

# REGULACIÓN, LIBRE COMPETENCIA Y LOS DENOMINADOS SERVICIOS ILIMITADOS DE INTERNET O TELEFONÍA MÓVIL

**Raúl Galdo Marín**

*Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Doctorado PUCP (2007), Post-Grado en Comercio Internacional, Instituto de Estudios Europeos, Torino-Italia (1995), Master en Derecho, Southern Methodist University, Dallas-USA (1994), ex-director de Servicios Legales y Regulatorios, Orient-Express Perú, Gerente General Adjunto Viettel Perú-BITEL*

**SUMARIO:** 1.-Regulación, 1.1.-El regulador, 2.-Libre Competencia, 2.1.- Derecho de Libre Competencia, 2.2.- La Competencia y el Monopolio, 3.- Regulación y Competencia, 4.- Osiptel e Indecopi, 5.- Competencia Desleal y Publicidad, 5.1.- La asimetría informativa, 5.2.- El Principio de Veracidad en la Publicidad, 5.3.- El estándar de consumidor en el mercado peruano, 6.- Internet ilimitado y casuística en Indecopi, 7.- Consideraciones finales

## 1.- Regulación

**E**n muchos países, como es el caso del Perú, principalmente en la década de los noventa, se transfirieron empresas de telecomunicaciones que antes pertenecían al Estado y además, posteriormente se concesionó el espectro radioeléctrico que permite la prestación directa de los servicios de telecomunicaciones.

El espectro radioeléctrico es un recurso natural que pertenece al Estado y que ésta constituido por un conjunto de frecuencias que se agrupan en bandas y pueden ser utilizadas para la prestación de comunicaciones inalámbricas, radiodifusión, televisión, telefonía e internet, entre otras.

En este modelo de libre mercado se consideró necesario regular las concesiones de telecomunicaciones por la presencia inicial de un solo proveedor del servicio y ante la perspectiva de servicios con economías de escala, elevado nivel de costos fijos y dominio geográfico en el lugar donde desarrollan sus actividades, características generales de los mercados regulados, y lo que ocurrió inicialmente en el Perú, poco después de las privatizaciones.

“Why is there regulation? In a free market economy like that of the United States, why does the government choose to place restrictions on the decisions of agents? One of the objectives of the theory of regulation is to answer this question. Such a theory should make predictions concerning who benefits from regulation, which industries are

most likely to be regulated, and what form regulation will take. A proper addressing of these issues should allow us better to understand the effects of regulation. For example, if we know what that there is a general tendency for price regulation to benefit producers, it is logical to expect price to be set significantly above cost in regulated industries”.<sup>1</sup>

Por ello los servicios de telecomunicaciones han estado generalmente sometidos a una rígida regulación económica sobre las condiciones de entrada y salida de empresas al mercado, pero también sobre aspectos de calidad y precios. Un mercado con poca o ninguna competencia se regula justamente promoviendo la competencia, eliminando las barreras de acceso al mercado y fomentando la separación vertical u horizontal de las actividades potencialmente competitivas. Si no es posible aplicar uno de los mecanismos anteriores, se puede realizar una intervención selectiva, siempre que ofrezca mayores beneficios que una situación sin intervención. Así, puede regularse a través de la fijación de tarifas, exigencia de estándares mínimos de calidad y condiciones de acceso a la infraestructura, entre otras medidas.

El regulador debe tomar decisiones y aplicarlas de acuerdo con las reglas que se hayan establecido, debe estar preocupado por minimizar los costos para el público, aumentar la eficiencia, promover la competencia, pero al mismo tiempo debe ayudar al inversionista.

La principal tarea de un regulador es controlar los precios y la calidad de los servicios, para garantizar que las empresas que tienen algún poder de monopolio en el sector no cobren precios abusivos u ofrezcan servicios de mala calidad. Incluso cuando hay ausencia de acuerdo entre las partes puede imponer el acceso al concesionario a través de los denominados mandatos de acceso, especialmente en las denominadas facilidades esenciales.

### **1.1.- El regulador**

La principal tarea de un regulador es controlar los precios y la calidad de los servicios, para garantizar que las empresas que tienen algún poder de monopolio en el sector no cobren precios abusivos u ofrezcan servicios de mala calidad.

El regulador debe tomar decisiones y aplicarlas de acuerdo con las reglas que se hayan establecido, debe estar preocupado por minimizar los costos para el público, aumentar la eficiencia, promover la competencia, pero al mismo tiempo debe ayudar al inversionista.

El regulador debe ser como un árbitro que supervise el cumplimiento del Contrato de Concesión, pero sin intervenir a favor de ninguna de las partes, del Concedente (en caso de telecomunicaciones, en el Perú el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) o del administrado o regulado (el privado o Concesionario quien administra la infraestructura), debe cautelar imparcialmente ambos intereses, del Estado y del privado. Como se sabe, el mejor árbitro es aquel que no se ve o que interviene sólo cuando las circunstancias lo ameritan.

“Aunque teóricamente estas tareas no parezcan excesivamente difíciles, el papel del regulador es complejo, especialmente por la multiplicidad de objetivos a los que se enfrentan los gobiernos. Alcanzar eficiencia (promoviendo la minimización de costes) y equidad (fijación de tarifas iguales a costes) son sólo dos de los

<sup>1</sup> VISCUSI, Kip, HARRINGTON, Joseph and VERNON, John. OB. Cit. P. 375

objetivos que buscan los gobiernos que deciden reformar el sector del transporte. Otras preocupaciones son los objetivos fiscales y distributivos que quieran alcanzarse con las reformas. Cuando una de estas últimas metas es la principal preocupación del gobierno, esto afecta los posibles niveles de eficiencia que puedan alcanzarse, lo cual supone una fuerte restricción para la labor de un regulador.

Para entender mejor estos, considérese que opere en situación de monopolio, sin competencia efectiva de otros puertos sobre su área de influencia. La empresa que explota este puerto tiene incentivos a elevar el precio por encima del coste de oportunidad de los recursos con el fin de aumentar sus beneficios. Si el precio es mayor que el coste de atender a nuevos usuarios, existirán pérdidas de eficiencia, que podrían evitarse obligando a la empresa a bajar el precio mediante un sistema de regulación sobre las tarifas.

Si la única preocupación del gobierno fuese la eficiencia económica, no tendría sentido permitir que el empresario privado fijase un precio superior al coste; sin embargo, puede ocurrir que un precio igual al coste marginal no permite cubrir los costes de las instalaciones fijas que todavía se están amortizando. En ese caso, el precio máximo que se autoriza a la empresa debería ser suficientemente conocida por los potenciales operadores en el momento en que se produzca la privatización. Si el gobierno desea obtener un gran volumen de ingresos por la venta, permitirá cierto grado de monopolio a la empresa que gane el concurso, lo cual ayudará a su objetivo de maximizar los ingresos, beneficiará también a la empresa ganadora, pero perjudicará a los usuarios. A posteriori el regulador se va a encontrar con las restricciones de tener que aplicar unas reglas de precio máximos con unos límites muy altos, dado el compromiso realizado por un gobierno preocupado por el objetivo fiscal”.<sup>2</sup>

## 2.- Libre Competencia

La libre competencia es la concurrencia libre en el mercado de ofertantes de bienes o servicios, y a su vez, de consumidores que toman decisiones libres sobre que bienes o servicios adquirir.

La competencia se fundamenta en la capacidad de decisión en la libertad de elección tanto del consumidor como del ofertante o productor.

El término competencia o libre competencia es utilizado por el derecho y la economía, aun cuando los conceptos no son los mismos; tampoco se contraponen.

