



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 180-2018/CCD**

**PRESENTADO POR
FLAVIO JESÚS JÁUREGUI POZO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY

Reconocimiento

El autor permite a otros distribuir y transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra, incluso con fines comerciales, siempre que sea reconocida la autoría de la creación original

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe Jurídico sobre Expediente N° 180-2018/CCD

Materia : Competencia Desleal

Entidad : INDECOPI

Bachiller : Flavio Jesús Jáuregui Pozo

Código : 2012122005

LIMA – PERÚ

2021

En el presente informe jurídico se analiza un procedimiento administrativo tramitado ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), en virtud de la denuncia interpuesta por Entel Perú S.A. (Entel) en contra de Viettel Perú S.A.C. (Bitel) por la presunta comisión de actos de competencia desleal bajo la modalidad de engaño. Los alegatos señalados por Entel están referidos a que Bitel venía difundiendo una campaña publicitaria denominada “52 GB en un año” (1 GB por semana), lo cual daría a entender a los consumidores prepago que para acceder a dicho beneficio solamente tendrían que migrar su línea a Bitel, sin la necesidad de cumplir alguna otra condición. No obstante, según lo señalado por Entel, lo antes indicado induciría a error a los consumidores, pues para acceder a dicho beneficio tendrían que realizar recargas anuales por un valor de S/. 260.00 (S/. 5.00 semanales). En sus descargos, Bitel señaló que los enunciados emitidos en su campaña publicitaria siempre incluían el término “hasta”, lo cual, al indicar “hasta 52 GB”, no sería lógico que se entienda que migrar a su operador es el único requisito para acceder a dicho beneficio. Mediante Resolución N° 0121-2019/CCD-INDECOPI, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró fundada la denuncia interpuesta por Entel en contra de Bitel, pues consideró que los consumidores entenderían que solo con migrar sus líneas a la operadora de Bitel estarían obteniendo el beneficio de los 52 GB, y ello constituiría una contradicción entre la información consignada en la parte captatoria (52 GB en un año) de la publicidad y la información complementaria (pago de S/. 5.00 semanales) de la misma. Posteriormente, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI, revocó la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Entel en contra de Bitel por la presunta comisión de actos de engaño, y declaró infundada la misma pues consideró que el mensaje transmitido a los consumidores mediante la campaña publicitaria de “52 GB en un año” consiste en que los consumidores que migren a un plan prepago de Bitel podrán obtener hasta un máximo de 52 GB en un periodo de un año, es decir, 1 GB por semana, por lo cual la condición de acceso (pago de S/. 5.00 semanales) a dicho beneficio constituye información complementaria a la presentada en la parte captatoria (52 GB en un año) de la publicidad y no contradice la misma.

ÍNDICE

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO.....	4
1. Denuncia	4
2. Resolución admisoría	5
3. Descargos	6
4. Resolución de primera instancia	8
5. Resolución de segunda instancia.....	10
II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	12
1. La alegada comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño en atención a las afirmaciones contenidas en la campaña publicitaria “52 GB en un año”.....	12
2. El análisis efectuado por la Comisión y la Sala para determinar el mensaje de la campaña publicitaria objeto de la denuncia con relación al término “HASTA”.....	13
3. El análisis efectuado por la Comisión y la Sala respecto a la parte captatoria de las piezas publicitarias y las fuentes complementarias...	15
III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.	18
A. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	18
B. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS.....	26
IV. CONCLUSIONES	29
V. BIBLIOGRAFÍA	30
VI. ANEXOS.....	31

I. RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCESO O PROCEDIMIENTO.

1. Denuncia

El 5 de octubre de 2018, ENTEL PERÚ S.A. (en adelante, **ENTEL**) interpuso una denuncia contra VIETTEL PERÚ S.A.C. (en adelante, **BITEL**) ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, **INDECOPI**), por presuntas infracciones al Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la LRCD), por los siguientes fundamentos:

Fundamentos de hecho:

- BITEL viene realizando la campaña publicitaria “52 GB en 1 año”, conformada por anuncios publicitarios a nivel nacional a través de radio, redes sociales, página web, banners, entre otros, que tiene el mensaje: “Cámbiate gratis a Bitel y llévate hasta 52 GB en 1 año”. No obstante, la publicidad induce a error sobre las condiciones de acceso al beneficio de 52GB.
- El consumidor razonable esperaría obtener los 52GB ofrecidos por el solo hecho de cumplir la condición de migrar su línea prepago a Bitel, es decir, esperaría que esa sea la única condición de acceso para disfrutar de dicho beneficio. Sin embargo, los clientes que son prepago deben cumplir condiciones adicionales de las que no fueron debidamente informados.
- La otra condición de acceso al beneficio de BITEL es que los usuarios necesitan recargar S/. 5.00 soles semanales, siendo que debe realizar recargas por un monto de hasta 260 soles por 52 semanas. Esto se puede comprobar en el SIRT¹ del beneficio anunciado y el landing page² del beneficio en la página web de Bitel.

¹ La ficha SIRT se refiere a la ficha informativa de la tarifa del servicio.

² El landing page (página de aterrizaje en español, o página de inicio) es la página web a la que se dirige un usuario de Internet después de hacer click a un hipervínculo. (Al respecto, ver: <https://www.atinternet.com/es/glosario/landing-page/>)

- Si bien BITEL podría señalar que los anuncios derivan a su página web como fuente complementaria de información, que debe interpretarse integralmente para que los consumidores conozcan las condiciones de acceso al beneficio, se debe tener en cuenta el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI, que señala que la información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través del servicio de información gratuito debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario.
- La campaña de BITEL no solo induce a error a los consumidores, sino que también genera graves perjuicios a otros operadores, al buscar atraer usuarios en base a un beneficio inexistente.
- Solicito se declare la comisión de un acto de competencia desleal por parte de BITEL y se aplique la sanción correspondiente a la infracción acreditada. De igual manera, solicito se ordene a BITEL la rectificación de los anuncios que conforman la campaña publicitaria, así como el pago de las costas y costos. Adicionalmente, solicito como medida cautelar se ordene el cese inmediato de los anuncios publicitarios objeto de la denuncia.

Fundamentos de derecho:

- Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal

Medios probatorios:

- Anuncios difundidos en radio, Facebook, Instagram, página web de bitel.
- Banner en locales comerciales.
- Ficha SIRT del beneficio 52GB por 1 año.
- Landing page del beneficio 52GB por 1 año.

2. Resolución admisoría

Mediante Resolución de fecha 18 de octubre de 2018, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, **la Comisión**) admitió a trámite la denuncia de ENTEL contra BITEL, imputando a la denunciada la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, conforme al artículo 8 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, en tanto habría difundido la campaña publicitaria “52 GB en un año” que induciría a error a los

consumidores respecto de la oferta anunciada, debido a que la información sería contradictoria y no consistente con el mensaje principal anunciado.

Para lo cual, corrió traslado de la denuncia a la denunciada, a efectos de que, en un plazo diez (10) días hábiles de notificada la referida resolución, presente sus descargos. Asimismo, le requirió presentar la siguiente información:

- La fecha de inicio de la difusión de cada anuncio vinculado a la campaña;
- Detalle de cada anuncio que conforma la campaña, así como periodos, cantidad y frecuencia de difusión de los mismos y los medios de comunicación empleados;
- Brief creativo y estrategia de marketing;
- Monto de los ingresos brutos obtenidos por la contratación del plan “Sin Frontera” desde los 6 meses anteriores a la fecha de inicio de difusión de la campaña hasta su conclusión; y,
- Monto de los ingresos brutos percibidos en todas sus actividades económicas correspondientes al año 2017.

Solicita prórroga

Mediante escrito del 19 de noviembre de 2018, BITEL se apersonó al procedimiento administrativo iniciado en su contra, y solicitó una prórroga de 10 días hábiles para absolver el requerimiento de información. Al respecto, la Comisión mediante proveído del 21 de noviembre de 2018 concedió un plazo adicional de 5 días hábiles.

3. Descargos

Mediante escrito del 6 de diciembre de 2018, BITEL se apersonó al procedimiento administrativo iniciado en su contra, alegando lo siguiente:

Fundamentos de hecho:

- La promoción por portabilidad fue difundida mediante el uso de enunciados que siempre incluyeron el término “HASTA” al indicar la cantidad de GB a los que el usuario podía tener acceso a través de la promoción, pudiendo acceder a montos menores de 52GB.

- Si el beneficio promocionado no corresponde a un monto fijo sino a uno variable con un techo de 52GB, resulta entendible para el consumidor que existan condiciones para establecer la cantidad de GB a los que cada consumidor en particular podría acceder y las acciones que se le requieren realizar para ello.
- El anuncio debe ser interpretado incluyendo todas las palabras incluidas, entre ellas, el término “HASTA”, el cual, al indicar que el beneficio consiste en “HASTA 52GB” hace sumamente improbable que el consumidor interprete que la única condición sería la realización de la portabilidad a la red de BITEL, sino que leerá que (i) puedo obtener 52 o menos GB durante un año, (ii) ¿de qué depende que obtenga 52GB o menos durante un año?, y (iii) existen condiciones y restricciones que establecen el obtener 52 GB o menos en dicho periodo.
- Ante dicha deducción lógica y razonable, el consumidor se verá interesado en conocer la información completa respecto de la promoción publicitada, accediendo a las fuentes de información a las que se hace referencia en los materiales publicitarios.
- La condición de realizar una recarga de S/. 5.00 soles semanales no constituye información contradictoria al mensaje, sino información complementaria, en tanto el consumidor la buscará para definir la aplicación del mensaje publicitario a su caso concreto.
- No resulta exigible incluir todas las condiciones, restricciones y/o características de un producto o servicio en el mensaje principal de un anuncio publicitario, siendo plenamente posible precisar la información complementaria a dicho anuncio en fuentes de información alternas a las cuales se hagan referencia en el anuncio.
- Los spots de radio se emitieron los meses de enero, febrero y octubre de 2018, no encontrándose en difusión a la fecha de notificación a BITEL de la imputación de cargos.
- Las fotos de los banners aportadas por ENTEL no corresponden al material publicitario emitido y aprobado oficialmente por BITEL y no ha sido acreditado que hayan sido tomadas en alguno de sus centros de atención.

- Finalmente, solicitó un plazo adicional de 5 días hábiles para absolver el requerimiento de información ordenado por la Comisión, el cual fue concedido a través del proveído del 10 de diciembre de 2018.

Entel presenta escrito adicional

Con fecha 08 de febrero de 2019, ENTEL cumplió con absolver el requerimiento realizado por la Comisión el 14 de diciembre de 18 a través del cual ordenó indicar los locales comerciales de BITEL donde se habrían recabado los banners objeto de denuncia.

Bitel absuelve requerimiento

Mediante escritos de fechas 04 y 16 de abril de 2019, BITEL presentó los anuncios que conforman la campaña publicitaria, así como el periodo de difusión de estos. Asimismo, reiteró sus argumentos respecto a la no configuración de un acto de engaño.

