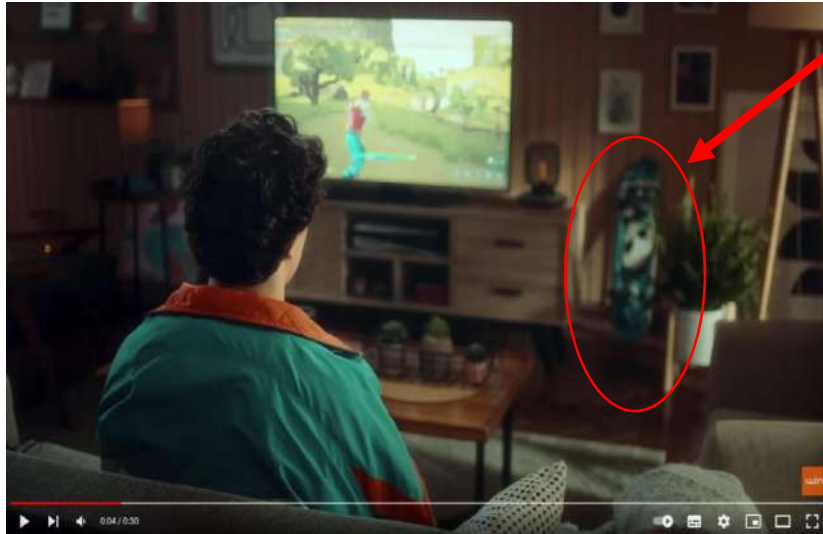
- 2) Videojuegos (“Fortnite”)



- 3) Objetos que rodean al personaje: *Skateboard*, merienda (*pop corn* y jugo), mochila escolar, audífonos *gamer*; 4) Pies descalzos (informalidad); 5) Forma de vestir (casaca); y, 6) Forma de hablar: “Hola ma”



Fuente: Escrito de apelación de América Móvil



298. Sobre tales alegatos, es preciso señalar que los aludidos elementos invocados por América Móvil no ocupan una posición preponderante en la campaña publicitaria controvertida, de modo que su empleo básicamente tiene un rol secundario que complementa la representación del escenario familiar que se procura recrear en la publicidad denunciada, a efectos de poner en evidencia un uso cotidiano del internet fijo por fibra óptica en el hogar. Por consiguiente, no se verifica que la sola presencia de los citados elementos en los anuncios que integran la campaña en cuestión permita determinar que se trata de publicidad dirigida a menores de edad.
299. Al margen de lo expuesto, es importante señalar que la presentación de dibujos animados (como un cavernícola) y del uso de videojuegos (como *Fornite*)¹⁴⁷ no resultan de uso exclusivo de menores de edad, pues tales medios de entretenimiento también pueden ser disfrutados por personas mayores de edad en sus actividades de ocio. Por tanto, su inclusión en la publicidad denunciada no evidencia que aquella se haya encontrado dirigida específicamente a los menores de edad.
300. En la misma línea, elementos como el *skateboard*, el *pop corn* y jugo, la mochila, los audífonos, la presentación con pies descalzos, la vestimenta y el uso de lenguaje informal, procuran recrear el ambiente de cotidianeidad propio de un hogar, a efectos de que el público perciba que la escenificación mostrada en la

¹⁴⁷ En su apelación, América Móvil señaló que los menores de edad son quienes, por lo general, disfrutan de videojuegos, para lo cual presentó información estadística emitida por el Ministerio de Cultura, en la que se indica que el grupo de 14 a 29 años fue el que más compras de videojuegos realizó en el año 2019. No obstante, inclusive en dicha estadística presentada por la denunciante, se advierte que gran parte del referido rango de años, corresponde a mayores de edad.



publicidad denunciada refiere a un uso doméstico del servicio de internet fijo por fibra óptica. Siendo así, adoptar la postura propuesta por América Móvil implicaría asumir que es consustancialmente predicable respecto a los menores de edad la práctica de actividades de ocio como el *skateboarding*, la utilización de audífonos *gamer*, el empleo de mochilas, el consumo de *snacks* o jugos, el uso de ropa cómoda o la expresión lenguaje informal, lo cual claramente no resulta cierto, pues se tratan de actividades y aspectos que también son perfectamente compatibles y convencionales con personas mayores de edad.