“En cuanto al concepto económico de la competencia, podemos analizarlo desde el punto de vista del modelo de competencia perfecta o el de la competencia imperfecta. Cuando hablamos de un modelo de competencia perfecta, el mercado se encuentra en plena condición de equilibrio; los precios tienden a reflejar la relación de sustitución existente entre los distintos bienes y servicios, es decir, de cuantas unidades de un determinado bien debe prescindir la sociedad para lograr la producción de una unidad de otro bien. Los consumidores deciden sobre la base de sus gustos y a través de su demanda, qué bienes y servicios serán producidos.

El modelo de la competencia perfecta implica información plena y compartida, así como simetría en los grados de poder de negociación. Por ello es un modelo teórico e ideal pues en la realidad la información es fraccionada, asimétrica e imperfecta. Más aún algunos oferentes dominan ciertos mercados o predominan en otros.

---

<sup>2</sup> IBID. P.7.

Por otro lado el concepto jurídico de la competencia económica estudia los problemas que la competencia genera, como la competencia desleal, el abuso de la posición dominante, las prácticas restrictivas de la competencia, entre otras nociones jurídicas. Así pues, el derecho tratará de normar la estructura de mercado más conveniente a la libre competencia y hecho esto sancionará las conductas de aquellos agentes económicos que actúan en forma anticompetitiva y que enfrentan la normatividad protectora del mercado competitivo que se persigue”..<sup>3</sup>

En ese mismo sentido, se analiza el enfoque jurídico y económico de la libre competencia y el rol del análisis económico del derecho.

“El análisis de conductas pro competitivas o anticompetitivas no puede hacerse desde una perspectiva de la dogmática jurídica. La evaluación y análisis del órgano aplicador del derecho de la competencia debe fincarse en los datos o hechos del mercado y los agentes económicos en cuestión. Con derecho jurisdiccional y/o judicial, las normas de competencia se hacen y aplican in situ y según la coyuntura y los actores en juego. Es el casuismo o precedente de esta disciplina nacida del derecho judicial. Es un estudio de conductas y por tanto reconstructora de un sistema jurídico poco formalista. Así podemos afirmar que este método o enfoque privilegia más la función de la norma que la estructura formal de la misma. Recordemos que no es un método de tipo normativo, sino un método para analizar aquellas conductas empresariales que, actuando en un mercado específico, se encuentran relacionadas con el derecho, en este caso, derecho de la competencia. Pero la complejidad avanza en nuestro argumento las premisas filosóficas que articulan el análisis económico del derecho. Como se ha sostenido, las conductas económicas son la base del sujeto a regular por las normas jurídicas. Ahora bien, esta conducta económica actúa como si pretendiera maximizar su utilidad. Se trata, entonces de un empresario maximizador de utilidades. La economía de mercado postula, por su parte, que la libre competencia y competencia son escenarios eficientes y adecuados para que empresas, consumidores y sociedad compartan beneficios y satisfactores (...). Por ello que el derecho de la competencia lo concebimos como un derecho de síntesis en que el derecho económico aporta normas de orden público económico válidas y que debe aplicarse territorial o extraterritorialmente, mientras el análisis económico del derecho aporta parámetros de medición de eficiencia de las normas que regulan conductas empresariales específicas (competitivas o anticompetitivas) en función de objetivos de beneficio empresarial, de consumidores e interés público general. La estructura del derecho económico se une en función al análisis económico del derecho para sentar las bases epistemológicas y profesionales (positivas) de un derecho de competencia o de defensa de la competencia”..<sup>4</sup>

## 2.1.- Derecho de Libre Competencia

El derecho de la libre competencia tiene como objetivo el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica, para lo cual el Estado debe asumir la defensa de la competencia, por carecer el mercado de los mecanismos de autorregulación que impidan conductas anticompetitivas.

El derecho de la libre competencia tiene como premisa el desarrollo de una economía de mercado, en donde el rol del Estado es regular y sancionar conductas que atentan contra el libre mercado.

<sup>3</sup> FLINT, Pinkas. Tratado de Defensa de la libre competencia, estudio exegético del DL 701, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 2002. P. 23-24

<sup>4</sup> WITKER, Jorge. Derecho de la Competencia en América (Canadá, Chile, Estados Unidos y México), Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2000. P.45-47.

El Estado sólo debe intervenir para corregir distorsiones del mercado originadas por los altos costos de transacción, abuso de posiciones monopólicas o prácticas restrictivas de la libre competencia.

## 2.2.- La Competencia y el Monopolio

El régimen de competencia perfecta es aquel en el que se mantiene un punto de equilibrio entre la oferta y la demanda.

“En el extremo opuesto de la competencia perfecta encontramos al monopolio, que afecta el derecho a la competencia porque implica su eliminación: el requisito esencial de la competencia está constituido por la pluralidad de oferentes para un mismo bien, mientras que en el monopolio hay uno solo. Los adquirentes del bien que el monopolista presenta al mercado se verán obligados a pagar el precio que éste les imponga. Hay una situación de dominio por parte del vendedor monopolista, ya que los adquirentes solo pueden comprarle a él. Considerando lo expuesto, vemos que el monopolio es la consecuencia de una situación en la cual se produce la determinación unilateral del precio, la supresión de la libertad de los consumidores y la adopción de una política empresarial independiente de las condiciones de mercado y de la conducta de los demás competidores”.<sup>5</sup>

Este tipo de interpretaciones parte de la premisa que el monopolio siempre es negativo para el mercado y debe combatirse *per se*, lo que no consideramos adecuado, porque las normas de libre competencia deben combatir no a los monopolios en sí mismos sino a las prácticas monopólicas, porque además es irreal pretender que porque las normas de libre competencia lo prohíban se van a extinguir los monopolios, ello no va a suceder no sólo porque en algunas actividades y como consecuencia de la eficiencia empresarial no haya otros oferentes que ofrezcan bienes o servicios de un determinado producto, sino también por la presencia de monopolios naturales.

“El monopolio, o más genéricamente, la concentración de poder de mercado es como la concentración de tráfico: más que una conducta, es una situación un estado de cosas. Se puede prohibir que alguien haga algo, pero no se puede prohibir que una situación se presente como consecuencia de la interacción de numerosas personas (en este caso, proveedores y consumidores). Es tan iluso prohibir el monopolio, como lo es establecer un número determinado de competidores (...). Pero adicionalmente, ello se conjuga con que no necesariamente el monopolio es económica ni socialmente malo, pues, en muchas ocasiones es la mejor forma de producir. Así, prohibir el monopolio muchas veces es perjudicar a los consumidores a quienes precisamente las normas que promueven la competencia deben buscar favorecer. Es perjudicar la competitividad misma al reducirse precisamente los incentivos para competir”.<sup>6</sup>

En ese sentido nuestra Constitución Política, a diferencia del texto del año 1979 no prohíbe el monopolio sino sanciona a las prácticas monopólicas y de abuso de posiciones de dominio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 61º: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

---

<sup>5</sup> NAZAR, Félix. Defensa de la Competencia, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 2001. P.20

<sup>6</sup> BULLARD, Alfredo. OB. Cit. P. 670

### 3.- Regulación y Competencia

Se dice en general que el accionar del regulador debe ser ex ante, mientras que el de la agencia de la competencia debe ser ex post. El primero regula las condiciones de entrada al mercado y la conducta de los agentes, mientras que el segundo no regula pero sí sanciona prácticas y conductas para tratar de corregirlas, ello sin embargo, no se siempre se cumple.