4. Resolución de primera instancia

Con Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, la Comisión determinó lo siguiente: i) Declarar FUNDADA la denuncia interpuesta por ENTEL contra BITEL por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño ii) Sancionar a BITEL con una multa de diez (10) UIT, y, iii) ordenar como medida correctiva el CESE DEFINITIVO de la difusión de la publicidad imputada, en atención a los siguientes fundamentos:

- En los anuncios cuestionados se difundió información con el beneficio denominado “52 GB en un año”. Si bien existieron distintas piezas publicitarias, dada la manera cómo se presentaron, resulta evidente que el destinatario final pudo asumir que se trata de una sola campaña publicitaria, destinada a promocionar la migración a su red, en planes prepago, otorgándoles a los usuarios por dicha migración la posibilidad de utilizar un beneficio de 52 GB por un año.
- El mensaje principal es resaltar el beneficio de “52GB en 1 año” a los usuarios que migren a su operadora.

- Aun cuando se mencione en las condiciones de los anuncios cuestionados que un “usuario debía realizar una recarga de S/ 5 o más en la semana previa” o en las fuentes de información alternas, ello no desvirtúa en los consumidores el mensaje que estos pudieron recibir, esto es, que quienes migraran a la operadora BITEL a un plan prepago, podrían acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52GB por un año tomando en consideración que los consumidores prestan mayor atención a la información contenida en la parte captatoria de los anuncios.
- Cuando BITEL requiere la condición de la recarga está desnaturalizando el mensaje publicitario principal que emana de la parte captatoria, en tanto que hay condiciones adicionales para acceder al beneficio, generando una evidente ambigüedad en los términos de la publicidad.
- En la medida que la campaña contiene información contradictoria con el mensaje principal, que induce a error a los consumidores, se debe declarar fundada la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.
- La Comisión consideró que la infracción era leve, por lo que correspondía aplicar una multa de 10 UIT.

5. Recurso de apelación

El 16 de agosto de 2019 y dentro del plazo establecido por el ordenamiento jurídico, BITEL interpuso su recurso de apelación contra de la resolución emitida por el órgano resolutorio de la primera instancia, bajo los siguientes fundamentos:

- La publicidad denunciada no comunica en modo alguno que dicho beneficio sea automático o gratuito por el simple hecho de cambiarse a BITEL. Por el contrario, la palabra “HASTA” es un indicador de que el beneficio está sujeto a requisitos y condiciones.
- La Comisión no explica por qué considera que el mensaje que los consumidores pudieron recibir es que quienes migren a BITEL, pueden acceder inmediatamente al beneficio. No existe una motivación respecto a la interpretación de la publicidad. En ese sentido, al privarse de una decisión motivada, constituye una clara afectación del principio al debido procedimiento.

6. Resolución de segunda instancia

Con Resolución 0038-2020/SDC-INDECOPI del 27 de febrero de 2020, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, **la Sala**) revocó la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por ENTEL contra BITEL, por presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, tipificada en el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, y reformándola, declaró infundada la denuncia, en atención a los siguientes fundamentos:

- La Comisión sí motivó los diferentes extremos de su pronunciamiento final que fueron cuestionado por BITEL por lo que se debe descartar dicha alegación, en el sentido de que dicho pronunciamiento sería nulo por no estar debidamente motivado.
- De la revisión de las piezas publicitarias que conformaron la campaña publicitaria “52 GB en un año” objeto de imputación, se aprecia que esta traslada a los consumidores el mensaje de que, en caso migren a un plan prepago de BITEL, podrán obtener hasta 52 GB en un periodo de un año, es decir, 1 GB por semana. Este mensaje llevaría a los consumidores a entender que los 52 GB ofrecidos constituyen el máximo de GB que podrán obtener en caso opten por portar su línea prepago a BITEL.
- El beneficio ofrecido constituye un beneficio determinable que, como cualquier otra promoción, podrá estar sujeta a condiciones de acceso. La Sala no observa elemento alguno que conforme la parte captatoria de las piezas publicitarias del cual se desprenda que el único requisito para acceder a la promoción consistiría en migrar a BITEL.
- Es en base al significado de la palabra “HASTA” que se refiere al límite máximo de una cantidad variable que los consumidores entenderán que los 52 GB constituyen el máximo de GB y que están frente a un beneficio determinable.
- El Texto Único Ordenando de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones señala que el usuario prepago requiere realizar recargas periódicas para mantener su línea activa. Por ello, difícilmente podría sostenerse que el usuario de servicios de telefonía móvil

prepago podría interpretarse de la campaña publicitaria que no requerirá, al menos, realizar recargas para mantener su línea activa, y de esta manera, poder acceder al beneficio ofrecido.

- Por tanto, la condición de realizar una recarga semanal de como mínimo S/ 5.00 constituye información complementaria a la presentada en la parte captatoria de la publicidad, y no información que contradiga o desnaturalice el mensaje que se transmite a los consumidores. De ese modo, resulta válido que BITEL haya incluido la referida condición de acceso como parte de los términos y condiciones aplicables a la promoción o en su defecto, en fuentes de información alternas debidamente referenciadas en las piezas publicitarias.

II. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.

Las principales cuestiones que se pueden advertir en el expediente materia de análisis son las detalladas a continuación:

- 1. La alegada comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño en atención a las afirmaciones contenidas en la campaña publicitaria “52 GB en un año”.**

Identificación

Mediante Resolución de fecha 18 de octubre de 2018, la Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por ENTEL contra BITEL, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, conforme al supuesto establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N.º 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello, en atención a la difusión de anuncios publicitarios transmitidos a través de radios, redes sociales y la página web de BITEL en los que se ofrecía a los consumidores un beneficio de “52 GB en 1 año”, no obstante, de acuerdo con la denunciante, dicho beneficio no sería cierto.

Así, las afirmaciones incluidas en la publicidad de BITEL hacían referencia a que la empresa de telefonía estaría ofreciendo a los consumidores hasta 52GB por 1 año bajo la condición de migrar su línea prepago a BITEL, y que, según la denunciante, a entender de los consumidores, esa sería la única condición para obtener el beneficio. No obstante, dicha publicidad sería engañosa, pues esa no sería la única condición para acceder al beneficio, toda vez que otra condición de acceso es la de recargar S/ 5 soles semanales. Sin embargo, esta condición adicional no estaría siendo debidamente incluida en la publicidad.

Análisis

El artículo 8 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD) establece que son actos de engaño aquellos 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, 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.

Así, la LRCD precisa que, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje, lo que también es conocido como substanciación previa.

En ese sentido, atendiendo a lo señalado, corresponde evaluar si el mencionado análisis realizado por la autoridad administrativa ha sido adecuado al considerar que los anuncios publicitarios difundidos por BITEL constituirían actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

- 2. El análisis efectuado por la Comisión y la Sala para determinar el mensaje de la campaña publicitaria objeto de la denuncia con relación al término “HASTA”.**

Identificación

Mediante Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, la Comisión declaró fundada la imputación en contra de BITEL por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, en razón del beneficio “52 GB por un año” otorgado a los consumidores, pues se determinó que el mensaje principal era contradictorio con la información complementaria presentada en la publicidad.

De otro lado, la Sala consideró que no existía la contradicción que había indicado la Comisión, puesto que las piezas publicitarias trasladaban el mensaje de que los consumidores podrían obtener hasta 52GB en el periodo de un año, por lo que consistiría en un beneficio variable y determinable. Al respecto, para la Sala, la palabra “HASTA” consistía en un aspecto fundamental para que el beneficio ofrecido por BITEL pueda considerarse como determinable y sujeto a condiciones adicionales.

Análisis

El artículo 59 de la LRCD define a la campaña publicitaria como 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.

Asimismo, la LRCD precisa en su artículo 21 inciso 2 que la evaluación de la publicidad se realiza sobre todo el contenido de un anuncio incluyendo las palabras y los números, presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad, es decir, el consumidor, realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. De igual manera, en el caso de campañas publicitarias, estas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

Por su parte, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), ha señalado en reiterados pronunciamientos³ que la evaluación publicitaria debe realizarse en forma integral, considerando todo el contenido de los anuncios evaluados – frases, imágenes y su disposición

³ Al respecto, ver Resoluciones N° 0059-2018/SDC-INDECOPI, 0147-2016/SDC-INDECOPI y 0219-2018/SDC-INDECOPI.

dentro de tales piezas publicitarias – debido a que es, de esta forma, cómo un consumidor aprehende el mensaje publicitario.

Al respecto, según los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, se debe hacer hincapié en que el anunciante debe asumir la responsabilidad por las distintas interpretaciones razonables que se generen como consecuencia de las afirmaciones publicitarias ambiguas. Por ello, la responsabilidad del anunciante no solo radica en transmitir información verdadera a través de su publicidad, sino asegurarse que esta no sea susceptible de inducir a error a los consumidores, al presentar, por ejemplo, un contenido inexacto o ambiguo, que pueda desvirtuar los términos de la oferta anunciada.

En el presente caso, es pertinente analizar si los criterios señalados han sido efectivamente aplicados en la resolución del procedimiento administrativo y evaluar la relevancia de la palabra “HASTA” para determinar el mensaje de la campaña publicitaria de BITEL.

3. El análisis efectuado por la Comisión y la Sala respecto a la parte captatoria de las piezas publicitarias y las fuentes complementarias.

Identificación

En su pronunciamiento, la Comisión señaló que, aun cuando se mencione en las condiciones de los anuncios cuestionados que el usuario debía realizar una recarga de S/5 soles o más en la semana previa o en las fuentes de información alternas, ello no desvirtúa en los consumidores el mensaje que estos pudieron acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52GB por un año, tomando en consideración que los consumidores prestan mayor atención a la información contenida en la parte captatoria de los anuncios que conformaron parte de la campaña publicitaria cuestionada.

Por su parte, la Sala consideró que una interpretación superficial, espontánea y natural de la expresión “Hasta 52GB en un año” dentro de un

contexto publicitario llevaría a los consumidores a entender que los 52 GB ofrecidos constituyen el máximo de GB que podrán obtener en caso opten por portar su línea prepago a BITEL.

De esta manera, la Sala señaló que no observaba algún elemento que conforme la parte captatoria de las piezas publicitarias del que se desprenda que el único requisito para acceder a la promoción anunciada es migrar a una línea prepago de BITEL, menos aún que dé a entender que el acceso a dicho beneficio esté exento de condiciones o restricciones adicionales.

Así, la controversia gira en torno a establecer si el análisis realizado por ambas instancias fue adecuado al caso en concreto materia del presente procedimiento, para definir el mensaje obtenido a partir de las piezas publicitarias.

Análisis

El artículo 21 de la LRCD establece que la interpretación de la publicidad debe realizarse a través de un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe el destinatario.

Sobre el particular, Aramayo y otros (2013) recogen las palabras de Beatriz Patiño, quien precisa lo siguiente:

La regla de la visión de conjunto debe entenderse en el sentido de que el consumidor se guía por la impresión general. La razón es obvia: al estar expuesto diariamente a la contemplación de multitud de comunicaciones comerciales, el consumidor sólo conservará en su memoria una imagen global del anuncio. Ahora bien, en la publicidad puede y debe distinguirse una parte captatoria de la atención de los destinatarios, como puede ser un reclamo o eslogan principal. En tal caso, no debe aplicarse la regla de la impresión global para valorar la verdad o falsedad del mensaje. (Pág. 89)

Así, si bien los anuncios publicitarios deben ser analizados en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes, y atendiendo a la impresión global que generen en los consumidores, en los casos que en los anuncios se presente elementos de forma especialmente destacada que capten mayor atención por parte del consumidor, prevalecerá la parte captatoria sobre la impresión de conjunto.