301. Dentro de los argumentos de América Móvil referidos a la estructura del mensaje y los recursos empleados en la publicidad, dicha empresa indicó que debía ser valorado el hecho de que la campaña publicitaria de Win se volvió viral. En lo que respecta a tal alegato, es pertinente anotar que el hecho de que la campaña publicitaria en cuestión haya sido propalada en medios de comunicación masiva —como las redes sociales, incluyendo la denominada *TikTok*— incrementa la probabilidad de que la publicidad examinada sea ampliamente difundida (viral). Sin embargo, ello no implica que dicha publicidad se haya encontrado particularmente dirigida a menores de edad, pues en tales medios de comunicación es difundido contenido de diversa índole, incluyendo contenido dirigido a adultos y al público en general.
302. Por lo dicho, el hecho de que la campaña publicitaria objetada haya sido difundida en tales canales de difusión no conlleva concluir que se trate de publicidad destinada a menores de edad.
303. En cuanto al contenido de interés de menores de edad que Win vendría difundiendo, a decir América Móvil, en su portal web o en sus redes sociales oficiales; es preciso señalar que el referido contenido no integra la campaña publicitaria controvertida. En consecuencia, su difusión en dichos canales de comunicación no incide, en modo alguno, en el análisis que esta Sala viene efectuando con el objetivo de determinar si la campaña publicitaria controvertida comprende elementos que permitan sostener que aquella se encuentra dirigida a captar la atención específica de menores de edad.
304. América Móvil cuestionó que la Comisión haya considerado en la resolución impugnada que el hijo mostrado en la publicidad en cuestión no representa un menor de edad, en atención a que la edad de independización en el Perú no suele ser la mayoría de edad, tomando como base una fuente (nota periodística) que no sería confiable¹⁴⁸. Sobre este punto, se debe señalar que, al margen de lo anotado por la primera instancia, esta Sala ha explicado que la campaña

¹⁴⁸ América Móvil alegó que la falta de confiabilidad radicaba en que dicha fuente, a su vez, incluyó información de los datos de un aplicativo denominado "Roomi" creada por empresarios mexicanos.



publicitaria bajo examen, por su propio contenido, no da cuenta de que se trate de una publicidad dirigida a menores de edad, de modo tal que no podría implicar una transgresión al artículo 16 del Código de Consumidor y, en mérito a ello, tampoco una infracción al principio de legalidad publicitaria. Por dicho motivo, lo alegado por la recurrente carece de asidero.

305. Sumado a lo anterior, este Colegiado estima necesario resaltar que el empleo en la campaña publicitaria controvertida de la frase “*el internet de los winners*”, cuya traducción es “el internet de los ganadores”, podría ser cognoscible por parte del público consumidor debido al uso común del término en inglés “winner”, enalteciendo de esta forma la elección de contratar el servicio de internet fijo por fibra óptica ofertado por la enunciante (Win). Sin embargo, tal expresión no evidencia, en algún modo, que la referida campaña publicitaria cuestionada se trate de publicidad dirigida especialmente a menores de edad ni que pretenda generar sentimientos de inferioridad a quienes no contraten el servicio publicitado.
306. La Sala es consciente que los menores deben estar protegidos por estar expuestos a un riesgo mayor de inducción a error, debido a su condición vulnerable. No obstante, como se ha expresado, resulta imprescindible que la publicidad objeto de examen haya estado orientada a captar la atención de dicho tipo específico de consumidores pues, solo en dicho caso, podrá verificarse si la difusión de la publicidad controvertida infringe la obligación publicitaria contenida en el segundo supuesto del artículo 16 del Código de Consumidor. Por lo tanto, en la medida que no constan elementos que permitan determinar que la campaña cuestionada califique como publicidad dirigida a menores de edad, los argumentos de América Móvil esbozados a fin de sostener que la difusión de dicha publicidad produciría inferioridad en dicho público específico —incumpliendo la referida disposición del Código de Consumidor— no resultan atendibles.
307. En suma, corresponde confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró infundada la denuncia interpuesta por América Móvil contra Win, por la presunta realización de actos contrarios al principio de legalidad publicitaria.