En esa línea Alfredo Bullard, al referirse a las diferentes competencias y sentido de la agencia de la competencia y el regulador, concluye que el accionar del regulador debe ser ex ante, mientras que el de la agencia de la competencia debe ser ex post. El primero regula las condiciones de entrada al mercado y la conducta de los agentes, mientras que el segundo no regula pero sí sanciona prácticas y conductas para tratar de corregirlas. Para explicar mejor el concepto, utiliza el ejemplo de una pareja que va a contraer matrimonio para señalar las diferencias entre ambos organismos:

“Normalmente el organismo regulador actúa ex ante, es decir antes que el bien se venda o el servicio se preste. Establece previamente los precios, condiciones y características que se deben reunir, y la empresa o proveedor en cuestión tendrá que acatarlos. Las empresas negociarán o tratarán de influir en el regulador respecto al sentido de las condiciones, pero una vez adoptadas resultan obligatorias para el regulado. Esto deriva de que, normalmente la regulación se concentre mucho en el resultado antes que el proceso. Así, las regulaciones arrojan lo que se considera ocurriría si hubiera competencia. Fijan el precio, establecen la calidad, determinan las condiciones de contratación. Con la regulación, cuando los novios llegan a la parroquia, ya está todo decidido.

¿Cómo funcionaría todo si se aplicaran políticas de competencia en lugar de regulación de los mercados? El tema estaría a cargo de INDECOPI. Nada estaría predispuesto. Las parroquias estarían en principio en libertad de fijar precios, términos y condiciones. Nada estaría ya decidido. Pero si los novios consideran que se han roto algunos principios establecidos en la ley, denunciarían el caso ante INDECOPI y éste determinaría si la ley fue o no incumplida. De haber una infracción, sancionará a la parroquia. La acción de INDECOPI sería ex post. No fijaría precios, pero velaría que los mismos no sean distorsionados, por ejemplo, por un acuerdo entre competidores. No fijaría calidad, pero evaluaría si el producto resultó o no idóneo para los fines para los que fue adquirido. No establecería estándares de información, pero analizaría luego de producido el problema si la información fue adecuada para tomar una decisión informada. No empaquetaría productos, pero vería que no se pacten cláusulas de atadura irracionalmente. No obligaría a “interconectarse”, pero podría considerar un caso como negativa injustificada de contratar. En estos casos, no regula la conducta, la trataría de corregir con sanciones. El resultado natural de esta forma de acción se dirige más a velar por el buen funcionamiento de procesos, antes que por resultados.”<sup>7</sup>

La competencia y la regulación no son contrarias. La competencia es el objetivo prioritario y la regulación es un instrumento necesario para defender, promover la competencia, crearla o sustituirla, cuando sea imposible su existencia por tratarse de mercados con un monopolio natural.

<sup>7</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía p. 631. Palestra Editores, Lima 2003.

Hay consenso en que la competencia es el método más efectivo para combatir el monopolio, considerando que las empresas tienen mayores incentivos para dar a los clientes mejores condiciones en servicios y precios cuando están en competencia. En tales circunstancias, las empresas tienen un fuerte incentivo para ganar ventajas sobre sus rivales a través de la innovación y el desarrollo de nuevos servicios. Comparado con este escenario, la regulación de un monopolio que no enfrenta ninguna competencia tiene muchas desventajas. Si el regulador controla el precio del servicio, la empresa productora puede tomar represalias reduciendo la calidad, se frena también la innovación con la regulación de las tarifas. Adicionalmente, se señala que la competencia estimula a fijar precios eficientes.

Incluso se señala que se puede llegar a una situación en el que se elimine la regulación de los servicios públicos y se utilice únicamente normas de libre competencia, en el caso del Reino Unido Michael Grenfell señala lo siguiente:

“Hay dos acontecimientos actuales que están eliminando las razones para la existencia del régimen de la regulación de los servicios públicos establecido en el Reino Unido en los últimos 15 años. Estos son, primero, la ampliación de la competencia en los mercados regulados y, segundo, la llegada de la próxima legislación de la competencia en el Reino Unido que va a actuar como un disuasivo efectivo frente a los abusos de poder de mercado y a los arreglos anticompetitivos. Estos acontecimientos van a convertir en menos necesario el mantenimiento de los controles reguladores para impedir los abusos de poder de mercado en el sector de los servicios públicos que ni la competencia de mercado ni las leyes de la competencia pueden reproducir –en particular, funciones “sociales” tales como asegurar que los servicios públicos abastezcan a las comunidades rurales a las que es poco rentable aprovisionar, y que se protejan aquellos sectores de la sociedad que se encuentran en desventaja. Por consiguiente, aún va a haber necesidad de alguna forma de regulación de los servicios públicos. No obstante, va a presentarse la oportunidad para el cambio estructural del régimen regulador, de modo que refleje los nuevos acontecimientos (...) ¿Cuáles deberían ser las funciones de los reguladores de cada sector? Se puede pensar, a partir de lo presentado anteriormente que las funciones de los reguladores de cada sector deberían ser confinadas al papel residual de la regulación –es decir, a las “funciones sociales” descritas en la sección anterior. Sin embargo, me parece que esto sería un error, ya que nos arriesgaríamos a crear un conflicto entre, de un lado, las autoridades de la competencia (la Oficina de Comercio Leal y la Nueva Comisión de la Competencia), las cuales estarían interesadas en la promoción de la competencia, y, de otro lado, los reguladores de cada sector que desearían promover fines “sociales”. Tal conflicto, potencialmente, podría llevar a una situación infeliz en la que las industrias de servicios públicos no tendrían un claro marco operativo, y el futuro de los servicios públicos en el Reino Unido sería sumamente dependiente del resultado de la lucha en el Whitehall entre las autoridades con “mentalidad de competencia” y las autoridades con “mentalidad social”, y de ese modo se perderían los méritos de cada caso en particular en el proceso (un tipo de advertencia para el futuro es dada por las aparentes tensiones entre Ofwat, que está buscando promover la eficiencia y la reducción de precios en la industria del agua, y la agencia ambiental, que está intentando promover el gasto en mayores estándares de calidad). Me parece que la mejor forma de evitar tal conflicto institucional dañino sería que se les conceda a los reguladores de los servicios la responsabilidad de la administración de la ley de la competencia en relación a los servicios públicos regulados, en donde alguna vez ellos administraron el control de precio y los estándares mínimos de servicio. Por supuesto que esto está previsto en la versión actual del Proyecto de Ley de la Competencia. Entonces, los reguladores podrían combinar sus nuevas funciones de la competencia con sus funciones “sociales” existentes, de modo que las tensiones entre los dos objetivos serían resueltas por el equilibrio alcanzado de acuerdo con los méritos de los

objetivos al interior de una institución, en vez que sean resueltas dentro del juego de poder del Whitehall. Tal papel modificado de los reguladores representaría un reconocimiento de que, ciertamente, la naturaleza de la regulación de los servicios públicos ha cambiado, pero que de ninguna manera ha desaparecido la necesidad de la existencia de tal regulación”.

El hecho de que dos instituciones diferentes controlen o supervisen, según su competencia, a un mismo sujeto, aquel que goza de un monopolio, trae consigo áreas grises donde se confunde la competencia de cada cual, lo que será más ilustrativo con el análisis de caso que en este mismo capítulo más adelante se realizará.

Gaspar Ariño incluso se refiere a una inadecuación de los criterios tradicionales de defensa de la competencia en los sectores regulados<sup>8</sup>:

“En los sectores liberalizados y neo regulados y en los nuevos mercados tecnológicos se acentúan las críticas que exigen una revisión de los criterios tradicionales de defensa de la competencia. Son mercados regulados, en transición, en algunos de ellos tiene gran importancia la innovación... y todo ello hace que no sirvan los conceptos tradicionales de la defensa de la competencia. Veamos algunos de ellos.