Teniendo en consideración lo anterior, corresponde evaluar si en el presente caso se han seguido los criterios expuestos para la interpretación del mensaje que trasladan los anuncios de la campaña publicitaria, y si se ha enfatizado el aspecto de la parte captatoria sobre la impresión de conjunto.

III. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.

A. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

1. Sobre la alegada comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño en atención a las afirmaciones contenidas en la campaña publicitaria “52 GB en un año”.

La Comisión resolvió declarar fundada la denuncia interpuesta por ENTEL contra BITEL por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño. Al respecto, ENTEL había alegado que la campaña publicitaria “52GB en 1 año” difundida por BITEL trasladaban el mensaje al consumidor que este podía obtener 52 GB en el periodo de 1 año por cumplir solamente la condición de migrar a un plan prepago de BITEL. Según la denunciante, esta sería la única deducción que realizaría el consumidor, sin embargo, para acceder a dicho beneficio tendría que cumplir adicionalmente con la condición de hacer recargas de S/ 5.00 soles semanales, condición de la que el consumidor no habría sido debidamente informado.

Al respecto, la Comisión señaló que cuando BITEL informa a los consumidores que el beneficio requiere realizar una recarga de S/ 5.00 soles o más en la semana previa desnaturaliza por completo el mensaje publicitario principal, en tanto que un consumidor entendía que el beneficio sería otorgado solamente al migrar a la operadora. Así, mientras de un lado se entiende que el beneficio está condicionado únicamente a la migración de los consumidores hacia su operadora, de otro lado se indica que adicionalmente se requiere un pago semanal para gozar del beneficio, generando una evidente ambigüedad.

Por su parte, la Sala consideró que los anuncios publicitarios llevan al consumidor a entender que los 52GB ofrecidos constituyen el máximo de GB que podrán obtener en caso opten por portar su línea prepago a BITEL.

No obstante, no se desprende que solo con la migración el consumidor acceda automáticamente al beneficio, pues al tratarse de un beneficio determinable, los consumidores podrán entender que existen condiciones adicionales para acceder a tal beneficio, como es la condición de realizar recargas semanales.

Al respecto y con relación a los actos de engaño que se imputan en el presente caso, es preciso considerar lo señalado por Massaguer (1999) sobre este punto:

El centro de gravedad del acto de engaño no se encuentra en una aséptica falta de correspondencia con la realidad sino en el error y, por lo tanto, en la impresión acerca de la realidad inculcada en los destinatarios por la comunicación enjuiciada.

[...] Como consecuencia de este planteamiento, deberán enjuiciarse como supuesto de actos de engaño las afirmaciones que, siendo veraces, conduzcan a extraer conclusiones, particularmente respecto de los sujetos, productos, actividades o establecimiento a que no se refieren de forma expresa que, por el contrario, no se corresponden con la realidad.

En ese orden de ideas, Sosa (2017) afirma que la falsedad es una forma en la que se puede inducir a error a los consumidores. Al respecto, indica que falsedad es simplemente todo anuncio cuyo mensaje publicitario al contrastarse con la realidad sea engañoso. De ese modo, señala como ejemplo un anuncio que afirme que se puede hablar gratis de por vida con dos números de celulares, pero en su texto legal se afirme que solo duran 3 minutos porque luego cobran determinada tarifa.

Considerando lo anterior, debemos tener en cuenta que en el presente caso estamos ante un beneficio ofrecido por la empresa denunciada, en la que se señala que los consumidores que migren a una línea prepago de BITEL pueden obtener hasta 52GB en 1 año. Siendo que el beneficio se presenta de esta manera, podemos entender que dicho beneficio se sujetaría a

alguna condición o condiciones adicionales, pues se estipula que 52GB se trataría del tope del beneficio, y, por lo tanto, cabe la posibilidad que se obtenga un beneficio con una menor cantidad de GB. Todo ello en atención a determinadas condiciones que haya establecido la empresa de telefonía.

De ese modo, podemos dar cuenta que la interpretación del mensaje que realicen los consumidores será considerar que existen condiciones que permitirán obtener de manera gradual el beneficio ofrecido por BITEL. Precisamente, ese beneficio es la recarga de S/. 5 soles semanales determinado por la empresa en los anuncios publicitarios.

Así, la afirmación realizada no se trata de una afirmación categórica, en tanto que, al tratarse de un beneficio determinable, está sujeto a otras condiciones señaladas por la empresa que complementan lo expuesto en la parte principal del anuncio. Por ello, compartimos el razonamiento de la Sala al considerar que las afirmaciones realizadas por BITEL no son contradictorias, sino que, por el contrario, se complementan y deben ser entendidas en conjunto por el consumidor.

En ese sentido, queda acreditado que las expresiones señaladas no configuran el supuesto de actos de comisión de competencia desleal en la modalidad de engaño, siendo acertada la conclusión a la que arribó la autoridad administrativa de segunda instancia.

2. Sobre el análisis efectuado por la Comisión y la Sala para determinar el mensaje de la campaña publicitaria objeto de la denuncia con relación al término “HASTA”.

Respecto a este punto, es preciso tener en consideración que, tal como ha desarrollado en extenso la Sala a través de sus pronunciamientos, en el caso de campañas publicitarias, la evaluación debe ser efectuada en el marco de una estrategia integral de comunicación de mercadotecnia y diseñada con la finalidad de promocionar el servicio anunciado.

Así, la norma establece que los anuncios difundidos como parte de una campaña publicitaria, deben realizarse en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal.

Ahora bien, en el caso que nos avoca podemos apreciar que BITEL difundió un conjunto de piezas publicitarias que conformarían la campaña publicitaria: anuncios en las redes sociales Facebook e Instagram, en su sitio web y en banners colocados en los locales comerciales de la empresa, todos ellos conteniendo las siguientes afirmaciones: “Como cuando te pasas a prepago BITEL y te dan hasta 52GB x 1 año” y “Cámbiate gratis a BITEL y llévate hasta 52 GB en 1 año”.

Al respecto, la Comisión señaló que el mensaje que los consumidores consideraría a partir de lo señalado en los anuncios publicitarios es que quienes migraran a la operadora BITEL a un plan prepago, podrían acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52GB por un año, y, por tanto, la condición de realizar una recarga semanal de S/. 5 soles o más desnaturalizaría por completo el mensaje principal. De acuerdo a los fundamentos de la Comisión, los consumidores entenderían la campaña de manera que solo bastaría la acción de migrar su línea prepago a BITEL para obtener de forma automática el beneficio de los 52GB en el periodo de un año.

De otro lado, la Sala reparó en que las afirmaciones contenidas en los anuncios publicitarios materia de evaluación indicaban que, en caso de migrar a un plan prepago de BITEL, los consumidores podrán obtener hasta 52 GB en un periodo de un año. Precisamente, la Sala señaló que la palabra “HASTA” se entendía comúnmente como el límite máximo de una cantidad variable. En ese sentido, el mensaje que se trasladaba a los consumidores consistía en que el beneficio ofrecido se trataba de un beneficio determinable, en tanto que se señalaba un tope de ese beneficio.

De esta manera, la Sala precisó que, al tratarse de un beneficio determinable, era previsto que el consumidor considera que dicha determinación se fije en base a alguna condición adicional que haya fijado la empresa de telefonía, siendo en este caso la condición adicional la de realizar una recarga de S/ 5 soles o más en la semana previa, para poder obtener dicho beneficio.

Al respecto resulta pertinente tener en cuenta el significado que comúnmente se atribuye a la palabra “HASTA”, lo cual se puede apreciar en las siguientes definiciones recogidas por la Real Academia Española:

1. prep. Indica el límite final de una trayectoria en el espacio o en el tiempo. Trabajan hasta las tres. Llegaremos hasta la cima.

2. prep. Indica el límite máximo de una cantidad variable. Estaba dispuesta a pagar hasta sesenta euros.

3. prep. C. Rica, El Salv., Guat., Hond., Méx. y Nic. No antes de. Llegaré hasta las dos.

4. adv. Incluso o aún. Hasta tú estarías de acuerdo. Hasta cuando duerme habla.

De acuerdo con las acepciones señaladas, se advierte que la definición del concepto “HASTA” aplicable en el presente caso sería aquella que indica el límite máximo de una cantidad variable, que es la acepción que posee el consumidor común respecto al término “HASTA”.

Sobre este punto, Sosa y Rodríguez (2014) mencionan que la jurisprudencia de Indecopi ha establecido que la interpretación de los anuncios se basa en el significado usual que un consumidor le atribuye a las diversas imágenes y frases que figuran en un anuncio, y que este significado, en la generalidad de las veces, se encuentra determinado e influenciado por las prácticas y comportamiento común del mercado de

productos y servicios en el cual el consumidor interactúa, ya que en función de su experiencia previa es que el consumidor forma sus expectativas.

Considerando lo expuesto, es posible concluir que, un consumidor común podrá leer el mensaje contenido en la campaña publicitaria e interpretar de forma lógica que el beneficio de 52 GB en el periodo de un año que ofrece BITEL se trata de un beneficio determinable, en tanto que se presenta la palabra “HASTA”. De esa manera, se entenderá que el límite máximo del beneficio es de 52 GB y que es posible que la operadora otorgue un beneficio menor, lo cual estará regido en función de condiciones adicionales precisadas por BITEL.

En ese sentido, podemos dar cuenta que la palabra “HASTA” consiste en un factor relevante en la interpretación del mensaje que se traslada al consumidor, pues permite que este entienda que no se trata de un beneficio exacto, sino más bien, determinable.

3. Sobre el análisis efectuado por la Comisión y la Sala respecto a la parte captatoria de las piezas publicitarias y las fuentes complementarias.

Sobre este punto, debemos considerar lo señalado en los Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial, cuando Pazos y otros (2018) expresan que un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño puede producirse mediante la inducción a error al consumidor, la cual consiste en que el destinatario de la publicidad entiende un mensaje distinto al real debido a la forma cómo fueron expresadas las afirmaciones o se ve influenciado por el contenido de la publicidad, sin conocer información que, de haber sido difundida, hubiese alterado el mensaje transmitido.

En particular, los autores señalan que, respecto de este último supuesto, debido a que no toda información aludida en la publicidad es relevante, a fin de evitar cargar el anuncio con información que diluya el mensaje principal del mismo, se permite al anunciante indicar en su publicidad un

medio complementario de fácil acceso para que los consumidores puedan contar con tal información. De este modo, esto resulta legítimo, en tanto la información en mención no desvirtúe lo señalado en la parte captatoria del anuncio.

Tal como hemos señalado, la Comisión consideró que, en tanto que los consumidores prestan mayor atención a la información contenida en la parte captatoria de los anuncios, los consumidores percibirían que quienes migraran a la operadora BITEL a un plan prepago, podrían acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52GB por un año.

De esa manera, al observar que el usuario debía realizar una recarga de S/ 5 o más en la semana previa, dentro de las condiciones de los anuncios cuestionados, resultaría contradictorio con lo expresado en la parte captatoria de los anuncios.