III.9. Sobre los actos contra el principio de adecuación social, en mérito de la denuncia de América Móvil

III.9.1. Marco normativo



308. El literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁴⁹ contempla dos tipificaciones relacionadas con la vulneración al principio de adecuación social: (i) la inducción a cometer un acto ilegal; y, (ii) la inducción a cometer un acto de discriminación u ofensa.
309. El primer supuesto, consistente en la inducción a cometer un acto ilegal, debe ser entendido como una incitación efectiva a la contravención a las normas legales, esto es, a una prohibición específica contemplada en las normas constitucionales, las leyes y las normas reglamentarias.
310. En el segundo supuesto, la norma contempla la prohibición de aquella publicidad que induzca a la realización de conductas discriminatorias o de actos de ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
311. Si bien existen normas específicas que prohíben la discriminación o las ofensas que se funden en la afirmación de algún patrón peyorativo y, en ese sentido, cabría afirmar que toda conducta de este tipo es finalmente ilícita y podría encontrar cobertura en el primer supuesto del literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; también resulta cierto que el legislador ha buscado, a través de la redacción de la norma, agregar una prohibición específica con el objeto de hacer énfasis en la importancia de valores prioritarios tales como la dignidad de la persona y la no discriminación.
312. Es de notar que, en este segundo supuesto, la norma señala que lo sancionable es la inducción a una ofensa o acto de discriminación que se sustente en algún motivo contrario a los valores sociales, afianzando así —para tales efectos— un paradigma no deseado por la comunidad. En tal sentido, 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 tutelados por la Constitución.
313. Ahora bien, tal como se ha señalado respecto a la libertad de expresión de la que gozan los anunciantes, pese a que estos anunciantes se encuentran en la libertad de difundir publicidad comercial para promocionar los productos y servicios que comercializan en el mercado, utilizando los mecanismos, procedimientos y modalidades que consideren convenientes de acuerdo con sus preferencias, esta libertad no es irrestricta y debe ajustarse a los límites establecidos por el ordenamiento legal.

¹⁴⁹ Ver nota a pie de página 18.



314. Como es sabido, el principio de igualdad representa uno de los pilares de toda sociedad y Estado constitucional¹⁵⁰. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la igualdad y consecuentemente, a la no discriminación, ha sido recogido en el numeral 2 del artículo 2 de la Constitución, 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 índole¹⁵¹, reconociéndose así el derecho a su libre desarrollo y bienestar.
315. En particular, respecto a la no discriminación por sexo, es pertinente resaltar que la “Guía para promover la igualdad entre Hombres y Mujeres en la publicidad comercial y en las relaciones de consumo” emitida por el Indecopi (en adelante la Guía)¹⁵² ha expresado que la reproducción de estereotipos de género en la publicidad, así como en otros ámbitos, puede manifestarse como una práctica inconsciente¹⁵³.
316. Conforme a las premisas expuestas precedentemente, corresponde analizar si, en función a los términos de la imputación realizada contra Win, utilizar frases como “Ay, ya nos metieron la ra...” o “Cómo nos han metido la ra...” en el marco del contenido que exhibió la campaña publicitaria cuestionada, configura una infracción a lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal que reforzaría el uso de estereotipos de género capaces de promover la violencia contra las mujeres.

