

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

RESOLUCIÓN N° 0547-2004/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 051-2002/CCD

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL (LA COMISIÓN)

DENUNCIANTE : THE COCA-COLA COMPANY (COCA-COLA)

DENUNCIADAS : EMBOTELLADORA DON JORGE S.A.C. (DON JORGE)
PANORAMA INTERNACIONAL S.A. (PANORAMA)

MATERIA : PUBLICIDAD
COMPETENCIA DESLEAL
PUBLICIDAD COMPARATIVA
PUBLICIDAD ADHESIVA
PUBLICIDAD TESTIMONIAL
PRINCIPIO DE LEALTAD
PRINCIPIO DE AUTENTICIDAD
PRINCIPIO DE VERACIDAD
RESPONSABILIDAD DE LA AGENCIA DE PUBLICIDAD
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
MEDIDAS COMPLEMENTARIAS
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE BEBIDAS NO ALCOHÓLICAS

SUMILLA: *en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A., por presunta infracción a las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, la Sala ha resuelto lo siguiente:*

- (i) declarar infundado el pedido de nulidad de la Resolución N° 4 del 28 de abril de 2003, mediante la cual, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal concedió el recurso de apelación de fecha 15 de abril de 2003 interpuesto por The Coca Cola Company;*
- (ii) denegar el pedido de informe oral presentado por The Coca Cola Company;*
- (iii) revocar la Resolución N° 029-2003/CCD-INDECOPI que (i) declaró infundada la denuncia de fecha 7 de mayo de 2002 presentada por The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. por presuntas infracciones al artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor; (ii) denegó la solicitud presentada por The Coca Cola Company para que se ordene la publicación de la resolución; y, (iii) denegó la solicitud presentada por Embotelladora Don Jorge S.A.C. para que se ordene a The Coca Cola Company el pago de las costas y costos incurridos por su empresa;*

- (iv) **declarar fundada la denuncia presentada por The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. por infracción al artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor;**
- (v) **sancionar a Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. con una amonestación;**
- (vi) **ordenar a Embotelladora Don Jorge S.A.C. y a Panorama Internacional S.A., en calidad de medida complementaria, el cese definitivo de la difusión del anuncio materia de denuncia así como de otros anuncios que entablen una comparación, basada en características no comprobables, entre los productos identificados con las marcas "Perú Cola" y "Coca Cola";**
- (vii) **de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del principio que se desarrolla en la parte resolutive de la presente resolución;**
- (viii) **solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.**

Ello debido a que se ha acreditado que Embotelladora Don Jorge S.A.C., con la participación de Panorama Internacional S.A., utilizó la marca de su competidor The Coca Cola Company, con la intención de equiparar el sabor de su marca "Perú Cola" con aquel de "Coca Cola", agregando que ello constituía una ventaja para "Perú Cola" pues su precio sería menor al de "Coca Cola". Así, Embotelladora Don Jorge S.A.C. se aprovechó de la reputación de su competidor The Coca Cola Company. Dicho aprovechamiento de la reputación de su competidor fue indebido, ya que Embotelladora Don Jorge S.A.C. no transmitió ninguna información a los consumidores -es decir, no los benefició de modo alguno- pero, en cambio, sí le produjo un daño a The Coca Cola Company ya que la difusión de su mensaje publicitario tenía, por lo menos, la potencialidad de atraer la clientela de aquella empresa. Por tanto, la conducta de Embotelladora Don Jorge S.A.C., consistente en la difusión del anuncio materia de denuncia - hecho en el cual participó Panorama Internacional S.A.C., constituye publicidad comparativa ilícita ya que vulnera el principio de lealtad publicitaria y tiene la naturaleza de un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena.

SANCIÓN: Amonestación

Lima, 10 de diciembre de 2003

I. ANTECEDENTES

El 7 de mayo de 2002, COCA-COLA denunció a DON JORGE y a PANORAMA¹ por presuntas infracciones a las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor en la difusión de la campaña publicitaria del producto "Perú Cola". En su denuncia, la actora solicitó: a) la declaración del acto publicitario como un incumplimiento de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor; b) el cese definitivo de la publicidad infractora; c) la imposición de una multa a la infractora; y, d) la publicación de la resolución condenatoria.