- El concepto tradicional de “posición dominante” se basa en “mercados relevantes” estrictamente definidos e identifica el “poder de mercado” según principalmente la estructura de mercado (número de agentes, reparto de cuotas, índices de concentración...). En un contexto económico de globalización y de gran importancia en la innovación como motor de crecimiento, en muchos casos no tiene sentido la definición de mercados relevantes, de producto y geográficos, de forma restrictiva y cortoplacista. En el caso de los nuevos mercados tecnológicos la inadecuación del enfoque reviste especial gravedad: la actual posición de la Comisión Europea que se centra en el criterio de sustituibilidad de la demanda a corto plazo desconoce que en estos mercados la clave es la innovación y la competencia potencial. Por otra parte, frente al criterio tradicional de “poder de mercado” una cuota de mercado elevada puede reflejar simplemente una situación de transición, en un mercado recientemente liberalizado y neo regulado; o por otra parte, puede reflejar el éxito del innovador en un mercado de alta tecnología.

- El “abuso” de dicha posición dominante es una práctica prohibida pero no definida en la ley (concepto jurídico indeterminado). Además de las figuras de “abuso” enumeradas en las normas de competencia, se considera abuso toda práctica susceptible de causar un perjuicio directo a los consumidores, o perjuicio indirecto al afectar la estructura de la competencia efectiva (no es necesario el “cierre” absoluto del mercado, sino que basta un “obstáculo” a otro competidor).

- Abuso suele centrarse en la política de precios que puede sancionarse por considerarse un nivel excesivamente alto (“precios excesivos”), o por un nivel excesivamente bajo, que expulse a los competidores (“precios predatorios”), o por una estructura que se considere “precios discriminatorios”. Siempre hay alguien (competidor o consumidor) que se quejará del nivel de precios. En todo caso, es

---

<sup>8</sup> ARIÑO, Gaspar. Ob. Cit. p. 991 – 992.



difícil determinar cuál es el nivel ideal de los precios “competitivos” y saber que ofertas comerciales son admisibles en una sana competencia. Frente a estas múltiples interpretaciones del nivel de precios, a veces parece olvidarse que los precios son un mecanismo básico de un mercado competitivo: que puede bajar y subir, y que ello no significa que la liberalización haya fracasado o que exista poder de mercado.

- Por último, cabe señalar que se está realizando una definición extensiva del concepto de “essential facilities”. Ello puede facilitar el acceso a infraestructuras a corto plazo, pero presenta un peligro importante: desincentivar la inversión –y la eficiencia- a largo plazo.

Estos son algunos de los criterios tradicionales de la defensa de la competencia que resulta patente su inadecuación en su aplicación a los sectores regulados”.<sup>9</sup>

La idea de generar competencia por el mercado en las actividades que tienen características de monopolio natural, es una mejora sobre las políticas que se aplicaban en el pasado, pero es una actividad compleja. El principal reto está en asegurar que las ganancias obtenidas *ex ante* a través del proceso de concesión se mantengan *ex post* por el plazo de la concesión.

“Si el contrato de concesión es excesivamente generoso para el concesionario, esto puede significar que el regulador va a tener muy poco margen de maniobra para asegurar que las ganancias iniciales de la competencia por el mercado van a ser sostenibles a largo plazo. De algún modo el regulador y el gobierno están cautivos del concesionario una vez que el concurso por la concesión se cierra. Una vez otorgada la concesión, el concesionario ya es un agente único frente al regulador, y tiene incentivos para negociar cualquier aspecto que limite sus beneficios. Por ello es extremadamente importante para el regulador asegurarse desde el principio de que los contratos de concesión incluyan reglas explícitas para la renegociación de los términos acordados con el concesionario al otorgar el contrato. También es la razón principal por la cual es importante asegurarse de que el gobierno tiene razones realmente válidas para otorgar exclusividad a una empresa, y evitarlo si no es completamente necesario.

Existen tres razones por las cuales puede tener sentido otorgar exclusividad, desde el punto de vista del gobierno: i) Cuando se autorizan subsidios cruzados entre usuarios. ii) Cuando los niveles iniciales de riesgo o riesgo – país son altos. iii) Cuando el servicio es un monopolio natural”.<sup>10</sup>

Asimismo, las normas de libre competencia deben adecuarse a los mercados regulados, como sostiene Gaspar Ariño al referirse a los sectores de energía y telecomunicaciones:

“Así pues y en conclusión, está claro que nos encontramos ante sectores con tendencias a la colusión y al ejercicio del poder del mercado. Pero también son sectores en los que la dimensión es una tendencia legítima, como factor esencial de eficiencia. Ante esta realidad no bastan las presunciones de poder de mercado ante cualquier indicio que nos pueda ofrecer la realidad. Hay que ser consciente de que éste será siempre un peligro, por lo que resulta necesario establecer el marco regulatorio adecuado que minimice el margen para el ejercicio

---

<sup>9</sup> ARIÑO, Gaspar. Ob. Cit. P. 991-993

<sup>10</sup> ESTACHE, Antonio y GINES DE RUS Editores. Ob. Cit. P. 12.

de dicho poder y una constante supervisión por el regulador del comportamiento de los agentes. Es ésta una de las facultades que deben ejercerse en la función regulatoria. Pero no puede ni debe actuarse mediante intervenciones constantes sobre las empresas, prohibiendo u obstaculizando cualquier movimiento de éstas.

En definitiva, podemos concluir afirmando que la creación de mercados de energía y telecomunicaciones se caracteriza hoy en todo el mundo por ser mercados regulados, mercados en transición y en los que se muestra una tendencia a la aparición de grandes operadores. El derecho de la competencia no debe ignorar esta realidad, sino ordenarla<sup>11</sup>.

#### 4.- Osiptel e Indecopi

Las actividades del sector de telecomunicaciones en el Perú se encuentran reguladas bajo el ámbito del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, con la particularidad de que a diferencia de los otros organismos reguladores que regulan la infraestructura de transporte público (OSITRAN), el agua (SUNASS) o la energía y/o minería (OSINERMIN), cuenta también con facultades propias de la autoridad a cargo de la agencia de defensa de la competencia y la aplicación de las normas de dicha materia en el sector de telecomunicaciones<sup>12</sup>, a través de dos instancias: los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias.

Pese a las facultades de competencia otorgadas al OSIPTEL, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, tiene como una de sus principales finalidades, la defensa y protección de la competencia, propiedad intelectual y protección de los derechos de los consumidores, encauzando su función fiscalizadora a nivel transversal respecto de los distintos sectores de la actividad económica y estableciendo políticas generales<sup>13</sup>, lo cual también resulta aplicable a las actividades del sector telecomunicaciones.

En ese sentido y en adición a un eventual conflicto de competencia que puede haber entre un regulador y la agencia de competencia, en los otros sectores regulados, en el Perú esos conflictos podrían ser mayores en asuntos de telecomunicaciones y es pertinente intentar trazar una línea divisoria entre las facultades de uno como ente especial y el otro, como entidad transversal a diversos sectores en el mercado; estableciéndose, como resultado, la determinación de campos de la actividad del sector de telecomunicaciones bajo la competencia de cada de ambas entidades mencionadas.

Las facultades reservadas a la competencia exclusiva del OSIPTEL como ente especial, podrían clasificarse en dos grupos, directamente relacionados a la naturaleza de las funciones de dicha institución. OSIPTEL no solo es el órgano relacionado a la supervisión y fiscalización de las actividades y prácticas comerciales de los operadores de telecomunicaciones; sino también un rol promotor de inversión en el sector de telecomunicaciones.

<sup>11</sup> ARIÑO, Gaspar. Ob. Cit. P. 1003

<sup>12</sup> HUMPIU CHANG, Paul y QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. "Control de Conductas Anticompetitivas en Telecomunicaciones: la competencia en disputa" en Foro Empresarial. Lima, Año 1, N° 1 2007. Página 16.