III.9.2. Aplicación al presente caso

317. Por Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia de América Móvil por presuntos actos contrarios al principio de

¹⁵⁰ 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.

¹⁵¹ **CONSTITUCION POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 2.- 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.

¹⁵² Elaborada por el Indecopi, en su calidad de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor y ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor, en coordinación con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) y el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), con la asistencia técnica de la Secretaría Técnica de la Comisión. Tiene como objetivo proporcionar pautas para prevenir los estereotipos de género en la publicidad y en las relaciones de consumo que fomentan la discriminación contra las mujeres, adolescentes y niñas. Publicada en marzo de 2021.

¹⁵³ En la página 9 de la referida guía, se define los estereotipos de género como una visión generalizada o preconcebida de atributos, características o roles que deben cumplir las mujeres y los hombres para ser considerados adecuados en cada sociedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2009).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

adecuación social. La primera instancia sustentó su decisión en que, de los actuados y los argumentos de las partes, no se verificaría que la campaña publicitaria en cuestión sea capaz de mantener o reforzar en los consumidores la discriminación mediante estereotipos de género que promuevan la violencia contra la mujer. Dicho órgano precisó que el contenido de los anuncios que componen tal campaña no promueve estereotipos de género, entendidos como la preconcepción de atributos, características o roles que deben cumplir mujeres y hombres para ser considerados apropiados en cada sociedad.

318. Frente a dicho pronunciamiento, América Móvil formuló alegaciones orientadas a sostener que la publicidad controvertida contendría violencia camuflada de humor, pues normaliza un lenguaje ofensivo y violento contra las mujeres, que avala y perpetúa estereotipos nocivos para la sociedad.
319. Con base en lo alegado por la referida recurrente y considerando los términos de la imputación respecto del presunto acto contrario al principio de adecuación social cometido por Win mediante la difusión de la campaña publicitaria controvertida, es preciso verificar si el contenido de la publicidad en cuestión permite apreciar que aquella reviste una connotación sexual que sea capaz de reforzar el uso de estereotipos de género que resulten aptos para promover la violencia contra las mujeres.
320. América Móvil ha sostenido durante el procedimiento que la frase “meter la rata” o incluso el término “rata”, usados juntamente con la rata animada exhibida en la publicidad, hacen referencia a un acto sexual no consentido sufrido por la mujer, es decir, una violación. De esta manera, a decir de dicha recurrente, sería de pleno conocimiento de la población peruana y del ámbito de la lingüística que la frase “meter la rata” presenta una connotación sexual de violencia contra la mujer.
321. En vista de lo alegado por la referida apelante, resulta conveniente reproducir algunas imágenes relativas a la publicidad objeto de cuestionamiento en las que se visibilicen los elementos aludidos por dicha administrada:

(Ver imágenes en la siguiente página)

IMÁGENES DE LA CAMPAÑA PUBLICITARIA DE WIN



322. Es pertinente enfatizar que la campaña publicitaria cuestionada se encuentra conformada por anuncios que recrean una situación cotidiana en un ambiente familiar con el fin de escenificar un uso ordinario del internet en el hogar, mostrando ciertas deficiencias que podrían suscitar. En este contexto, la anunciante (es decir Win) procura resaltar los beneficios de su servicio de internet fijo por fibra óptica en cuanto a su calidad y velocidad, que lo diferenciaría de otros operadores, haciendo uso de elementos que dan cuenta falencias en las prestaciones de estos últimos, con la consecuente disconformidad de los usuarios.
323. En dicho escenario, se observa que, ante la presencia de una falla en la utilización del servicio internet, la madre que se presenta en la publicidad en cuestión como una usuaria de dicho servicio (junto con su hijo) procede a emplear frases como “Ay, ya nos metieron la ra...” o “Cómo nos han metido la ra...” y, seguidamente, se muestra la representación de una rata animada con el propósito de hacer referencia a la idea derivada de la expresión “meter la



rata” entendida en nuestro país como timar, engañar o embaucar, lo cual incluso es reconocido en los elementos aportados al procedimiento¹⁵⁴. En tal sentido, es razonable afirmar que las mencionadas frases son presentadas para hacer referencia a los usuarios que verían defraudadas sus expectativas debido a las deficiencias en el servicio prestado por un operador distinto (no identificado ni identificable) de la anunciante¹⁵⁵.