Mediante Resolución N° 1 del 9 de mayo de 2002, la Comisión admitió a trámite la denuncia y requirió a las denunciadas para que presenten diversa información relacionada con los hechos materia de denuncia²; asimismo, les ordenó, como medida cautelar, el cese preventivo de la difusión del anuncio materia de denuncia, así como de otros anuncios en tanto los mismos presentaran imágenes del producto "Perú Cola" utilizando una etiqueta similar a la empleada por la denunciante para su producto "Coca-Cola".

El 13 de mayo de 2002, DON JORGE presentó apelación contra la medida cautelar decretada por la Comisión. Mediante Resolución N° 2 del 14 de mayo de 2002, la Comisión concedió el recurso de apelación. El 26 de junio de 2002, mediante Resolución N° 475-2002/TDC-INDECOPI, esta Sala revocó la medida cautelar dictada en primera instancia.

El 16 de mayo de 2002, DON JORGE y PANORAMA negaron y contradijeron la denuncia en todos sus extremos.

El 10 de diciembre de 2002, COCA-COLA solicitó a la Comisión que se ordenara a las denunciadas, como medida cautelar, el cese preventivo del anuncio materia de denuncia. Mediante Resolución N° 3 del 12 de diciembre de 2002, la Comisión denegó la medida cautelar solicitada.

El 26 de febrero de 2003, mediante Proveído N° 5, la Comisión citó a las partes al informe oral a realizarse el 11 de marzo de 2003. Dicho informe oral se llevó a cabo con la asistencia de todas las partes.

¹ PANORAMA fue denunciada como responsable solidario, en su condición de agencia de publicidad.

² La Comisión requirió a DON JORGE y PANORAMA la presentación de la siguiente información: a) fecha de inicio de la difusión del anuncio materia de denuncia; b) cantidad y/o frecuencia de anuncios que se hubieran difundido hasta la notificación de la Resolución N° 1; c) medios de comunicación empleados para su difusión, debiendo presentar copia de los anuncios difundidos; d) los medios probatorios idóneos que acreditaran que los testimonios de los señores Scott McInnes, Robert I. Fleming y Bryan A. Griffin y de la señora Katty E. McCune cumplen con los siguientes requisitos: (i) son testimonios auténticos; (ii) son testimonios relacionados con la experiencia reciente de estas personas; y, (iii) que estas personas han dado su autorización expresa y escrita para que utilicen sus testimonios en el anuncio materia de denuncia; y, e) la información correspondiente a la metodología utilizada para realizar las pruebas a las cuales se hace referencia en el anuncio materia de denuncia.

El 18 de marzo de 2003, la Comisión emitió la Resolución N° 029-2003/CCD-INDECOPI, mediante la cual: i) declaró infundada la denuncia por presuntas infracciones al artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor; ii) denegó la solicitud presentada por COCA-COLA para que se ordene la publicación de la resolución; y, iii) denegó la solicitud presentada por DON JORGE para que se ordene a COCA-COLA el pago de las costas y costos incurridos por su empresa durante la tramitación del procedimiento.³

El 15 de abril de 2003, COCA-COLA presentó apelación contra la Resolución N° 029-2003/CCD-INDECOPI. Mediante Resolución N° 4 del 28 de abril de 2003, la Comisión concedió el recurso de apelación. El 13 de junio de 2003, el expediente fue elevado a esta Sala.

El 25 de junio de 2003, COCA-COLA solicitó el uso de la palabra. El mismo día, DON JORGE contestó la apelación, negando y contradiciendo sus fundamentos. El 26 de junio de 2003, PANORAMA contestó la apelación en términos similares a los utilizados por DON JORGE.

En su denuncia, COCA-COLA manifestó lo siguiente:

- (i) DON JORGE se encontraba difundiendo una campaña publicitaria en la que se muestra al producto "Perú Cola" como uno muy similar a su producto "Coca-Cola";
- (ii) el uso por parte de "Perú Cola" de una etiqueta similar a la empleada por "Coca-Cola" ocasionaba que el público consumidor erróneamente asuma que ambos productos eran fabricados por COCA-COLA;
- (iii) DON JORGE se estaría aprovechando del buen prestigio que la marca "Coca-Cola" ostenta en el mercado, con una simple imitación del producto y ofreciéndola a un menor precio;
- (iv) en el anuncio publicitario se afirma que el sabor de "Perú Cola" es semejante -al grado de confusión - al sabor característico de "Coca-Cola". Sin embargo, de acuerdo a las pruebas realizadas por Apoyo, Opinión y Mercado, por encargo de COCA-COLA, "Perú Cola" no tiene un sabor semejante al de "Coca-Cola";
- (v) la empresa denunciada debía presentar las pruebas de la autenticidad e idoneidad de las pruebas de sabor efectuadas por los señores Scott McInnes, Katty E. McCune, Robert I. Fleming y Bryan A. Griffin, los personajes mostrados en el anuncio; y,