<sup>13</sup> LOPEZ MATZUOKA, Jaime. "La mejor protección al usuario de servicios públicos de telecomunicaciones, a partir de la regulación de OSIPTEL e INDECOPI" en Revista de Derecho Administrativo. Lima, Año 1, N° 1, Marzo 2006. Página 521.

En ese sentido, la actividad del OSIPTEL de cara a los operadores de estos servicios, no se restringen a una fiscalización posterior; sino que también incluyen acciones de coordinación y revisión ex ante que permite a las empresa operadoras alinear y ajustar sus procedimientos a la regulación emitida por el ente a través de la Resoluciones suscritas por el Consejo Directivo del OSIPTEL.

Como ejemplo de lo mencionado, podemos traer a colación los procesos de revisión y aprobación de procedimientos de contratación (entre otros de corte comercial de cara a los usuarios del servicio) y formatos de contratación. Considerando que los contratos para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones suelen ser de adhesión, y por tanto los usuarios cuentan con una capacidad de negociación limitada, el OSIPTEL realiza una revisión de las cláusulas que el contrato contiene a fin de asegurarse que las mismas contengan los derechos mínimos y garantizados por las disposiciones de la regulación que este ente emite.

Dentro de sus funciones de fomento a la inversión, el OSIPTEL realiza el seguimiento del desarrollo de la actividad comercial de las telecomunicaciones en el país; para lo cual solicita a las empresas operadoras información mediante reportes periódicos en los que se refleje la dinámica de la contratación de los servicios correspondientes, tales como llamadas, mensajes de texto, internet móvil, entre otros.

Del mismo modo, en atención a la especialidad de los servicios de telecomunicaciones y en atención a la necesidad de conocimiento y manejo de dichas características especiales (en su mayor parte vinculadas a aspectos tecnológicos), es que el OSIPTEL cuenta con órganos resolutivos de controversias: (i) el Tribunal de Solución de Reclamos de Usuarios – TRASU, y; (ii) Tribunal de Solución de Controversias entre operadoras; los mismos que han recibido el encargo de atender y resolver los conflictos que pudieran generarse en este sector.

Cabe señalar que las controversias generadas entre operadoras refieren a materias del ámbito de la competencia, las cuales, en otros sectores del mercado serían evaluadas y resueltas exclusivamente por los órganos resolutivos del INDECOPI. No obstante, si bien la competencia del INDECOPI es excluida en el sector de las telecomunicaciones, existen ámbitos en los cuales el OSIPTEL encontrará limitadas sus facultades para conocer y resolver controversias. En particular, para efectos del presente artículo, debe quedar claro que uno de los aspectos excluidos de la competencia del OSIPTEL y encargados a la competencia exclusiva de los órganos del INDECOPI, es el correspondiente a la Fiscalización de la Competencia Desleal mediante la utilización de material publicitario; encontrándose estas controversias bajo la competencia exclusiva de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI y sujetas a la aplicación de la normativa de la materia, principalmente, bajo las disposiciones establecidas en el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, “la LRCD”).

La publicidad es parte esencial de la estrategia de las empresas y el análisis y evaluación de que si en determinados casos se trata de publicidad engañosa se encuentra dentro del campo de represión a la Competencia Desleal para lo que es pertinente en primer término, determinar una presunta vulneración al Principio de Veracidad de la información transmitida mediante la misma, resulta de gran interés analizar los alcances del referido principio y su aplicación a la información y mensajes transmitidos mediante la publicidad de los servicios de dicho sector.

## 5.- Competencia Desleal y Publicidad

### 5.1.- La asimetría informativa

Resulta pertinente tener en cuenta que la aplicación de normas y estándares al modo en el que la información se presenta en materiales publicitarios, responde a la necesidad de asegurar que los consumidores accedan a la información relevante sobre el producto o servicio a adquirir, de una manera clara en relación a las características del mismo; lo cual le permitirá discernir entre los distintos proveedores del mismo bien y, finalmente, tomar una decisión de consumo acertada y basada en una valoración real de las condiciones y características del producto o servicio.

No obstante, coincidimos con Pierino Stucchi al mencionar que la información sobre los bienes y servicios ofertados no son de dominio de los consumidores, en tanto que esta proviene de los proveedores mismos<sup>14</sup>. Es entonces cuando se refleja la Asimetría Informativa, la cual es definida por Alfredo Bullard como la *“situación en la que una de las partes en el negocio jurídico conocía información que era ignorada por la otra y que hubiera tenido efectos en los términos del contrato celebrado. Así, la contraparte hubiera, probablemente, pactado en condiciones diferentes de haber tenido conocimiento de la información omitida.”*<sup>15</sup> Por tal motivo, la importancia de la información que el proveedor desglosa, no sólo en documentos contractuales sino también en material publicitario, implica el deber de los proveedores de disponer un lenguaje claro y acorde con el entendimiento de los consumidores sobre el servicio o producto ofertado.

### 5.2.- El Principio de Veracidad en la Publicidad

El artículo 8 de la LRCD define como actos de engaño<sup>16</sup> a todos 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, 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. Asimismo, los actos que puedan inducir a error respecto de los atributos que posee dicho agente en el mercado.

El deber de no engañar en nuestra legislación, no se circunscribe al deber de “no mentir” sino también al de “no inducir” a error; el cual podría presentarse mediante contenidos contradictorios o ambiguos en el mensaje publicitario.

<sup>14</sup> STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. “El Principio de Veracidad Publicitaria y la prohibición de inducir a error al consumidor”. Lima, 2006. Página 3.

<sup>15</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra Editores. 2003. p 300.

<sup>16</sup> **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.

(...)

Visto de esta manera, el Principio de Veracidad en la publicidad tiene por finalidad primordial “proteger a la gran masa de consumidores (...) al sujetar la actividad publicitaria al principio de veracidad, se quiere evitar que a través del anuncio de una oferta sólo en apariencia ventajosa una empresa induzca a los consumidores a adquirir sus mercancías o servicios. El principio de veracidad quiere reprimir las expresiones publicitarias que encierran alegaciones contrarias a la verdad (...)”<sup>17</sup>.

### 5.3.- El estándar de consumidor en el mercado peruano

Entonces la información proporcionada por los proveedores deberá ser clara y evitar inducir a error a los consumidores. No obstante, ¿cuál es la actitud y acciones que corresponde al consumidor tomar frente a la información publicitaria? Para ello corresponderá determinar las características del consumidor destinatario de este material publicitario.

Una de las posiciones sostenidas por la jurisprudencia emitida por el INDECOPI en relación a la conducta y características de un consumidor estándar sostienen que el consumidor debería contar con *diligencia ordinaria*<sup>18</sup> al momento previo de la realización del acto de consumo; diligencia que se reflejaría, entre otras cosas, en acceder a las fuentes informativas que el proveedor ponga a su disposición para recabar la mayor información posible sobre el producto o servicio que se dispone a consumir. Este es al que la doctrina ha llamado, el *consumidor razonable*. Para algunos juristas, este estándar no se encontraría acorde con la realidad comercial en nuestro país, en tanto este no contaría con una cultura de mercado que impida que el consumidor sea desprotegido bajo el referido deber de diligencia<sup>19</sup>.

Del otro lado, encontramos la posición del consumidor medio, cuya característica principal sería la escasa iniciativa para acercarse a fuentes informativas que contengan las condiciones y características propias del producto o servicio de su interés. Siendo así, el consumidor no podría asumir responsabilidad alguna en el proceso de forjar las bases para su decisión de consumo; por la autoridad competente no podría requerirle mayor condición para acceder a su tutela y protección. De la emisión de reciente jurisprudencia del INDECOPI, podemos concluir que este parámetro es el que se encuentra siendo aplicado en la resolución de controversias de esta materia.