324. En nuestro país, efectivamente, la expresión “meter la rata” también presenta una acepción que refiere a la puesta en práctica del acto sexual, tal como se desprende de las fuentes lingüísticas presentadas por las partes en el transcurso del procedimiento¹⁵⁶. De esta manera, se aprecia que la frase antes mencionada puede tener dos significados, el primero, referido a la acción de engañar, estafar, embaucar, y, el segundo, con una connotación sexual, pues alude al acto sexual en sí mismo.
325. No obstante, teniendo en cuenta las circunstancias antes descritas respecto a la publicidad bajo examen (las cuales revelan que esta pone de relieve las cualidades de calidad y velocidad del servicio ofertado por Win, en contraste con las falencias que presenta el servicio ofrecido por otro operador con la consecuente defraudación de expectativas de los usuarios), esta Sala advierte que los elementos verbales y audiovisuales empleados se refieren claramente a un timo o engaño atribuido a un proveedor (no identificado o identificable) que no cumpliría con brindar un servicio adecuado. Bajo ese contexto y considerando que no existen elementos objetivos en la publicidad difundida por Win que evidencien que el uso de la expresión “meter la rata” tenga una connotación sexual, queda en evidencia que el uso de dicha expresión alude a la acepción relativa a embaucar o estafar.
326. De esta manera, en la medida que no se verifica que el contenido de la publicidad en cuestión transmite la idea correspondiente a la frase “meter la

¹⁵⁴ Ver “Diccionario de peruanismos en línea” de la Academia Peruana de la Lengua: <https://diperu.apl.org.pe/buscar?entrada=8854> (Verificado el 18 de junio de 2024).

¹⁵⁵ Al respecto, conviene anotar que América Móvil reconoció que dicha acepción de la frase “meter la rata” se derivaría de la publicidad controvertida: “Así, el mensaje principal de la campaña de WIN es presentar a los otros agentes del mercado, dentro de los cuales se encuentra principalmente CLARO: (i) como proveedores que brindarían servicios que no son de calidad; y, que consecuentemente, (ii) serían presuntamente “ratas” que estafan y engañan a los consumidores. Ello en contraposición a Win, que bajo su percepción brindaría un servicio aparentemente perfecto. En ese sentido, este es el mensaje bajo el cual debe interpretarse cada una de las piezas que forma parte de la campaña publicitaria”. Ver foja 721 del Expediente.

¹⁵⁶ Ver fuentes bibliográficas citadas por América Móvil en su escrito de apelación (foja 743 del expediente) y también las citadas por Telefónica en su escrito de apelación (foja 753 del expediente).



rata” en su acepción relativa a la realización de un acto sexual, no se verifica que dicha publicidad coadyuve a sostener el reforzamiento de estereotipos que inciten violencia contra las mujeres. Esto en la medida que, para que esto último ocurra se requiere que una publicidad, de manera explícita o implícita, haga referencia a la normalización o validación de estereotipos sexuales en la sociedad, de manera tal que se posicione al hombre en una situación de superioridad frente a la mujer y promueva el sometimiento por su género, lo cual no ocurre con la difusión de la campaña controvertida.