No obstante, la Sala ha realizado un análisis distinto, toda vez que consideró que el mensaje contenido en las piezas publicitarias llevaría a los consumidores a entender que los 52 GB ofrecidos constituyen el máximo de GB que podrán obtener en caso opten por portar su línea prepago a BITEL, y por tanto, constituiría un beneficio determinable que, como cualquier otra promoción, podrá estar sujeta a condiciones de acceso. De ese modo, la Sala no concibe que algún elemento que conforme la parte captatoria de los anuncios se desprenda que la migración de línea operativa es el único requisito para obtener el beneficio.

Precisamente, la Sala consideró que la condición de realizar una recarga semanal de como mínimo S/ 5.00 soles constituye información complementaria a la presentada en la parte captatoria de la publicidad, y, en ese sentido, no se trata de información que contradiga o desnaturalice el mensaje que se transmite a los consumidores, sino que se especifican las condiciones para acceder al beneficio.

Sobre el particular, conviene traer a colación lo indicado por Pazos y otros (2018), quienes mencionan que, al valorar la inducción a engaño en anuncios donde se advierta la existencia de una parte captatoria de atención de los consumidores, el anunciante se encuentra obligado a que las restantes partes del anuncio –generalmente presentados en letra más pequeña– no sean contradictorias al mensaje publicitario principal.

En el presente caso advertimos que existen dos elementos materia de evaluación: (i) por una parte, la afirmación que establece el beneficio de hasta 52 GB en el periodo de un año al migrar a la línea prepago de BITEL, y (ii) de otra parte, la condición de realizar una recarga de S/ 5 soles a más en la semana previa en la que se desea hacer uso del beneficio.

Así, la afirmación que aparece de mayor tamaño en los anuncios publicitarios y que capta la atención de los consumidores que visualicen dichas piezas es la que expresa el beneficio de hasta 52 GB en un año, por lo cual, podemos entender que esta sería la parte captatoria de los anuncios. De ese modo, el análisis que se realice debe efectuarse considerando que los demás elementos presentes en los anuncios publicitarios giren en torno a la parte captatoria, complementándolo, de ser el caso, con precisiones que considere el anunciante, y guardando que no sean contradictorias al mensaje publicitario principal.

De esta manera, tenemos como mensaje adicional la condición de recargar semanalmente un mínimo de S/ 5.00 soles para poder acceder al beneficio ofrecido. Esta condición se encuentra presente en las condiciones que se muestran en los anuncios en una letra de menor tamaño que el mensaje principal, y también en el sitio web de BITEL, que constituye una fuente de información alterna.

Así, podemos ver que, al señalar una condición para acceder al beneficio señalado en el mensaje principal, la lectura de ambos manifiesta un único mensaje en el sentido de que en base a dicha condición se determinará el beneficio que puede obtener el consumidor, siendo que este puede

alcanzar un tope de 52 GB en el periodo de un año, lo cual se considerará como 1GB semanal en base a la recarga mínima de S/ 5.00 soles que se realice en la semana previa.

En ese sentido, podemos advertir que el análisis realizado por la Sala ha considerado los criterios para la interpretación del mensaje que se traslada a los consumidores a través de la campaña publicitaria de BITEL, pudiendo determinar de manera acertada que las condiciones adicionales señaladas para acceder al beneficio ofrecido por la operadora de telefonía se tratan de afirmaciones que complementan el mensaje de la parte captatoria, y que no son contradictorio a este, como erróneamente había considerado la Comisión.

B. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

1. Sobre la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019.

Respecto a dicha resolución, no me encuentro conforme con lo resuelto por la Comisión al haber declarado fundada la denuncia de ENTEL contra BITEL en tanto que determinó que se habría configurado la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño.

Tal como se desarrolló en los puntos previos, se puede verificar que BITEL había incluido en su publicidad un beneficio señalando un tope máximo, y, asimismo, había indicado la condición para acceder a dicho beneficio de manera gradual, por lo cual se advierte que la lectura integral de los anuncios que conforman la campaña publicitaria no resulta contradictoria, sino que las afirmaciones, interpretadas en su conjunto, trasladan un mensaje coherente y consistente al consumidor.

Al realizar el análisis correspondiente, tenemos la premisa que la interpretación del mensaje publicitario debe realizar desde un análisis superficial e integral de todas las piezas y de todos los elementos que conforman la publicidad en cuestión. No obstante, es posible evidenciar que

el análisis realizado por la Comisión se ha detenido únicamente en el análisis superficial.

En efecto, al emitir su pronunciamiento, la Comisión ha considerado que los consumidores prestan mayor atención a la información contenida en la parte captatoria de los anuncios, y siendo que la parte captatoria en este caso es aquella en que resalta el beneficio de hasta 52GB en el periodo de un año, los consumidores entenderían que únicamente se requeriría migrar a un plan prepago de BITEL para obtener el beneficio ofrecido, cuando ello no sería interpretado así por los consumidores.

De lo señalado, vemos claramente que la Comisión coloca a los consumidores en una posición donde no los considera suficientemente diligentes al grado de no solo interpretar un mensaje equívoco que se leería desde una mirada rápida, sino también al punto de ignorar otra condición que se presenta también en la pieza publicitaria.

No bastando ello, la Comisión menciona que, si bien el sitio web de BITEL informa expresamente acerca de las condiciones y restricciones del beneficio ofrecido, esta información no desvirtúa el error al que estuvieron expuestos los consumidores, en tanto que dichas condiciones e información adicional contradicen de forma directa el mensaje principal.

Sin embargo, podemos notar que esta se trataría una situación lejana a la realidad, pues cualquier consumidor medio podría ver que la información contenida en las fuentes complementarias es más bien explicativa y especifica los términos y mecanismos para obtener el beneficio ofrecido de hasta 52 GB.

De ese modo, se advierte que la Comisión, al ponerse en una posición paternalista con relación al consumidor, incurre en una interpretación errónea del mensaje que se puede obtener a partir de los anuncios publicitarios, y se aleja del mensaje que realmente se encuentra en las piezas que conforman la campaña publicitaria.

En ese sentido, considero que la denuncia interpuesta por ENTEL debió haber sido declarada infundada. Asimismo, siguiendo la suerte de dicha pretensión, no correspondía que la autoridad aplicara una sanción ni que dispusiera ordenar el pago de las costas y costos del procedimiento en las que hubiera incurrido ENTEL.

2. Sobre la Resolución 0038-2020/SDC-INDECOPI del 27 de febrero de 2020.

Respecto a esta resolución, debo señalar que me encuentro conforme con lo resuelto por la Sala, al revocar la resolución de primera instancia que declaró fundada la denuncia de ENTEL contra BITEL con relación a que se habría configurado la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, y, en consecuencia, declaró infundada la denuncia.

Al respecto, considero que el análisis realizado por la Sala fue acertado al efectuarse desde una interpretación superficial e integral de los anuncios que conforman la campaña publicitaria.

Considero que la lectura de los elementos de las piezas publicitarias fue apropiada, al considerar que el consumidor podría interpretar que el beneficio ofrecido se trata de un beneficio determinable, y por dicha razón, se encuentra sujeto a condiciones que permitan determinar el beneficio que cada consumidor pretende obtener, siendo que BITEL señala expresamente que el beneficio puede alcanzar el límite de 52GB.

Precisamente, las condiciones que se encuentran en el landing page y el sitio web de BITEL permiten al consumidor conocer cómo funciona el mecanismo para acceder al beneficio ofrecido, y permiten también, que el consumidor decida cuál es el grado de beneficio que puede conseguir, considerando que existe un tope para tal servicio ofrecido.

De esa manera, si bien el beneficio de “hasta 52GB en un año” se encuentra en una posición central considerada como parte captatoria de la atención

de los consumidores, ello no desvirtúa que, al evaluarse de forma integral la pieza publicitaria, se considere también otros elementos que en ella se encuentran presente, como son las condiciones que permiten el acceso al beneficio, generando una lectura conjunta de todo el anuncio y, de toda la campaña.

En ese sentido, considero que la Sala desarrolló de manera acertada las razones por las que consideró que los elementos que conforman la campaña publicitaria “52GB en un año” no configurarían un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, en tanto dichas afirmaciones no resultan contradictorias, al tratarse de condiciones que complementan el mensaje principal.

IV. CONCLUSIONES

Habiendo realizado el análisis del presente caso respecto del mensaje analizado en ambas instancias administrativas, debo manifestar que me encuentro conforme con lo resuelto por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, en tanto que se verificó la inexistencia de una comisión de actos de competencia desleal imputada a BITEL.

Asimismo, debo manifestar lo siguiente:

- La autoridad administrativa realizó un examen erróneo, en primera instancia, al determinar que las condiciones del beneficio ofrecido resultaban contrarias a lo señalado en el mensaje principal, debido a que limitó su evaluación a un análisis superficial.
- La interpretación del mensaje contenido en los anuncios publicitarios debe realizarse desde un análisis superficial e integral de estos. Tratándose de una campaña publicitaria, se debe realizar una evaluación conjunta de los anuncios que la integran, de manera que se extraiga el mensaje principal que emana de todas las piezas.

- En el caso de anuncios publicitarios donde existe una parte captatoria, los demás elementos que conformen la publicidad no deben ser contradictorios con lo señalado en el mensaje principal.

V. BIBLIOGRAFÍA

Referencias bibliográficas:

- Aramayo, A., Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C., Sosa, A. y Stucchi, P. (2013) *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Competencia Desleal y Regulación Publicitaria*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).
- Massaguer Fuentes, J. (1999) *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, España: Civitas.
- Pazos, J., Capurro, A., Mac Kee, G. y Escalante, A. (2018) *Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial*. Lima, Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.
- Sosa Huapaya, A. y Rodríguez García, G. (2014). *Con Licencia Para Anunciar*. Lima, Perú: Asociación Civil THEMIS.

Referencia Hemerográfica:

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

VI. ANEXOS

- Resolución N° 0038-2020/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala el 27 de febrero de 2020.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

DENUNCIANTE : ENTEL PERÚ S.A.

DENUNCIADO : VIETTEL PERÚ S.A.C.

MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
NULIDAD
PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS DE ENGAÑO

ACTIVIDAD : OTRAS ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: Se **REVOCA** el extremo de la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, que declaró fundada la denuncia presentada por Entel Perú S.A. en contra de Viettel Perú S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y, reformándola, se declara **INFUNDADA** la denuncia.

La razón es que el mensaje transmitido a los consumidores a través de la campaña "52 GB en un año" consiste en que, los usuarios que migren a un plan prepago de Bitel, podrán obtener hasta un máximo de 52 GB en un periodo de un año, es decir, 1 GB por semana. Por tanto, la condición de acceso al beneficio ofrecido, consistente en realizar una recarga semanal de como mínimo S/ 5.00, constituye información complementaria a la presentada en la parte captatoria de la publicidad, y no información que contradiga o desnaturalice el mensaje transmitido a los consumidores.

Como consecuencia de lo anterior, se **DEJA SIN EFECTO** los extremos de la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, por los que: (i) impuso a Viettel Perú S.A.C. una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias; (ii) ordenó a Viettel Perú S.A.C., en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria "52 GB en un año", en tanto el mensaje transmitido a los consumidores no sea cierto; y, (iii) condenó a Viettel Perú S.A.C. al pago de las costas y costos incurridos por Entel Perú S.A. durante el trámite del presente procedimiento.