#### *La Interpretación de la Información Publicitaria y el Principio de Veracidad*

En materia de análisis de material publicitario, jurisprudencia y doctrina coinciden en sostener que los consumidores no realizan un análisis exhaustivo ni profundo de los anuncios publicitarios, ya que su análisis es únicamente superficial, sin que resulte necesario que el consumidor realice interpretaciones forzosas o artificiosas respecto de aquellos<sup>20</sup>. No obstante, la integridad del material publicitario puesto a disposición de los consumidores no

---

<sup>17</sup> FERNANDEZ NOVOA, Carlos. “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias, en: Estudios de Derecho de la Publicidad, Libro Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela”

<sup>18</sup> SANCHEZ DEL SOLAR QUINONEZ, Miguel Ángel. La Ley de Protección Al Consumidor y la Función del Estándar del Consumidor Razonable en la Solución de los Conflictos de Consumo. Lima, Noviembre 2005.

<sup>19</sup> AND CARRION, Julio. “El Consumidor Razonable o Diligente, el Mito que puede crear un cisma entre los Peruanos” en Derecho y Sociedad. N° 31. Lima 2008.

<sup>20</sup> RODRIGUEZ GARCIA, Gustavo y SOSA HUAPAYA, Alex. “Con Licencia para Anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú”. Lima, 2014. Pág. 36.

debería conformarse por elementos confusos que requieran un grado de atención adicional al que otros materiales publicitarios pudieran requerir; debiendo, por el contrario, ser claros y directos en relación al mensaje que desean transmitir, incluyendo la información sobre los productos y/o servicios ofrecidos.

En esa misma línea, la doctrina y jurisprudencia coinciden en la importancia de distinguir la presencia de una parte *Captatoria*<sup>21</sup> en el anuncio, la cual se entendería como la parte en la que la atención del público se detendría principalmente, debido a la estructura o configuración con la que cuenta.

El aspecto del proceso de consumo que capta nuestra atención como consumidor es el paso previo a la transacción comercial en sí misma, la fase en la que el se aprende la información que la publicidad le expone, se analiza y se utiliza como base de elección en el mercado, prefiriendo a un proveedor ante otro.

La importancia de esta etapa radica en la necesidad de la autoridad de fiscalización de competencia desleal de resolver las controversias por presuntos actos de engaño, a través de la determinación de la responsabilidad por la creación de una expectativa distinta o errada en el imaginario del consumidor sobre los productos o servicios publicitados, dentro de (lo que llamaremos de ahora en adelante) la cadena informativa. En otras palabras, mediante la aplicación de los elementos desarrollados, la autoridad fiscalizadora se ubicará en la posición de público consumidor a fin de simular la experiencia dentro de la cadena informativa; para así juzgar y determinar el momento en el que la infracción se habría cometido y, consecuentemente, la responsabilidad del proveedor denunciado.

## 6.- Internet ilimitado y casuística en Indecopi.

Pareciera que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, no ha concluido en consideraciones tan cercanas a la realidad del consumidor y la percepción que este pueda tener en el ejercicio cotidiano de sus actividades de consumo, como a continuación analizaremos.

El primer caso por analizar lo constituye la denuncia de oficio iniciada contra una operadora telefónica que publicitó la característica de *Ilimitado* como uno de los atributos del servicio de internet móvil que ofertaba en el mercado; hecho que fue considerado como engañoso y pasible de inducir a error a los usuarios de estos servicios en tanto la velocidad de navegación de internet disminuiría después de consumida la data contratada<sup>22</sup>. En otras palabras, al culminarse la data (MBs) del plan o paquete contratado, el usuario podría seguir navegando en internet a una velocidad menor que la contratada, hasta el término de la vigencia del plan o paquete.

Tal condición era indicada en los materiales publicitarios impresos como volantes, paneles publicitarios, donde se incluía el correspondiente texto legal con información complementaria. Así como en las campañas televisivas y radiales, donde la existencia de términos y condiciones era expresamente indicada, invitando al público a acceder a fuentes informativas alternas como la página web o una central telefónica.

<sup>21</sup> FERNANDEZ NOVOA, Carlos. La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias, en Estudios de Derecho de La Publicidad, Libro Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Año 1989. Página 85.

<sup>22</sup> Expediente N° 013-2016/CD1, en el trámite de la denuncia de oficio iniciada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal contra Viettel Perú S.A.C.

No obstante, la Secretaría Técnica del OSIPTEL inició una investigación en la que concluyó que la operadora habría inducido a error a sus usuarios, en tanto el mensaje transmitido mediante la campaña publicitaria resultaría contradictorio a la información complementaria sobre condiciones y restricciones del acceso al servicio de internet móvil que se consignaban en las fuentes informativas alternas, en tanto que la reducción en la velocidad de navegación podría defraudar las expectativas de los usuarios.

En atención a la división de competencias en materia publicitaria, y pese a haberse concluido en la no infracción de normativa regulatoria sobre el deber de información a los usuarios<sup>23</sup>, la Secretaría Técnica del OSIPTEL remitió un Informe a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, “la Secretaría Técnica”) a fin de que inicie una investigación y consecuente procedimiento de denuncia de oficio en contra de las operadoras involucradas en la investigación.

La Resolución Final emitida por la Comisión de Fiscalización de Competencia, incluyó un análisis que pasó por señalar que si bien la operadora indicó la información sobre condiciones y restricciones en las fuentes informativas alternas, señalando la remisión correspondiente en el material publicitario, el término ILIMITADO se constituiría como el elemento captatorio sobre el que la atención del usuario se vería atraída, y respecto del cual la información complementaria resultaría contradictoria.

Ahora, ¿Cómo podría considerarse contradictoria y no complementaria la información consignada en las fuentes alternativas y el mensaje captatorio? Tal como mencionamos previamente, haciendo el ejercicio de subrogarse en la posición del destinatario de dicha publicidad y dándole un carácter objetivo al elemento captatorio detectado, la Comisión consideró que el término Ilimitado sería interpretado por un usuario en los mismos términos en los que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española lo define. En ese orden, interpretó que la percepción del usuario de servicios de telecomunicaciones interpretaría que el servicio de internet ofrecido sería Irrestringido; lo cual implicaría la expectativa del usuario de contar con dicho servicio sin restricción de ningún tipo, incluida alguna variación en la velocidad de navegación.

Aquí encontramos un primer punto controversial o debatible sobre la interpretación realizada por la Comisión: ¿Por qué resultaría aplicable la definición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua para calificar servicios tan especializados como los relativos a las telecomunicaciones? ¿Es esta la acepción que los usuarios de estos servicios relacionarían al escuchar el término *Ilimitado*, después de ya contar con experiencia cotidiana en el uso de los mismos?

---

<sup>23</sup> **Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL, Tuo de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones**

**Artículo 6.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora**

Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

(...)

(xi) La velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps), especificándose para cada caso, la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como las condiciones que influyen en dichas velocidades, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);(énfasis agregado).

La empresa operadora que disponga de una página web de Internet, deberá incluir en la misma la información a que se refiere el presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8.

Desde nuestro punto de vista, y en búsqueda de la interpretación más lógica y razonable posible a la que un usuario de servicios de telecomunicaciones hubiera podido realizar de dicha campaña publicitaria, consideramos de vital importancia incluir en el proceso de análisis la experiencia cotidiana del usuario respecto del preciso servicio que se está publicitando.