327. Cabe indicar que América Móvil ha formulado alegaciones dirigidas a sostener que, al margen de que no se considere que el mensaje derivado de la publicidad cuestionada cuente con una connotación sexual, la difusión de aquella igualmente incitaría a una situación de violencia contra la mujer, pues promueve que se trate a alguien mal (como a una rata). Con relación a tal alegación, corresponde remarcar que la conducta materia de imputación por presuntamente contravenir el principio de adecuación social fue que la publicidad denunciada evocaría la idea de la frase “meterla rata” en su connotación sexual (que promovía estereotipos de género y, por ende, la violencia contra la mujer), lo cual, como se estableció previamente, no se ha verificado que se configure con la campaña publicitaria en cuestión.
328. En mérito de lo anterior, los cuestionamientos formulados por la referida apelante dirigidos a sostener que el fomento a la violencia contra la mujer derivaría de la incitación al “trato como rata”, difiere de la conducta que fue materia de imputación como presunto acto contra el principio de adecuación social.
329. Sin perjuicio de indicado, conviene recordar que en la publicidad en cuestión se resalta la calidad y velocidad de los servicios de Win en contraposición con el servicio inadecuado de su competidor que defrauda las expectativas de sus usuarios. De este modo, no se desprende que la campaña controvertida transmita un mensaje orientado a promover la violencia contra la mujer, consistente en llevar a cabo un maltrato ni que dé a entender de forma directa o indirecta que la mujer (o alguna persona) deba ser tratada “como una rata”.
330. Por otra parte, América Móvil adujo que asumir como humor el lenguaje violento exhibido en la publicidad en cuestión, implica fomentar la violencia y perpetuar las estructuras de poder que subordinan a la mujer, por lo que no se trata de una frase de mal gusto, sino de “violencia camuflada de humor” que normaliza la desigualdad de género, la misoginia internalizada y la violencia contra grupos vulnerables, lo cual no debería tolerarse. Dicha recurrente añade que, en uno



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

de los anuncios, se ingresa un nuevo elemento de violencia, al presentar al personaje de la rata tirando el módem al piso y posteriormente le propina una patada, lo cual es comparable a un caso anterior que fue sancionado a través de la Resolución 028-1998/CCD-INDECOPI.

331. Sobre el particular, es oportuno reiterar que no se verifica que el contenido de la publicidad evoque la idea de la frase “meter la rata” en su connotación sexual, motivo por el cual no se verifica que aquella coadyuve a sostener el reforzamiento de estereotipos que inciten violencia contra las mujeres. Adicionalmente, como se ha señalado previamente, la publicidad no contiene algún elemento que promueva la realización algún acto que implique una muestra de violencia contra la mujer, pues básicamente traslada un enaltecimiento de las cualidades del servicio anunciado ofrecido por Win, frente a la representación caricaturizada de un servicio deficiente ofertado por algún otro operador.
332. Aunado a lo antes expuesto, es pertinente agregar que el hecho de que la rata animada exhibida en la campaña publicitaria difundida por Win se muestre realizando un ademán de patear el módem, no forma parte de la imputación analizada en este extremo de la resolución. Por lo tanto, no es pertinente valorar dicho aspecto en esta instancia.
333. Por lo anterior, corresponde confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró infundada la denuncia de América Móvil contra Win, por la presunta realización de actos contrarios al principio de adecuación social.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023, en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A.A. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración y comparación indebida, supuestos previstos en los artículos 11 y 12 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023, en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil S.A.C. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, denigración, infracción al principio



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

de legalidad y de adecuación social, supuestos previstos en los artículos 8, 11, 17 y 18 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores vocales César Augusto Llona Silva, Carlos Hugo Mendiburu Díaz y José Abraham Tavera Colugna.

CÉSAR AUGUSTO LLONA SILVA
Presidente



El voto en discordia del vocal Jorge Alejandro Chávez Picasso es el siguiente:

El vocal que suscribe el presente voto si bien comparte el sentido de los puntos resolutive de la resolución relativos a que no se habría configurado los presuntos actos de engaño, denigración, comparación indebida e infracción al principio de legalidad, tipificados en los artículos 8, 11, 12, y 17 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, imputados contra Wi-Net Telecom S.A.C., sí considera que la empresa denunciada incurrió en actos contra al principio adecuación social, infracción prevista en el artículo 18 de la citada ley. Ello, en base a las siguientes consideraciones:

1. El literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

“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 y ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;*
(...).”