Lima, 27 de febrero de 2020

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de octubre de 2018 Entel Perú S.A. (en adelante Entel) denunció ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Comisión) a Viettel Perú S.A.C. (en adelante Bitel) por la presunta comisión 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

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

1/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

Desleal (en adelante Ley de Represión de la Competencia Desleal)¹. En su denuncia, Entel señaló lo siguiente:

- (i) Bitel vendría difundiendo la campaña publicitaria "52 GB en un año", en la cual se incluiría la frase "cámbiate a Bitel y llévate hasta 52 GB en un año", dando a entender a los consumidores que, para poder acceder al beneficio anunciado -la obtención de 52 gigabytes (en adelante GB) en un año-, los usuarios prepago únicamente tendrían que migrar su línea a Bitel.
- (ii) Sin embargo, lo anterior no sería cierto, ya que en el Sistema de Consultas de Tarifas (en adelante el SIRT) del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante el Osiptel), así como en el portal web de Bitel, se indicaría que para acceder al beneficio objeto de la referida campaña publicitaria, los usuarios prepago tendrían que realizar una recarga de S/ 5.00 semanales.
- (iii) En atención a lo expuesto, para obtener los 52 GB anunciados, los consumidores no solo tendrían que migrar su línea a Bitel, sino que, adicionalmente, se verían obligados a realizar recargas anuales por S/ 260.00, por lo que verían defraudadas las expectativas generadas por la campaña publicitaria en cuestión.

2. El 18 de octubre de 2018 la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la referida denuncia e imputó a Bitel la presunta realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a que vendría difundiendo la campaña "52 GB en un año", la cual daría a entender a los consumidores que quienes migraran a su operadora a un plan prepago, se les otorgaría un beneficio de 52 GB por un año (1 GB por semana); cuando en realidad ello no sería cierto, en la medida en que, dentro de las condiciones de acceso a dicha promoción, se establecería que para acceder al referido beneficio no sólo sería necesario migrar al plan prepago de su operadora sino que, además, se requeriría recargar S/ 5.00 semanales; lo que induciría a error a los consumidores respecto de las características de la oferta anunciada, debido a que dicha información sería contradictoria y no consistente con el mensaje principal anunciado.

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.

(...)

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

2/22

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



3. El 6 de diciembre de 2018, Bitel presentó sus descargos².
4. El 16 de abril de 2019, Bitel reiteró sus argumentos de descargo y, adicionalmente, señaló que ningún usuario habría reclamado ante Osiptel como consecuencia de los hechos denunciados³.
5. El 9 de mayo de 2019, Entel precisó que no había cuestionado que Bitel no informase sobre las condiciones de acceso a la promoción anunciada, sino que dichas condiciones fuesen contrarias al mensaje trasladado a los consumidores.
6. El 28 de junio de 2019 se realizó una audiencia de informe oral ante la Comisión, en la que participaron los representantes de ambas empresas⁴.
7. Por Resolución 121-2019/CCD-INDECOP del 16 de julio de 2019, la Comisión declaró fundada la denuncia de Entel contra Bitel por la realización de actos de engaño y, en consecuencia, sancionó a la denunciada con una multa ascendente a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante UIT), en atención a lo siguiente⁵:
 - (i) El mensaje principal que se desprende de la campaña publicitaria consiste en resaltar el beneficio de "52 GB en un año" a los usuarios que migren a Bitel.
 - (ii) De la parte captatoria de los anuncios que conforman la campaña se aprecia que, al consignarse las frases "como cuando te pasas a prepago Bitel y te dan hasta 52 GB x un año" y "cámbiate gratis a Bitel y llévate

² En sus descargos, la denunciada señaló que:

- (i) Se difundiría el término "hasta" al indicar la cantidad de GB que los usuarios podrían obtener, por lo que para un consumidor sería evidente que la promoción se encuentra sujeta a condiciones para determinar la cantidad de GB a la que finalmente se accedería. Lo anterior, ya que los 52 GB anunciados constituyen un beneficio determinable y no determinado.
- (ii) Al indicar "hasta 52 GB", no sería lógico que se entienda que la portabilidad es el único requisito de acceso a la promoción, ya que a la mente del consumidor vendrían preguntas como: ¿Puedo obtener 52 GB o menos durante un año?, ¿de qué depende que obtenga 52 GB o menos?, ¿existen condiciones y restricciones para acceder a los 52 GB durante el periodo en cuestión? Ante dichas preguntas, el consumidor se interesaría en conocer la información completa sobre la promoción anunciada.
- (iii) La condición de realizar una recarga semanal de S/ 5.00 no sería contradictoria respecto del mensaje principal, sino complementaria.

³ El 24 de mayo de 2019, Bitel presentó un nuevo escrito, reiterando sus argumentos.

⁴ El 12 de julio de 2019, Entel y Bitel presentaron escritos adicionales en los que reiteraron los argumentos expuestos en la audiencia de informe oral.

⁵ Asimismo, le ordenó a Bitel el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña cuestionada, en tanto el mensaje transmitido no sea cierto, y la condenó al pago de las costas y costos incurridos por Entel.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

hasta 52 GB en un año, 1 GB x semana”, los consumidores entenderán que aquellos usuarios que migren a un plan prepago de la operadora Bitel podrán acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52 GB por un año, es decir, de un (1) GB por semana.

- (iii) Si bien en las condiciones de los anuncios cuestionados o, de ser el caso, en las fuentes alternativas de información correspondientes, se señala que el usuario debe realizar una recarga de S/ 5.00 o más en la semana previa para poder acceder a la promoción, ello no desvirtúa el mensaje percibido por los consumidores, esto es, que quienes migren a un plan prepago de Bitel podrán acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52 GB por un año, es decir, de un GB por semana.
 - (iv) En ese sentido, al informar que se requiere realizar una recarga de S/ 5.00 para poder acceder a la promoción, se desnaturaliza por completo el mensaje publicitario principal que emana de la parte captatoria de los anuncios en cuestión, en tanto el consumidor entiende que el beneficio únicamente está sujeto a la condición de migrar a Bitel⁶.
 - (v) Debido a que existe una contradicción entre el mensaje principal que se deriva de la publicidad y las condiciones de acceso a la promoción anunciada, el argumento de Bitel, en el sentido de que informó debidamente a los consumidores sobre los términos y condiciones aplicables a dicha promoción, no resulta válido.
 - (vi) Por su parte, el argumento de la denunciada referido a que la indicación “hasta 52 GB” llevaría a los consumidores a interpretar que existe una condición adicional a la migración -es decir, el pago de S/ 5.00 semanales- no corresponde a la interpretación de la Comisión del que sería el mensaje principal derivado de la campaña publicitaria en cuestión. Más aún, quien atribuye el mensaje a la publicidad es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de Bitel sería irrelevante a efectos de su delimitación.
8. El 16 de agosto de 2019, Bitel apeló la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI, solicitando a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante la Sala) que declare su revocación y/o nulidad, con base en los siguientes argumentos:

- (i) La denuncia de Entel parte de una falsa premisa:

⁶ La Comisión indicó que en la Resolución 0371-2011/SC1-INDECOPI se determinó que los consumidores asumirían que la información contenida en las fuentes alternativas de información sería complementaria, y no contradictoria, respecto del mensaje principal contenido en la parte captatoria del anuncio publicitario cuestionado en aquel procedimiento.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

4/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOP



- No existe contradicción alguna entre la parte captatoria de la publicidad (que indica que al cambiarse a Bitel uno se puede llevar hasta 52 GB en un año) y la parte complementaria (que, entre otras condiciones, señala que para ello se requiere hacer una recarga semanal de al menos S/. 5.00).
 - La publicidad denunciada no comunica en modo alguno que dicho beneficio sea automático o gratuito por el simple hecho de cambiarse a Bitel. Por el contrario, el uso del término “hasta” es un inequívoco indicador de que el beneficio está sujeto a requisitos o condiciones. Entel no explica por qué, a su entender, se produciría la contradicción y/o la supuesta inducción a error.
 - En línea con la imputación de cargos, a través de la publicidad denunciada se ofrece un beneficio de hasta 52 GB en un año, sin embargo, no se indica que dicho beneficio se obtenga de manera automática, por el solo hecho de migrar a Entel. En ese sentido, tanto la denuncia de Entel como la imputación de cargos en su contra les atribuiría la difusión de un mensaje supuestamente engañoso que no se desprendería de la publicidad cuestionada.
 - La denunciante no explica de dónde se deriva la referida conclusión, la cual está reñida con la literalidad de la frase publicitaria cuestionada. Entel ha alterado la frase contenida en la publicidad y, sobre la base de dicha versión alterada, ha alegado que existe un engaño a los consumidores.
 - Debido a que en la denuncia de Entel y en la imputación de cargos en su contra se omite la palabra “hasta”, desde el inicio del procedimiento se ha distorsionado el mensaje publicitario objeto de análisis.
- (ii) La publicidad comunica claramente en su parte captatoria y principal que, a partir de una condición determinada -el cambio a Bitel, el cual es gratuito-, se puede obtener hasta 52 GB en un año. Al respecto:
- Se debe hacer un análisis integral de la publicidad, tomando en cuenta todos sus elementos -como en este caso el uso del vocablo “hasta”, cuya importancia no se puede soslayar ni ignorar-, en especial si se cuestiona una supuesta contradicción.
 - Si el beneficio ofrecido fuera automático y gratuito por el simple cambio de operador, entonces la palabra “hasta” no tendría significado. Debido

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

5/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

al uso de dicho término, los consumidores interpretarán que existe un tope y que los beneficios ofrecidos son graduales, por lo que, previsiblemente, responden a condiciones graduales, que deben ser debidamente informadas.

- El empleo del término “hasta” es suficiente para que el consumidor entienda que: (i) el beneficio no es gratuito ni automático, sino sujeto a condiciones; y que, (ii) dichas condiciones las puede conocer revisando la parte complementaria de la publicidad -en este caso, la dirección URL de la página web de Bitel a la que todas las piezas publicitarias hacen referencia-.
 - La importancia del uso del vocablo “hasta” ha sido determinada por la Sala en la Resolución 1681-2010/SC1-INDECOPI⁷.
- (iii) La resolución apelada es arbitraria e ilegal, por no estar debidamente motivada:
- La primera instancia no evaluó sus argumentos de defensa ni motivó su resolución, por lo que incumple uno de los requisitos de validez del acto administrativo. Si bien se puede entender que dicho órgano resolutorio tenga una opinión e interpretación distinta a la de Bitel, tendría que resolver el caso de forma motivada.
 - Al respecto, la Comisión no explicó cómo y por qué entiende que el beneficio de 52 GB sería “inmediato” -entendido como automático y/o gratuito- y, por tanto, contradictorio con la información complementaria en la que se hace referencia a un pago semanal.
 - En el pronunciamiento de la primera instancia no existe motivación alguna sobre por qué habría engaño o inducción a error, por qué se entendería que hay un ofrecimiento de un beneficio inmediato, gratuito y automático, únicamente a cambio de migrar a Entel, ni por qué se desestimaría toda su defensa relativa al uso del vocablo “hasta”.
 - La Comisión se limita a señalar que la información complementaria no desvirtúa en los consumidores el mensaje que estos pudieron percibir, consistente en que quienes migren a un plan prepago de Bitel podrían acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52 GB por un año, es

⁷ En dicho pronunciamiento se precisó que la frase “hasta 70% de descuento” no implicaba que a todos los productos se les aplicase un descuento del 70%, sino que puede haber productos a los que se les aplique 20%, 30%, o 40% de descuento, e incluso productos a precio regular, sin descuento alguno.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

6/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

000357

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

decir, de un GB por semana. Sin embargo, la Comisión no explica por qué aquel sería el mensaje percibido por los consumidores.