³ Al momento de emitirse la Resolución N° 029-2003/CCD-INDECOPI, hubo un voto en discordia del señor miembro de la Comisión Fernando Cantuarias Salaverry, quien opinó que la denuncia debía declararse fundada debido a la existencia de una infracción al límite de no inducir a error a los consumidores, contenido en el artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

- (vi) la empresa denunciada debía exhibir la autorización de los señores mencionados para utilizar su testimonio con fines publicitarios.

DON JORGE contestó la denuncia exponiendo los siguientes argumentos:

- (i) el anuncio respetaba las normas publicitarias dado que las comparaciones relativas al sabor de los productos "Coca Cola" y "Perú Cola" se ajustaban a lo establecido por el artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor;
- (ii) los argumentos de COCA-COLA resultaban contradictorios por cuanto dicha empresa afirmaba, por un lado, que existiría una supuesta similitud entre las etiquetas de los mencionados productos y, por otro lado, que en el anuncio materia de denuncia se hacía una comparación de los sabores de ambas bebidas, lo cual hacía posible que cualquier consumidor observara que "Coca Cola" y "Perú Cola" no sólo eran marcas distintas sino que, además, provenían de empresas diferentes y que competían entre sí;
- (iii) las afirmaciones contenidas en el anuncio no fueron presentadas como la opinión generalizada de los consumidores, sino como testimonios de las personas que aparecían en el mismo, contando para ello con las autorizaciones correspondientes;
- (iv) el anuncio apelaba al humor y se refería al sabor de las bebidas, elemento que era subjetivo; y,
- (v) con relación a la supuesta confusión entre las etiquetas de "Coca Cola" y "Perú Cola", el diseño y la combinación de colores del producto "Perú Cola" era la usual en el mercado peruano de colas negras, ya que la misma era empleada por otros fabricantes de estas bebidas, las cuales se diferenciaban entre sí por su denominación.

En su contestación a la denuncia, PANORAMA señaló que el tema de fondo era en realidad una denuncia por supuesta infracción marcaria y no sobre el contenido del anuncio como tal, por lo que no existía responsabilidad solidaria entre PANORAMA y DON JORGE. No obstante, PANORAMA hizo suyos los argumentos expuestos por DON JORGE en su contestación a la denuncia.

En su escrito de apelación, COCA COLA, además de reiterar los argumentos vertidos en su denuncia, señaló que el procedimiento no debía entenderse únicamente como una simple imitación de marca, sino también como un aprovechamiento del prestigio de la marca "Coca Cola", lo cual constituiría un acto desleal que requiere ser revisado en conjunto y teniendo a la vista el principio de la buena fe en los negocios.

DON JORGE señaló en su absolución del traslado de la apelación que esta última sería inadmisibile al haber sido incorrectamente planteada ya que fue dirigida a la Sala de Defensa de la Competencia y no a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal.

Al respecto, mediante Resolución N° 4 del 28 de abril de 2003, la Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto por COCA-COLA, por lo que la pretensión de DON JORGE será analizada como solicitud de declaratoria de nulidad del concesorio de apelación. Finalmente, DON JORGE, reiteró los argumentos vertidos durante la tramitación del procedimiento en primera instancia.

PANORAMA presentó exactamente los mismos argumentos que DON JORGE en su escrito de absolución del traslado de la apelación.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- (i) Determinar si corresponde declarar la nulidad del concesorio de apelación.
- (ii) Determinar si corresponde conceder el informe oral solicitado por COCA COLA.
- (iii) Determinar la licitud del anuncio.
- (iv) Graduar la sanción, en caso se verificara alguna infracción.
- (v) Determinar si corresponde ordenar medidas complementarias, en caso se verificara alguna infracción.
- (vi) Determinar si corresponde ordenar la publicación de la presente resolución.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. La validez del concesorio de apelación

DON JORGE ha cuestionado que el recurso de apelación interpuesto por COCA COLA hubiera sido presentado ante la Sala de Defensa de la Competencia y no ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Sin embargo, como la Comisión concedió la apelación el pedido es analizado como una solicitud de declaración de nulidad del concesorio de apelación.