2. Del texto contenido en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal se advierte que existen dos (2) supuestos de difusión de publicidad que resultan susceptibles de ser sancionados por contravenir el principio de adecuación social, los cuales son:
 - (i) la difusión de publicidad que induce a cometer un acto ilegal; y
 - (ii) la difusión de publicidad que induce a cometer un acto de discriminación y un acto de ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.
3. En el primer supuesto, se prohíbe que, a través de la publicidad, se induzca a cometer un acto ilegal, mientras que, en el segundo supuesto, la norma señala que **lo sancionable es la inducción a una ofensa o acto de discriminación que se sustente en algún motivo contrario a los valores sociales.**
4. A través de este segundo supuesto, el legislador ha buscado establecer una prohibición específica con el objeto de hacer énfasis en la importancia de valores prioritarios tales como la dignidad de la persona y la no discriminación y de esta manera, impedir que se afiance algún paradigma no deseado por la comunidad. 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 tutelados por la Constitución.

5. Ahora bien, pese a que los anunciantes se encuentran en la libertad de difundir publicidad comercial para promocionar los productos y servicios que ofrecen mediante el uso de mecanismos y la presentación de contenido que estimen conveniente, tal libertad no es irrestricta y debe ajustarse a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico.
6. En tal sentido, el artículo 59 de la Constitución Política del Perú establece que el ejercicio de las libertades de empresa, de comercio y de industria “*no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas*”, de manera que el ejercicio de las libertades económicas debe observar las normas morales que puedan regir en la sociedad. En este contexto, el concepto de buenas costumbres refiere a “*los principios morales corrientes en un determinado lugar, en un determinado momento. No se asume como norma de las buenas costumbres la moralidad en sentido abstracto, deducida de principios de razón, sino la que la opinión común, vigente en un determinado “ambiente”, considera y practica como tal la denominada ética social.*”¹⁵⁷
7. Lo anotado precedentemente pone de manifiesto que es imprescindible que la puesta en práctica de actividades publicitarias se encuentre sujeta a los límites derivados de las buenas costumbres predominantes en la sociedad pues, de lo contrario, se trataría de una actuación que resulte reñida con los principios morales vigentes y, consecuentemente, configure una conducta que suponga una afrenta contra aquello que se estima socialmente aceptado.
8. En mérito de lo indicado previamente, corresponde analizar si la campaña publicitaria cuestionada, al utilizar frases como “*Ay, ya nos metieron la ra...*” o “*Cómo nos han metido la ra...*” en el marco del contexto exhibido en sus anuncios, constituye una infracción a lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, en la medida que se trate de publicidad capaz de inducir a que sus destinatarios efectúen una actuación discriminatoria u ofensiva sobre la base de cierta circunstancia invocada como motivo de la consecución de tal accionar (raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole).

¹⁵⁷ MESSINEO, F. “Manual de Derecho Civil y Comercial”. t.I., Buenos Aires, EJEA, 1979, p. 481 (como se citó en ESPINOZA, J. “Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984”, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, p. 269).