- La única explicación que la primera instancia desarrolla respecto de lo anterior sería que los consumidores prestan mayor atención a la información contenida en la parte captatoria de los anuncios. Sin embargo, ello no explica por qué la Comisión concluye que la parte captatoria de la publicidad objeto de análisis informa algo que no estaría indicado en esta -que el beneficio sería inmediato, gratuito y automático-, ni explica cuál sería la supuesta contradicción alegada.
 - La Comisión tampoco se pronuncia respecto del significado del vocablo “hasta”, a pesar de que no solo es un aspecto central de la publicidad denunciada, sino también su principal argumento de defensa.
9. El 8 de octubre de 2019, Entel absolvió la apelación de Bitel, indicando lo siguiente:
- (i) La Comisión sí fundamentó por qué Bitel incurrió en actos de engaño. Dicha instancia delimitó el mensaje publicitario principal que se desprende de la parte captatoria de los anuncios que conforman la campaña denunciada, para luego contraponerlo con las condiciones establecidas por Bitel para acceder al beneficio ofrecido. Así, cumplió con establecer el mensaje principal y, a partir de dicha interpretación, explicó en qué consistiría la distorsión generada por la condición adicional que no fue debidamente informada por Bitel.
 - (ii) La Comisión sí expuso por qué consideró que la publicidad de Bitel señaló, como única condición de acceso al beneficio, la migración a su empresa operadora. Al respecto, la primera instancia se remitió expresamente a las frases incluidas en los anuncios -“*como cuando te pasas a prepago Bitel y te dan hasta 52 GB x 1 año*”, “*cámbiate gratis a Bitel y llévate hasta 52 GB en un año, 1 GB por semana*”- y en función de dichas frases realizó un análisis integral y superficial de la campaña, concluyendo que el mensaje principal transmitido por Bitel a través de sus piezas publicitarias era que para la obtención del beneficio bastaba con migrar gratis a dicha empresa operadora.
 - (iii) La Comisión sí se pronunció sobre el argumento de defensa relativo al uso del término “hasta” en los anuncios publicitarios cuestionados. No solo plasmó su análisis en el párrafo 6 de la página 10 de su resolución final, sino que incluso se remitió a las consideraciones expuestas en dicho pronunciamiento respecto de su interpretación del mensaje publicitario.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

7/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

Que Bitel no esté de acuerdo con el razonamiento de la primera instancia no implica que este no exista.

(iv) Con relación al mensaje publicitario difundido a través de la campaña "52 GB en un año" de Bitel:

- La parte captatoria de la publicidad cuestionada da a entender que quienes migren a un plan prepago de Bitel podrán acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52 GB por un año, es decir, 1 GB por semana. En contradicción con lo anterior, Bitel establece una condición que desnaturaliza dicho mensaje, puesto que, además de migrar a dicha operadora, se requiere de una recarga semanal de S/ 5.00, por lo que los consumidores se darán con la sorpresa de tener que incurrir en gastos adicionales para acceder al beneficio anunciado. Algunos usuarios incluso verán aún más defraudadas sus expectativas al realizar recargas de menos de S/ 5.00 y no poder acceder a la promoción.
- En la parte captatoria de los anuncios cuestionados se indica expresamente que los usuarios que migren a Bitel obtendrán, incluso como regalo u obsequio, el beneficio de hasta 52 GB por un año, a razón de 1 GB por semana. En ese sentido, resulta imposible que el consumidor entienda que tendrá que realizar recargas semanales de S/ 5.00 o más para acceder al beneficio ofrecido.
- Las recargas de S/ 5.00 no son complementarias a la promoción, sino una condición esencial de acceso, que debió ser adecuadamente comunicada al usuario para que tome una decisión de consumo informada. Sobre el particular, en la Resolución 599-2016/SDC-INDECOPI la Sala ha establecido que una condición de acceso constituye aquella circunstancia que sujeta la ejecución del mensaje promocional central al cumplimiento de ciertos requisitos.
- El consumidor, luego de cambiarse a Bitel, tendrá que pagar S/ 260.00 anuales para obtener el beneficio ofrecido, lo que implica una tergiversación del mensaje principal transmitido por dicha empresa. Con relación a lo expuesto, en la Resolución 0028-2018/SDC la Sala ha establecido que calificará como un acto de engaño aquel supuesto en el que la condición establecida, por sus propios alcances o naturaleza, contradiga, desvirtúe o distorsione el mensaje principal transmitido a los consumidores.
- El mensaje engañoso se refuerza aún más por el uso de los términos "gratis" y "te regala", que lleva a los consumidores a entender que el

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

8/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

costo es cero y que, por tanto, luego de cumplida la condición anunciada -migrar a Bitel- accederán automáticamente a los GB prometidos. Es imposible que, a pesar del uso de dichos términos, el consumidor entienda que no basta con migrar a la referida operadora para obtener el beneficio.

- Bitel pudo haber utilizado frases como “cámbrate a Bitel, y recargando S/ 5.00 o más por semana, llévate hasta 52 GB en un año (un GB por semana)”. Así, el consumidor hubiera entendido que eran dos y no una las condiciones de acceso, contando con toda la información necesaria para realizar su decisión de consumo y un adecuado análisis costo-beneficio. Sin embargo, la denunciada optó por omitir dicha indicación, induciendo a error a los consumidores.
 - De otro lado, el uso del término “hasta” de ninguna manera informa la condición adicional de la recarga de S/ 5.00 soles o más por semana. Bitel indica equivocadamente que el término “hasta” apelaría a la existencia de una condición o requisito con relación al beneficio anunciado. Sin embargo, conforme a la Real Academia Española, dicho término se refiere al límite máximo de una cantidad variable y no a la existencia de una condición.
 - En línea con lo expuesto, en la Resolución 1681-2010/SC1-INDECOPI citada por Bitel se señala que el término “hasta” se refiere a la existencia de un límite en la cantidad ofrecida y no de una condición.
- (v) Solicitó la programación de una audiencia de informe oral para exponer sus argumentos ante la Sala.
10. El 21 de octubre de 2019, Bitel solicitó la programación de una audiencia de informe oral.
 11. El 18 de febrero de 2020 tuvo lugar la audiencia de informa oral solicitada por Entel y Bitel, con la participación de los representantes de ambas empresas operadoras⁸.
 12. El 24 de febrero de 2020 Bitel presentó su escrito de alegatos finales, en el que reiteró los argumentos de defensa esgrimidos durante el trámite del procedimiento.

⁸ Los representantes de ambas partes se refirieron a los argumentos expuestos durante el trámite del presente procedimiento en sus respectivas presentaciones.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

13. Finalmente, el 25 de febrero de 2020 Entel presentó su escrito de alegatos finales, en el que recalcó sus argumentos y, adicionalmente, indicó que no sería cierto que Bitel habría incluido el término “hasta” en la totalidad de las piezas publicitarias que formaron parte de la campaña en cuestión, puesto que dicho término habría sido omitido en un uno de los spots de radio que fueron difundidos por la denunciada a nivel nacional⁹.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

14. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde que esta Sala evalúe:
- (i) Si la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019 se encuentra debidamente motivada.
 - (ii) De ser el caso, si corresponde confirmar la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, en el extremo que declaró fundada la denuncia contra Bitel por la comisión de actos de engaño, así como la multa y la medida correctiva impuestas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. La supuesta falta de motivación de la resolución apelada

A) Marco teórico aplicable

15. El artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante TUO de la Ley 27444), contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez¹⁰. Al respecto, el artículo 3.4 de la citada norma establece como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos, que estos se encuentren

⁹ A su criterio, lo anterior demostraría que el mensaje trasladado a los consumidores consistía en que, solo por migrar a Bitel, obtendrían el beneficio ofrecido.

¹⁰ **DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 10.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
(...)
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
(...).

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

10/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOP

debidamente motivados en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico¹¹.

16. A nivel jurisprudencial, se ha considerado que entre las garantías procesales que conforman el contenido esencial del debido procedimiento se encuentra el derecho a obtener una decisión motivada, el cual se ve vulnerado cuando una resolución se encuentra sustentada en una motivación inexistente o aparente. En esa línea, en la Sentencia emitida en el Expediente 00728-2008-PHC/TC el Tribunal Constitucional ha manifestado lo siguiente:

“Inexistencia de motivación o motivación aparente. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico”.

17. Adicionalmente, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 1230-2002-HC/TC, el contenido esencial de la motivación no se ve infringido cuando: (i) Exista fundamentación jurídica, (ii) se constate la congruencia entre lo pedido y lo resuelto, y (iii) se exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si esta resulte breve o concisa¹².

B) Análisis del caso concreto

¹¹ DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA 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.

(...).

¹² 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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

18. En su apelación, Bitel ha señalado que la resolución final de la primera instancia sería arbitraria e ilegal, por no estar debidamente motivada, en la medida en que la Comisión:
- (i) No explica cómo y por qué entiende que el beneficio de 52 GB sería “inmediato” -entendido como automático y/o gratuito-, únicamente a cambio de migrar a Entel, y, por tanto, contradictorio con la información complementaria en la que se hace referencia a un pago semanal¹³;
 - (ii) no motiva por qué habría engaño o inducción a error a los consumidores por parte de Bitel; y,
 - (iii) tampoco se pronuncia respecto del significado del vocablo “hasta”, a pesar de que no solo es un aspecto central de la publicidad denunciada, sino también su principal argumento de defensa.
19. Contrariamente a lo alegado por la denunciada, de la revisión del referido pronunciamiento este colegiado aprecia que la Comisión:
- (i) Se refirió expresamente a las frases incluidas en la parte captatoria de los anuncios cuestionados¹⁴ y concluyó que, al haberse consignado dichas frases, el mensaje principal transmitido por Bitel a través de la campaña en cuestión era que los usuarios que migrasen a uno de sus planes prepago podrían acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52 GB en un año, es decir, de un GB por semana¹⁵;
 - (ii) luego de delimitar el mensaje publicitario principal que se desprendería de la parte captatoria de los anuncios que conforman la campaña denunciada, la Comisión lo comparó con las condiciones establecidas por Bitel en la fuente de información alterna para acceder al beneficio ofrecido y precisó que, a su criterio, habría contradicción entre el referido mensaje principal -según se ha indicado, que el usuario que migrara a un plan prepago de Bitel accedería inmediatamente al beneficio anunciado- y las

¹³ Al respecto, Bitel alegó que la Comisión se limitó a señalar que la información complementaria no desvirtúa en los consumidores el mensaje que estos pudieron percibir, esto es, que quienes migren a un plan prepago de Bitel podrían acceder inmediatamente al beneficio de 52 GB por un año, es decir, de un GB por semana. Sin embargo, sostiene que la Comisión no explicó por qué ese sería el mensaje percibido por los consumidores.