Al respecto, la Ley del Procedimiento Administrativo General descarta las declaraciones de nulidad de actos por cuestiones meramente formales, las mismas que, además, son perfectamente subsanables con mínimo costo por parte de la Administración, como ha ocurrido en este caso mediante su traslado a la instancia correspondiente y la expedición por parte de ésta del concesorio de la apelación.

En efecto, los principios de informalismo y eficacia⁴, ratifican lo señalado y descartan de plano la alegación formulada por DON JORGE que en este acto se declara infundada.

III.2. El informe oral solicitado por COCA COLA

El 25 de junio de 2003, COCA COLA solicitó que se le conceda el uso de la palabra. No obstante, esta Sala considera que cuenta con los elementos de juicio necesarios para emitir pronunciamiento sobre la cuestión en discusión, por lo que resulta innecesario conceder el uso de la palabra a las partes. En consecuencia, en ejercicio de la facultad de la Sala para conceder la realización de audiencias, recogida en el artículo 35 del Decreto Legislativo N° 807⁵ corresponde denegar el pedido de informe oral formulado por COCA COLA.

III.3. Determinación de la licitud del anuncio

III.3.1. Naturaleza publicitaria del anuncio materia de denuncia

De acuerdo con las manifestaciones y pruebas que obran en el expediente, DON JORGE difundió en televisión un anuncio con las siguientes características:

La primera imagen es la de una persona que se acerca a una pareja de turistas que está paseando por el frontis de una iglesia y les invita una bebida de color negro a la vez que pregunta "¿Adivinas qué sabor es?"; el caballero prueba la bebida y responde "Um, es Coca Cola", a la vez que en la pantalla aparece su nombre, número de pasaporte y su nacionalidad (Scott Mc Innes, 569267, USA). A continuación aparece un grupo de turistas en un restaurante en el cual se está tocando música andina, uno de los cuales levanta un vaso conteniendo una bebida de color negro y afirma "Coca Cola es lo mejor", mientras que, al igual que el caso anterior, se incluye su nombre, número de pasaporte y nacionalidad (Katty Mc Cune, 301194495, USA). La siguiente imagen es la de una pareja

⁴ **Ley del Procedimiento Administrativo General. Título Preliminar. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

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

(...)

1.6. **Principio de informalismo.-** Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.

(...)

1.10. **Principio de eficacia.-** Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegie sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio.

⁵ **Decreto Legislativo N° 807. Artículo 35.-**

Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante ésta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la importancia y trascendencia del caso.

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

RESOLUCIÓN N° 0547-2004/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 051-2002/CCD

de turistas que está en unas ruinas andinas, uno de ellos prueba una bebida de color negro y afirma "Yea baby, it's Coca Cola"; al igual que en los casos anteriores, se indica el nombre, número de pasaporte y nacionalidad de esta persona (Robert Fleming, 112605092, USA). La siguiente imagen corresponde a un grupo de turistas que está en la selva, uno de los cuales sostiene un vaso conteniendo una bebida de color negro a la vez que dice "Always Coca Cola", a la vez que figura el nombre, número de pasaporte y nacionalidad de dicha persona (Bryan Griffin, 701459732, USA). Seguidamente, aparecen las imágenes de estas personas en los mismos lugares, todas sonriendo y sosteniendo un vaso de vidrio con una bebida de color negro, mientras la voz en off dice que "Todos ellos pensaban que el sabor de Coca Cola era inigualable hasta que conocieron Perú...", luego de lo cual sale la imagen de tres botellas de la bebida "Perú Cola" mientras que la voz en off señala "...la nueva Perú Cola". A continuación, salen nuevamente las cuatro personas mencionadas anteriormente diciendo "¿No era Coca Cola?", a lo que la voz en off responde señalando "Es Perú Cola, lo mejor de lo nuestro"; mientras aparece la imagen de cinco botellas del producto y de una mujer que está tomando un vaso del mismo, junto con la frase "Pídela... Cuesta Menos!" y una figura circular que dice "Un producto del grupo JPM". Finalmente, aparece el nombre y el logo de la agencia de publicidad encargada de elaborar el anuncio, Panorama Internacional S.A.⁶

El anuncio en cuestión se encuentra dentro de los alcances de la noción de publicidad que se desarrolla a nivel doctrinario⁷ y, a manera de ilustración, al mismo también le resulta de aplicación la definición de publicidad recogida en la legislación española que, a la letra, identifica a la publicidad como: "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones."⁸

El anuncio materia de este procedimiento responde al interés de DON JORGE por promover la adquisición de sus bebidas gaseosas identificadas con la marca "Perú Cola". En consecuencia, el mencionado anuncio constituye una manifestación de la publicidad comercial.