9. Por Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia de América Móvil por presuntos actos contrarios al principio de adecuación social, al considerar que la campaña publicitaria en cuestión no es capaz de mantener o reforzar en los consumidores la discriminación mediante estereotipos de género que incentiven la violencia contra la mujer. Dicho órgano precisó que el contenido de los anuncios que integran la campaña no promovería estereotipos de género, entendidos como la preconcepción de atributos, características o roles que deben cumplir mujeres y hombres para ser considerados apropiados en cada sociedad.
10. En apelación, América Móvil formuló alegaciones orientadas a sostener que la publicidad controvertida infringe el principio de adecuación social pues, entre otros aspectos, normaliza un lenguaje ofensivo y violento contra las mujeres, que avala y perpetúa estereotipos nocivos para la sociedad.
11. De acuerdo con lo señalado en la sección III.3 de la presente resolución, es pertinente recordar que la publicidad controvertida se encuentra conformada por anuncios que recrean una publicidad que retrata una situación cotidiana o que refiere al uso ordinario del internet en el hogar. Asimismo, como se indicó previamente, en este contexto, Win procura resaltar los beneficios de sus servicios en cuanto a calidad y velocidad, que lo diferenciaría de otros operadores en el mercado, haciendo uso de elementos que ponen de manifiesto las falencias que se presentan en las prestaciones de otros operadores.
12. En este escenario, a través del uso de frases como “Ay, ya nos metieron la ra...” o “Cómo nos han metido la ra...” y la representación de una rata animada se hace referencia a la idea derivada de la expresión “meter la rata” utilizada en nuestro país con una connotación sexual y para aludir a la realización de un engaño. En tal sentido, la situación recreada en la publicidad controvertida para destacar los beneficios servicios en contraposición con las deficiencias de otros competidores revela el uso de la acepción relativa a un engaño producido los proveedores que ofrecerían un servicio inadecuado.
13. Ahora bien, en este punto resulta conveniente recordar que el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal prohíbe los actos de competencia desleal que induzcan a la realización de actos discriminatorios u ofensivos por motivos de diversa índole, lo cual abarca la posibilidad de sancionar aquellos actos que puedan promover la ofensa a los diversos miembros de la sociedad a través de la afectación y/o lesión a las buenas costumbres por configurar una transgresión de aquellos valores que, de modo preponderante, se consideran socialmente adecuados.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE
LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0106-2024/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 169-2022/CCD
EXPEDIENTE 211-2022/CCD
(ACUMULADOS)

14. En virtud de lo antes señalado, se observa que el uso de frases como “Ay, ya nos metieron la ra...” o “Cómo nos han metido la ra...” en el marco de publicidad expuesta al público general en medios tradicionales -como en televisión nacional y emisoras radiales- en horarios de señal abierta¹⁵⁸ es capaz de inducir a quienes aprecien la publicidad -incluyendo a menores de edad, por ejemplo- a realizar conductas ofensivas al reforzar y/o normalizar el uso de un lenguaje soez o procaz como parte del lenguaje cotidiano que puede ser utilizado en contextos sociales, como el escenario familiar que se exhibe en la campaña publicitaria cuestionada.
15. En este punto, resulta pertinente señalar que la normalización o banalización del uso de un lenguaje soez contraviene los principios morales vigentes y, por tanto, no resultan socialmente adecuados y es capaz de resultar ofensivo, más aún cuando dicho lenguaje se enmarca en anuncios publicitarios con contextos familiares.
16. En consecuencia, a consideración del vocal que suscribe el presente voto, corresponde REVOCAR la Resolución 102-2023/CCD-INDECOPI del 8 de agosto de 2023, en el extremo que declaró infundada la denuncia presentada por América Móvil S.A.C. contra Wi-Net Telecom S.A.C. por la presunta comisión de una infracción al principio adecuación social, supuesto previsto en el artículo 18 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal; y reformándola, corresponde declarar FUNDADA la denuncia en dicho extremo.

JORGE ALEJANDRO CHÁVEZ PICASSO
Vocal

¹⁵⁸ De los actuados en el expediente, se advierte que la campaña publicitaria de Win fue difundida en Internet, pero también en canales tradicionales como en televisión nacional y emisoras radiales durante horarios de señal abierta. En particular, de acuerdo con lo señalado por América Móvil en su escrito de denuncia, las frases emitidas son ampliamente conocidas y tiene un efecto recordatorio en el público, pues, entre otros aspectos, fue expuesto al público en general en horarios de señal abierta.

M-SDC-02/02

Vigencia del Modelo: 2020-03-11

144/144