Por su parte, la operadora alegó que no se configuraría la contradicción imputada, en tanto el carácter de *Ilimitado* del servicio de internet, radicaría en que el usuario mantendría el acceso a dicho servicio continua e ininterrumpidamente, aun después de haberse consumido el total de la data (MBs) contratados; a diferencia del servicio brindado por otros operadores, en los que culminada la data contratada, el servicio se suspendería. Es decir, la operadora alegó que el atributo de *Ilimitado* no estaría relacionado a la velocidad del servicio de navegación, sino al acceso al mismo, el cual no se limitaría por la culminación de la data contratada.

Sobre el particular, consideramos razonables los argumentos expuestos por la operadora, en el sentido en el que el usuario cotidiano de estos servicios, en atención a la naturaleza de los mismos, otorgaría mayores especificaciones a la construcción conceptual que atribuiría al termino *Ilimitado*, sin limitarse a la definición establecida en el diccionario mencionado.

Dicha consideración no resulta carente de soporte; así, Gustavo Rodríguez, citando a Carlos Lema Devesa, señala que, en determinadas circunstancias, la difusión de información falsa o susceptible de inducir a error, únicamente será desleal si puede alterar el comportamiento económico de sus destinatarios<sup>24</sup>, esto es, si puede influir en la decisión de consumo del usuario; disponiendo un parámetro más subjetivo en relación al servicio o producto, para determinar la vulneración al Principio de Veracidad.

Un ejemplo traído a colación por el referido autor, son los casos en los que se alegaba una conducta ilícita por informar en la publicidad que determinados productos alimenticios tenían atributos de frutas, indicando que un caramelo sería “de fresa” o que un jugo era “de naranja”, a pesar de no contar dicha fruta sino únicamente saborizantes. En tales supuestos, el autor considera (y coincidimos) que la autoridad, erróneamente, dejó de lado la propia experiencia de los destinatarios de dichos mensajes publicitarios y la forma habitual en la que el mercado de dichos productos se desenvuelve.

No obstante pronunciamientos más recientes brindaron protagonismo a la experiencia del usuario en determinados productos o servicios a fin de determinar la real potencialidad de los enunciados publicitarios para influir en sus expectativas de consumo.

En este sentido, tenemos el pronunciamiento emitido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, mediante la cual revocó la resolución emitida en primera instancia, declarando infundada la denuncia interpuesta por una asociación de consumidores contra una empresa fabricante y comercializadora de bebidas no alcohólicas por presuntos actos de engaño debido a que habría difundido publicidad en el envase de las “Bebidas Sporade” incluyendo las palabras “maracuyá”, “uva”, “mandarina” y “lima limón”, lo que daría a entender a los consumidores

<sup>24</sup> RODRIGUEZ GARCIA, Gustavo y SOSA HUAPAYA, Alex. “Con Licencia para Anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú”. Lima, 2014. Pág. 37.



que se encontrarían elaboradas a base de frutas, cuando en realidad estos insumos no estarían incluidos en su lista de ingredientes. A través de los considerandos 14 y 15, la Sala Especializada sustentó su posición de la siguiente manera:

“14. Al respecto, debe recordarse que es el consumidor quien, en su condición de destinatario e intérprete de la publicidad, define bajo sus propios parámetros y experiencia el mensaje publicitario, por lo que resulta importante delimitar el contexto del mercado bajo el cual el consumidor se inserta, a efectos de tener una mejor aproximación a lo que este entiende de manera más natural.

15. 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 este significado, en la generalidad de las veces, se encuentra determinado e influenciado por las prácticas y comportamiento común del mercado de productos o servicios en el cual el consumidor interactúa, ya que en función de su experiencia previa es que el consumidor forma sus expectativas.”<sup>25</sup>

Consideramos acertada la interpretación y argumentación emitida por la Sala, en tanto no se limita a aplicar definiciones o concepciones a enunciados que se refieren a productos o servicios que cuentan con una naturaleza particular y que es percibida naturalmente por el usuario en su ejercicio diario de consumo. Esta posición denota un interés verdadero del fiscalizador en conocer el mercado específico sobre el que va a resolver una controversia, para así, determinar responsabilidades de cara a la realidad del mercado y de la concepción de los usuarios que forman parte de este.

Analizando la contradicción encontrada por la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal en la publicidad de la operadora móvil; consideramos cuestionable y debatible la posición expuesta en la Resolución de primera instancia, por los argumentos expuestos por la misma Sala en el caso analizado en los párrafos precedentes.

Cabe indicar que la operadora alegó que la acepción del término *Ilimitado* otorgada a su servicio de internet móvil, se encuentra sustentada en que el usuario tenía la certeza de que podía contar con el servicio de navegación de internet durante el íntegro del plazo contratado pese a haberse llegado al tope de consumo establecido para cada plan o paquete; por lo que, una vez alcanzado el tope correspondiente, no se operaba el corte del servicio, sino la reducción de la velocidad de navegación, con lo que el usuario podía aún realizar la navegación, pero a una velocidad menor.

Respecto a la opinión de la Comisión de que el usuario únicamente podría esperar que el término *Ilimitado* cree en el consumidor la expectativa de que el servicio de internet no tenga variaciones en la velocidad, desde una posición de usuario cotidiano de dichos servicios, podría considerarse que dicha invariabilidad resulta poco probable. En efecto, desde la perspectiva y experiencia de un usuario cotidiano de estos servicios, puede afirmarse que la variación de la velocidad resulta un aspecto intrínseco del servicio, en tanto esta dependerá de aspectos técnicos como cobertura, tráfico en la red, entre otros, que si bien no son comprensibles a detalle por los usuarios, su existencia si es de su conocimiento.

---

<sup>25</sup> Resolución N° 1617-2013/SDC-INDECOPI, en el trámite de la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Ajeper S.A., seguido bajo Expediente N° 239-2012/CCD.

Al igual que en el caso de las bebidas no alcohólicas, si bien el usuario no tiene conocimiento con exactitud de los insumos y procedimientos seguidos para que una bebida tenga el atributo del sabor de una fruta determinada, este sí cuenta con la certeza de que el producto que consume no cuenta en su proceso de fabricación con la fruta natural; resultando en que ello no forma parte de las expectativas que este crea en su imaginario al apreciar una pieza publicitaria.

En esa línea, en aplicación del criterio expuesto por la Sala, es nuestra opinión que la aplicación de una definición neutra para determinar la posible interpretación de los usuarios de estos servicios, podría resultar en un pronunciamiento alejado a la realidad del rubro del mercado. En efecto, lo alegado por la operadora respecto a que un consumidor cotidiano de estos servicios interpretaría que este es ilimitado en tanto no tiene límite de carga o descarga, nos resulta bastante cercano a la realidad; o, en el peor de los casos, más cercano a lo que podría aportar la sola definición brindada por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Asimismo, es pertinente indicar la existencia de campañas publicitarias en las que se promociona como beneficio en el servicio de internet móvil, el uso de una aplicación de modo ilimitado (Whatsapp ilimitado, Facebook ilimitado, Waze ilimitado), las cuales implican en los hechos que el usuario podrá acceder a dichas aplicaciones si generar un descuento en los datos con los que cuenta; no infiriendo un consumidor de estos servicios y aplicaciones, que la velocidad aplicada deberá contar con determinadas características, como la de ser invariable.

Sobre el particular como parte de la competencia y disputas entre las empresas operadoras en el mercado peruano, una de ellas inició una denuncia contra otra<sup>26</sup>, por la emisión de material publicitario presuntamente engañoso en temporada navideña del año 2015, al incluir como elemento captatorio las frases “Facebook ilimitado”, “Whatsapp ilimitado”, “sin saldo”, “sin recargas”, en tanto que al revisar la información consignada en la página web de la empresa, se apreciaría la existencia de una serie de condiciones y restricciones que resultarían contradictorias al mensaje difundido por la publicidad, al verificarse la necesidad de contar con saldo previo (en caso de usuarios prepago) y restringido solo a algunos planes (en caso de usuarios post pago), entre otras condiciones.