Asimismo, a criterio de la denunciada, la única explicación que la primera instancia desarrolló respecto de lo anterior sería que los consumidores prestan mayor atención a la información contenida en la parte captatoria de los anuncios. Sin embargo, ello no explica por qué la Comisión concluye que la parte captatoria de la publicidad objeto de análisis informa algo que no estaría indicado expresamente en esta -que el beneficio sería inmediato, gratuito y automático-, ni explica cuál sería la supuesta contradicción alegada.

¹⁴ “Como cuando te pasas a prepago Bitel y te dan hasta 52 GB x 1 año” y “cámbiate gratis a Bitel y llévate hasta 52 GB en un año, 1 GB por semana”.

¹⁵ Al respecto, ver la página 10 de la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

12/22



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

000360

condiciones impuestas por Bitel para acceder a la promoción -consistentes en la realización de una recarga semanal de S/ 5.00⁻¹⁶; y,

- (iii) señaló que el argumento de la denunciada referido a que la indicación "*hasta 52 GB*" llevaría a los consumidores a interpretar que existe una condición adicional a la migración -es decir, el pago de S/ 5.00 semanales- no corresponde a la interpretación de la Comisión del que sería el mensaje principal derivado de la campaña publicitaria en cuestión. Más aún, precisó que quien atribuye el mensaje a la publicidad es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de Bitel al incluir el término "*hasta*" sería irrelevante a efectos de su delimitación¹⁷.

- 20. Como se puede observar, la Comisión sí motivó los diferentes extremos de su pronunciamiento final que han sido cuestionados por Bitel, por lo que se debe descartar lo alegado por dicha empresa respecto de este punto, en el sentido de que dicho pronunciamiento sería nulo por no estar debidamente motivado.

III.2 Sobre la presunta comisión de actos de engaño

A) Marco normativo aplicable

- 21. El artículo 8.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹⁸ establece que los actos de engaño son aquellos a través de los cuales los agentes económicos inducen a error a otros participantes del mercado y, en particular, a los consumidores, sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, los atributos o beneficios que presentan sus bienes o servicios.
- 22. Conforme lo ha señalado esta Sala¹⁹, la metodología para evaluar si determinada información transmitida a través de la publicidad, infringe o no el

¹⁶ Sobre el particular, ver la página 10 de la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI.

¹⁷ Al respecto, ver las páginas 10 y 11 de la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI.

¹⁸ **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.
(...).

¹⁹ Esta metodología fue establecida en el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI del 3 de septiembre de 2007. Cabe indicar que, luego de la entrada en vigor de la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada el 25 de junio de 2008 a través del Decreto Legislativo 1044, la referida metodología ha continuado siendo aplicada por la Sala para la evaluación de presuntos actos de infracción al principio de veracidad. Por ejemplo, ver las Resoluciones 0189-2013/SDC-INDECOPI del 29 de enero de 2013, 0097-2016/SDC-INDECOPI del 19 de febrero de 2016 y 0144-2019/SDC-INDECOPI del 7 de agosto de 2019.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

13/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

principio de veracidad, consta de los siguientes pasos: (i) Se debe establecer, a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, el contenido del mensaje que reciben los consumidores; y, (ii) una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe discordancia, podrá concluirse que lo publicitado es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.

23. Respecto a la delimitación del mensaje, el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal²⁰ 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 el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario, esto es, captando el referido mensaje en su conjunto y sin efectuar una evaluación detenida de la publicidad, sino bajo una lectura sencilla y propia de un entendimiento usual.
24. En el caso particular de las **campañas publicitarias**, el numeral 2 del referido artículo 21 establece que el enjuiciamiento de la publicidad se efectuara considerando las particularidades de los anuncios que, en conjunto, la conforman. Por tanto, ante una campaña publicitaria se requerirá extraer, de una evaluación conjunta de los anuncios, el mensaje principal que trasciende de las piezas publicitarias que la integran.
25. Finalmente, debe recordarse que quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de este último no será relevante para delimitar el mensaje²¹.

B) Aplicación al caso concreto

26. Según se ha indicado, el 18 de octubre de 2018 la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Entel e imputó a Bitel la presunta

²⁰ 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.

²¹ 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.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

14/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a que vendría difundiendo la campaña "52 GB en un año", la cual daría a entender a los consumidores que quienes migraran a un plan prepago de esa operadora, se les otorgaría un beneficio de 52 GB por un año (1 GB por semana); cuando en realidad ello no sería cierto, en la medida que, dentro de las condiciones de acceso a dicha promoción, se establecería que para acceder al referido beneficio no sólo sería necesaria la migración al plan prepago de esa operadora sino que, además, se requeriría recargar S/ 5.00 semanales; lo que induciría a error a los consumidores respecto de las características de la oferta anunciada, debido a que dicha información sería contradictoria y no consistente con el mensaje principal anunciado.

27. Posteriormente, a través de la Resolución 121-2019/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró fundada la denuncia de Entel contra Bitel, debido a que, a su criterio, existiría una contradicción entre el mensaje principal que se deriva de la campaña publicitaria en cuestión y las condiciones de acceso a la promoción anunciada.
28. Al respecto, la primera instancia señaló que, al incluirse las frases "*como cuando te pasas a prepago Bitel y te dan hasta 52 GB x un año*" y "*cámbiate gratis a Bitel y llévate hasta 52 GB en un año, 1 GB x semana*" en la parte captatoria de los anuncios que conforman la campaña objeto de imputación, se trasladaría a los consumidores el mensaje de que, aquellos usuarios que migren a un plan prepago de la operadora Bitel, podrán acceder inmediatamente al beneficio de hasta 52 GB por un año, es decir, de un (1) GB por semana.
29. A criterio de la Comisión, si bien Bitel consignaría en las condiciones de los anuncios cuestionados que se requiere realizar una recarga de S/ 5.00 o más en la semana previa para poder acceder a la promoción anunciada, dicha información no complementaría el mensaje principal percibido por los consumidores de la parte captatoria de los referidos anuncios, sino que lo desnaturalizaría por completo, en tanto que estos habrían entendido que el acceso a dicho beneficio únicamente estaría sujeto a la condición de migrar a un plan prepago de Bitel.
30. En su apelación, Bitel ha alegado que no existe contradicción alguna entre la parte captatoria de la publicidad (que indica que al cambiarse a Bitel uno se puede llevar hasta 52 GB en un año) y la parte complementaria (que, entre otras condiciones, señala que para ello se requiere hacer una recarga semanal de al menos S/. 5.00)²².
31. Por su parte, en su absolución de la apelación de Bitel, Entel ha argumentado que en la parte captatoria de los anuncios cuestionados se indica expresamente

²² Al respecto, ver los puntos (i) y (ii) del numeral 8 del presente pronunciamiento.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

que los usuarios que migren a Bitel obtendrán el beneficio de hasta 52 GB por un año, a razón de 1 GB por semana, por lo que resulta imposible que el consumidor entienda que tendrá que realizar recargas semanales de S/ 5.00 o más para acceder al beneficio ofrecido²³.

32. En el presente caso, a efectos de determinar el mensaje difundido a través de la campaña publicitaria “52 GB en un año”, esta Sala analizará las piezas publicitarias que formaron parte de esta, entre las que se encuentran:

Anuncio en el sitio web de Bitel correspondiente a la campaña “52 GB en un año”²⁴:



Anuncio en las redes sociales Facebook e Instagram correspondiente a la campaña “52 GB en un año”²⁵:



²³ Al respecto, ver el punto (iv) del numeral 9 del presente pronunciamiento.

²⁴ Ver foja 19 del expediente.

²⁵ Ver fojas 17 y 18 del expediente.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOP

000362

**Anuncio en banners de locales comerciales
correspondiente a la campaña "52 GB en un año"²⁶:**



33. De la revisión de las piezas publicitarias que conformaron la campaña publicitaria "52 GB en un año" objeto de imputación, se aprecia que esta traslada a los consumidores el mensaje de que, en caso migren a un plan prepago de Bitel, podrán obtener hasta 52 GB en un periodo de un año, es decir, 1 GB por semana.
34. Con relación a los alcances de dicho mensaje, esta Sala considera que una interpretación superficial, espontánea y natural de la expresión "hasta 52 GB en un año" dentro de un contexto publicitario -en el cual el anunciante busca promover la contratación de los bienes y servicios ofertados-, llevaría a los consumidores a entender que los 52 GB ofrecidos constituyen el máximo de GB que podrán obtener en caso opten por portar su línea prepago a Bitel.
35. La conclusión lógica de lo anterior es que el beneficio ofrecido por Bitel -hasta 52 GB en un año, es decir, un GB por semana- constituye un beneficio determinable y que, como cualquier otra promoción, podrá estar sujeta a condiciones de acceso.

²⁶ Ver foja 20 del expediente.
M-SDC-02/01
Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPÍ

36. Ciertamente, este colegiado no observa elemento alguno que conforme la parte captatoria de las piezas publicitarias objeto de análisis y del cual se desprenda que el único requisito para acceder a la promoción anunciada consistiría en migrar a una línea prepago de Bitel, menos aún que dé a entender que el acceso a dicho beneficio este exento de condiciones o restricciones adicionales.
37. Asimismo, esta Sala aprecia que, a diferencia de lo señalado por la Comisión, de las frases “como cuando te pasas a prepago Bitel y te dan hasta 52 GB x un año” y “cámbiate gratis a Bitel y llévate hasta 52 GB en un año, 1 GB x semana”, incluidas en la parte captatoria de las piezas publicitarias en cuestión, no se desprende que los usuarios que migren a un plan prepago de Bitel podrán acceder inmediatamente al beneficio ofrecido y que, por tanto, dicho beneficio se encuentre condicionado únicamente a la migración de los consumidores a dicha operadora.
38. Cabe resaltar que esta interpretación de la campaña publicitaria materia de análisis no se deriva de una tergiversación del significado del término “hasta”, como sostuvo Entel en su absolución de la apelación, al señalar que dicha palabra no informaría por sí misma la existencia de la condición adicional de la recarga de S/ 5.00 soles o más por semana para obtener el beneficio ofrecido²⁷.
39. En efecto, es justamente en base al significado común que se la da a la palabra “hasta” -que, como señala Entel, se refiere al límite máximo de una cantidad variable- que, al apreciar las piezas publicitarias en cuestión, los consumidores entenderán que los 52 GB anunciados constituyen el máximo de GB que podrán obtener y que, por tanto, se encuentran frente a un beneficio determinable²⁸.
40. De esta manera, las piezas publicitarias en cuestión no contienen elemento alguno que dé a entender a los consumidores que la migración a un plan prepago de Bitel constituye la única condición para obtener los 52 GB ofrecidos o que no existen condiciones adicionales para acceder a dicho beneficio. Más

²⁷ Al respecto, Entel señaló que Bitel indicaría equivocadamente que el término “hasta” apelaría a la existencia de una condición o requisito con relación al beneficio anunciado, puesto que, conforme a la Real Academia Española, dicho término se refiere al límite máximo de una cantidad variable y no a la existencia de una condición.

²⁸ Sin perjuicio de lo expuesto, Entel ha alegado que no sería cierto que Bitel habría incluido el término “hasta” en la totalidad de las piezas publicitarias que formaron parte de la campaña en cuestión, puesto que dicho término habría sido omitido en un uno de los spots de radio que fueron difundidos por la denunciada a nivel nacional. A su criterio, lo anterior demostraría que el mensaje trasladado a los consumidores consistía en que, solo por migrar a Bitel, obtendrían el beneficio ofrecido.