En este caso, la Comisión evaluó la característica de *Ilimitado* en base a dos atributos: el acceso y la vigencia del beneficio en las aplicaciones mencionadas. En relación al acceso a las aplicaciones se entendería ilimitado en tanto se indicaba la no necesidad de realizar recargas de saldos para navegar en las mismas. Por su parte, la vigencia se entendería también ilimitada dentro del periodo navideño (hasta el 31 de diciembre del 2015) en tanto del solo mensaje publicitario, no se percibiría la existencia de límites temporales previos a la finalización de dicha temporada. No obstante, en el proceso de evaluación del expediente se verificó que en los casos de líneas prepago resultaba necesario realizar recargas mínimas para acceder al beneficio; así como que la vigencia del beneficio culminaría en uno (01) o tres (03) días como máximo dependiendo del paquete de datos adquirido para realizar la recarga. Finalmente, en relaciona los planes post pago, se verifico que el beneficio de navegación ilimitada en dichas aplicaciones era aplicable únicamente para planes iguales o mayores a S/. 39.00 Soles, en contradicción con la frase “Whatsapp Ilimitado para todos” utilizada en el material publicitario difundido.

<sup>26</sup> Resolución N° 0220-2016/CD1-INDECOPI, en el trámite de la denuncia interpuesta por America Movil Peru SAC contra Entel Peru S.A., seguido bajo Expediente N° 0161-2015/CD1.

En dicho expediente, la Comisión declaró fundada la denuncia al concluir que la utilización del término *Ilimitado* induciría a error a los usuarios (y potenciales usuarios) de la operadora, en tanto crearía la expectativa de que dichas aplicaciones serían ilimitadas en relación a su acceso y vigencia; siendo ello inexacto en la realidad. A la fecha, el procedimiento se encuentra bajo la evaluación y análisis de Sala de Competencia Desleal producto del recurso de apelación interpuesto por la empresa operadora denunciada.

Resulta importante tener en consideración que, en este caso, el material publicitario incluyó el término *Ilimitado* para calificar la navegación en dos aplicaciones específicas (Whatsapp y Facebook), tomando los criterios de acceso y vigencia como los atributos a partir de los cuales se comprobaría el carácter de ilimitado ofrecido. Cabe tomar en cuenta que, en ningún momento la Comisión incluyó en su análisis atributos como la velocidad de la navegación en dichas aplicaciones, circunscribiéndose al criterio temporal (vigencia) y a la accesibilidad.

En relación a la accesibilidad a las aplicaciones, nos resulta evidente que esta se encuentra directamente vinculada a la disponibilidad de datos para la navegación en las mismas; por lo que, una vez más, la característica de *Ilimitado* se presenta como inherente a la disponibilidad irrestricta de la cantidad de datos para la navegación, independientemente del saldo con el que el usuario cuente en su oportunidad, pudiendo este ser equivalente a 0.

En esa línea, podríamos concluir que el criterio aplicado por la Comisión en el segundo caso analizado podría haber generado un pronunciamiento distinto en el primero; en tanto que la accesibilidad irrestricta a la navegación (a través de la disposición ilimitada de datos) fue acreditada por la Secretaria Técnica del OSIPTEL y, posteriormente por la Secretaria Técnica de la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal; así como que en ningún momento se ubicó bajo evaluación el atributo de la velocidad aplicada. Cabe indicar que, en el referido caso se comprobó que la vigencia del beneficio ofrecido fue claramente delimitada en atención a cada plan o paquete contratado por el usuario.

En vista de ello, surge la pregunta: ¿Cuál es el atributo del servicio de navegación de internet móvil que se deberá tomar en cuenta para definir su carácter de *Ilimitado*? Nos queda claro que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal no ha reflejado un lineamiento consistente, al menos a partir de los dos pronunciamientos emitidos y analizados en el presente artículo, los cuales resultan recientes en la jurisprudencia producida por dicho órgano resolutorio.

Desde nuestra perspectiva, la disponibilidad de datos para la navegación es el principal (sino el único) atributo pasible de definir el carácter ilimitado del servicio de internet móvil brindado por las empresas operadoras. Ello, en tanto la navegación en sí misma depende de la accesibilidad y continuidad del servicio, el cual se brinda a través del acceso a datos. De otro lado, la velocidad se constituye como un indicador que califica la calidad de dicho acceso y consecuente navegación.

Por ello estamos en desacuerdo con la posición sustentada en el primer pronunciamiento analizado, al considerar el término *ilimitado* con un carácter irrestricto de todos los atributos que el servicio de navegación de internet pudiera abarcar.

## 7.- Consideraciones finales

Los servicios de telefonía móvil y de internet son de consumo masivo, millones de personas en el Perú lo usan diariamente, de allí la importancia de analizar términos como ilimitado para dichos servicios, máxime que la evaluación y calificación de los servicios de telecomunicaciones pueden contar con dificultades propias de la naturaleza intrínsecamente tecnológica con la que estos cuentan. Para temas de competencia desleal que son del ámbito de INDECOPI, éste se encuentra en la obligación de aplicar la interpretación más acorde a la realidad en la que dichos servicios son prestados y utilizados en el mercado, lo contrario implicaría la aplicación de exigencias irrazonables que incluso los usuarios habituales de dichos servicios no esperarían demandar.

Otro caso similar en el que habría también interpretaciones discutibles, se presentaría en el servicio de mensajería de texto (SMS). Imaginemos que el carácter ilimitado de dicho servicio sea evaluado bajo la equiparación planteada por la Comisión en el primer pronunciamiento revisado, respecto del carácter irrestricto aplicado en su más amplia y llana definición. ¿Todos los atributos del servicio de mensajería de texto deberían ser irrestrictos para considerar que se aplica correctamente la calificación de *Ilimitado* de dicho servicio? ¿Qué aspectos podrían considerarse para la calificación de dicho servicio? Bajo una interpretación como la planteada, sería posible alegar la presencia de un mensaje publicitario engañoso al verificar que el tamaño del contenido de un mensaje de texto contaría con un límite de caracteres: se verifica la presencia de una restricción, por tanto no cumple el carácter de *Ilimitado*.

Desde nuestra perspectiva, el carácter ilimitado de dicho servicio se constituiría básica y principalmente por la capacidad del usuario de remitir una cantidad ilimitada de SMS en un determinado periodo, independientemente de la cantidad de caracteres que este permita incluir. Cabe precisar que, en efecto, será pertinente estimar la cantidad de caracteres que permita al usuario remitir un contenido coherente y estructurado dentro de los parámetros de la practicidad de dicha vía de comunicación. No obstante, no podría considerarse que la existencia de un límite en la cantidad de caracteres implicaría una contradicción al carácter de *ilimitado* del servicio. La misma lógica consideramos aplicable al supuesto en el que la cantidad de caracteres implique una variación (en aumento o reducción).

En ese sentido, tratándose de servicios especiales de telecomunicaciones aún en casos de represión de la competencia desleal, área dentro del ámbito de INDECOPI y no de OSIPTEL, en casos como éste donde se requiere una interpretación cabal o especializada de términos y/o alcances de temas de telecomunicaciones sería oportuno la intervención de OSIPTEL como órgano consultor de la agencia de libre competencia para un mejor resolver y pese a que en muchas ocasiones no coincida con la opinión de los operadores, e incluso como en uno de los casos citados denuncia a un operador ante INDECOPI.