Sobre el particular, corresponde precisar que, conforme al marco normativo desarrollado en el presente pronunciamiento, en el caso de las campañas publicitarias se debe obtener el mensaje principal trasladado a los consumidores a través de un análisis integral y superficial de los anuncios que la conforman valorados en su conjunto.

En ese sentido, debido a que el referido spot radial sería la única pieza publicitaria en la que, a decir de Entel, no se habría consignado el término “hasta”, no resultaría válido interpretar el mensaje que se trasladó a los consumidores a través de la difusión de la campaña en cuestión únicamente en atención a lo señalado en dicha pieza, puesto que ello implicaría ir en contra de los criterios de interpretación dispuestos por el marco legal aplicable.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

18/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

aún, cuando una interpretación en tal sentido resultaría contraria a la naturaleza determinable del beneficio anunciado²⁹.

41. A mayor abundamiento, cabe indicar que, de acuerdo con la regulación prevista en el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, el TUO de las Condiciones de Uso), aprobado a través de la Resolución 138-2012/CD-OSIPTEL, el usuario prepago requiere realizar recargas periódicas para mantener su línea activa, así como para hacer uso de los servicios de telefonía móvil³⁰.
42. En ese sentido, difícilmente podría sostenerse que el usuario de servicios de telefonía móvil prepago podría interpretar de la campaña publicitaria en cuestión que no requerirá, al menos, realizar recargas periódicas para mantener su línea activa y, de esta manera, poder acceder al beneficio ofrecido. Más aún, cuando, de conformidad con lo dispuesto por el referido TUO de las Condiciones de Uso, las empresas operadoras de servicios móviles se encuentran obligadas a informar a los usuarios prepago respecto del plazo de vigencia al cual se encuentra sujeta cada recarga que estos efectúen³¹.
43. Por tanto, a criterio de esta instancia, la condición de acceso al beneficio ofrecido, consistente en realizar una recarga semanal de como mínimo S/ 5.00³²,

²⁹ En la medida en que se entiende que el usuario tendría que cumplir con alguna condición en función de la cual se determine la cantidad de GB que finalmente obtendrá.

³⁰ **RESOLUCIÓN 138-2012/CD-OSIPTEL. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**
Artículo 110.- Modalidad y plazos de vigencia de tarjetas de pago
 Las tarjetas de pago, sean físicas o virtuales, podrán permitir la adquisición de tráfico y/o la habilitación de servicios públicos de telecomunicaciones.
 Las tarjetas de pago que tengan por finalidad:
 (i) La adquisición de tráfico, no podrán tener un plazo de vigencia inferior al establecido en el Anexo 4.
 (ii) La habilitación de un servicio público de telecomunicaciones, no podrán tener un plazo de vigencia inferior a treinta (30) días calendario, contados desde la fecha de su activación.
 (iii) Brindar conjuntamente la habilitación de un servicio público de telecomunicaciones y la adquisición de tráfico, no podrán tener un plazo de vigencia inferior a treinta (30) días calendario, contados desde la fecha de su activación.
 (...)

³¹ **RESOLUCIÓN 138-2012/CD-OSIPTEL. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**
Artículo 109.- Información que deben contener las tarjetas de pago
 (...)
 II. En el caso de tarjetas no físicas o virtuales, la empresa operadora o comercializadora deberá proporcionar al usuario, a través del medio por el cual se adquieran, como mínimo, la siguiente información:
 (...)
 (ii) Plazo de vigencia de la tarjeta de pago;
 (...)

³² Si bien Entel ha alegado que hubo algunas piezas en las que no se habría consignado la referida información -o, en su defecto, la remisión a la fuente alterna correspondiente-, según se ha indicado, en el caso de las campañas publicitarias se debe obtener el mensaje trasladado a los consumidores a través de un análisis integral y superficial de los anuncios que la conforman valorados en su conjunto.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

19/22



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

constituye información complementaria a la presentada en la parte captatoria de la publicidad, y no información que contradiga o desnaturalice el mensaje que a través de esta se transmite a los consumidores.

44. Al respecto, durante el trámite del procedimiento ante esta instancia, Entel alegó lo siguiente:
- (i) El consumidor, luego de cambiarse a Bitel, tendrá que pagar S/ 260.00 anuales para obtener el beneficio ofrecido, lo que implica una tergiversación del mensaje principal transmitido por dicha empresa³³.
 - (ii) Las recargas de S/ 5.00 no son complementarias a la promoción, sino una condición esencial de acceso, que debió ser adecuadamente comunicada al usuario para que tome una decisión de consumo informada³⁴.
 - (iii) El mensaje engañoso se refuerza aún más por el uso de los términos “gratis” y “te regala”, que lleva a los consumidores a entender que el costo es cero y que, por tanto, luego de cumplida la condición anunciada -migrar a Bitel- accederán automáticamente a los GB prometidos.
45. Sobre el particular, según se ha indicado, el mensaje principal que se transmite a los consumidores a través de la campaña publicitaria en cuestión consiste en que, en caso migren a un plan prepago de Bitel, podrán obtener hasta 52 GB en un periodo de un año, es decir, 1 GB por semana -y no, como alega la denunciante, que la única condición para acceder al beneficio ofrecido consiste en migrar a un plan prepago de Bitel-.
46. En atención a lo expuesto, se ha descartado que la condición de acceso al beneficio ofrecido por Bitel -consistente en realizar una recarga de S/ 5.00 o más en la semana previa- resulte contradictoria respecto del mensaje principal transmitido a los consumidores. Por tanto, no es cierto -como alega Entel-, que el hecho de que, luego de migrar a un plan prepago de Bitel, el consumidor tenga que pagar un total de S/ 260.00 para cumplir con dicha condición de

Por tanto, debido a que la condición en cuestión fue consignada como información complementaria en algunas de las piezas publicitarias que formaron parte de la campaña objeto de imputación, mientras que en otras de las piezas se incluyó un enlace -junto a la frase “conoce más aquí”- que remitía al consumidor a una fuente de información alterna en la que se incluía la referida condición, esta Sala considera que, sin perjuicio de que, a decir de Entel, este no fue el caso del íntegro de las piezas publicitarias correspondientes a la campaña “52 GB en un año”, dicha condición sí fue debidamente informada a los consumidores.

³³ Con relación a lo expuesto, Entel señaló que en la Resolución 0028-2018/SDC-INDECOPI la Sala ha establecido que calificará como un acto de engaño aquel supuesto en el que la condición establecida, por sus propios alcances o naturaleza, contradiga, desvirtúe o distorsione el mensaje principal transmitido a los consumidores.

³⁴ Sobre el particular, Entel señaló que en la Resolución 599-2016/SDC-INDECOPI la Sala ha establecido que una condición de acceso constituye aquella circunstancia que sujeta la ejecución del mensaje promocional central al cumplimiento de ciertos requisitos.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

20/22



000364
INDECOPI

acceso y obtener los 52 GB ofrecidos (S/ 5.00 por semana), tergiversar el referido mensaje principal.

47. Al respecto, contrariamente a lo señalado por Entel, sí resulta válido que Bitel haya incluido la referida condición de acceso como parte de los términos y condiciones aplicables a la promoción anunciada -o, en su defecto, en fuentes de información alternas debidamente referenciadas en las piezas publicitarias en cuestión-, y no en su parte captatoria, en la medida en que dicha información, según ha concluido esta Sala, no resulta contradictoria respecto del mensaje principal transmitido a los consumidores³⁵.
48. Por último, Entel ha alegado que el mensaje engañoso se reforzaría aún más por el uso de los términos “gratis” y “te regala”, que llevaría a los consumidores a entender que el costo del beneficio es cero y que, por tanto, luego de cumplida la condición anunciada -migrar a Bitel- accederían automáticamente a los GB prometidos.
49. Con relación a dicho argumento, esta Sala considera que corresponde distinguir entre la “gratuidad” del beneficio ofrecido por Bitel -consistente en que el usuario no asumirá pago alguno a cambio de la obtención de los GB ofrecidos- y las condiciones para poder acceder a dicho beneficio -entre estas, migrar a un plan prepago de dicha operadora y realizar una recarga de S/ 5.00 o más en la semana previa-. En ese sentido, el hecho de que el beneficio ofrecido sea gratuito -es decir, que no se obtenga a cambio de contraprestación monetaria alguna- no implica que no puedan existir condiciones para acceder a este³⁶, por lo que se debe descartar el argumento de Entel sobre este punto.

³⁵ A mayor abundamiento, cabe indicar que a través de la Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI del 3 de setiembre de 2007, se aprobó un Precedente de Observancia Obligatoria, de acuerdo con el cual:

“(…)
 Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como, un centro de atención telefónica. El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Del mismo modo, debe ser oportuno con respecto a las fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio. La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través del servicio de información gratuito a que se refiere el numeral anterior, debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.
 (…)”

(Énfasis añadido)

³⁶ Distinto sería si, por ejemplo, los S/ 5.00 recargados fuesen descontados del saldo del usuario a cambio del GB ofrecido, en cuyo caso ya no nos encontraríamos frente a una condición de acceso al beneficio sino ante un cobro que sí podría desnaturalizar su supuesta gratuidad.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



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

RESOLUCIÓN 0038-2020/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 180-2018/CCD-INDECOPI

50. Por tanto, debido a que no existe contradicción entre el mensaje transmitido a los consumidores a través de la campaña "52 GB en un año" y la condición consistente en realizar una recarga de como mínimo S/ 5.00 durante la semana previa para poder acceder al beneficio ofrecido de 1 GB por semana; corresponde revocar la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI, en el extremo que declaró fundada la denuncia de Entel contra Bitel por la presunta comisión de actos de engaño y, reformándola, declarar infundada la denuncia.
51. Como consecuencia de lo anterior, también corresponde dejar sin efecto dicha resolución en los extremos que: (i) impuso a Bitel una multa ascendente a 10 UIT; (ii) ordenó a dicha empresa, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria infractora, en tanto el mensaje transmitido a los consumidores no sea cierto; y, (iii) condenó a Bitel al pago de las costas y costos incurridos por Entel durante el trámite del presente procedimiento.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

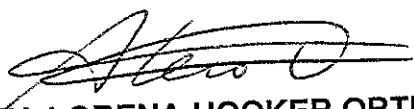
PRIMERO: revocar el extremo de la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, que declaró fundada la denuncia presentada por Entel Perú S.A. contra Viettel Perú S.A.C. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño y, reformándola, declarar infundada la denuncia.

SEGUNDO: dejar sin efecto el extremo de la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, que impuso a Viettel Perú S.A.C. una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: dejar sin efecto el extremo de la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, que ordenó a Viettel Perú S.A.C., en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión de la campaña publicitaria "52 GB en un año", en tanto el mensaje transmitido a los consumidores no sea cierto.

CUARTO: dejar sin efecto el extremo de la Resolución 0121-2019/CCD-INDECOPI del 16 de julio de 2019, que condenó a Viettel Perú S.A.C. al pago de las costas y costos incurridos por Entel Perú S.A. durante el trámite del presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.


SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

22/22