Atendiendo a lo señalado, esta Sala procederá a efectuar el análisis de licitud o ilicitud de la publicidad comercial. Sin embargo, es importante destacar que el análisis que se efectúa a continuación no incide en la utilización en el anuncio de la etiqueta de la marca "Coca Cola" pues ello significaría desatender el mandato legal contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 691⁹ que exige una apreciación

⁶ Descripción del anuncio del producto "Perú Cola" elaborada por la Comisión. A fojas 191-192 del expediente.

⁷ TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.19.

⁸ Artículo 2 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. (España)

⁹ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 2.-**

Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados.

Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros.

integral del anuncio. Asimismo, la alegada indebida utilización de dicho signo distintivo podría constituir -de manera directa y aislada- un acto de competencia desleal en la modalidad de actos de confusión, tipificado en el artículo 8 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, que no es objeto de este procedimiento.

III.3.2. El carácter comparativo del anuncio materia de denuncia

En su denuncia, COCA COLA indicó que en el anuncio publicitario se afirmaba que el sabor de Perú Cola era semejante -al grado de confusión- con el sabor de su producto Coca-Cola".¹⁰ En otras palabras, la accionante ha alegado que el anuncio publicitario contiene un mensaje publicitario comparativo en cuanto al elemento "sabor" de los refrescos de cola "Perú Cola" y "Coca Cola" y que dicho mensaje sostiene que ambos sabores son idénticos al extremo de generar confusión.

Esta Sala considera que el mensaje publicitario contenido en el anuncio materia de denuncia se encuentra orientado a transmitir que "Perú Cola" tiene el mismo sabor que "Coca Cola", a tal grado que los consumidores confunden el sabor de ambas bebidas, pero con un elemento adicional de ventaja para el anunciante: el precio de "Perú Cola" es un precio menor.

La publicidad comparativa cuenta con dos elementos característicos: i) la referencia conjunta a la oferta propia y a la ajena; y, ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.¹¹ Para que exista publicidad comparativa, es necesario que haya una referencia inequívoca a uno o varios competidores determinados.¹²

En el anuncio en cuestión son dos los productos que se comparan, ambos claramente identificados, y el propósito de la misma es evidenciar la ventaja del producto "Perú Cola" en cuanto a su identidad de sabor con el producto "Coca Cola" y su menor precio. En consecuencia, el anuncio tiene la condición de publicidad comparativa, por lo que corresponde analizar la licitud o ilicitud de la misma teniendo a la vista la satisfacción de sus requisitos legales, a los efectos de determinar la existencia o no de una infracción.

El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, declara la licitud del uso de comparaciones publicitarias, siempre y cuando se cumpla con los principios que rigen la actividad publicitaria en general.¹³

¹⁰ A fojas 13 del expediente.

¹¹ Cfr. TATO PLAZA, Anxo. Op.cit., p.20.

¹² TATO PLAZA, Anxo. Op.cit., p.51-52.

¹³ Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 8.-

El enunciado de esta norma establece claramente que la publicidad comparativa es un instrumento posible de ser utilizado en el libre juego de la competencia entre concurrentes en el mercado, sin embargo dicha norma es también el punto de partida para descubrir cuáles son los límites legales en el ejercicio de tal actividad.

No es la primera vez esta Sala ha discutido e intentado definir el alcance de la publicidad comparativa a partir de lo señalado por el legislador en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691.

En efecto, en un pronunciamiento del 2 de julio de 1997, y cuando el texto del artículo 8 de la norma se encontraba en su versión original¹⁴, mediante la expedición de la Resolución N° 168-97-TDC, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de julio de 1997, la Sala desarrolló la siguiente interpretación:

1. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, engañando por implicancia u omisión-; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo N° 691. (Subrayado añadido)

Este razonamiento estuvo marcado por dos ideas principales: la primera de ellas (contenida en el primer artículo) consistía en identificar a la objetividad como una característica de la publicidad comparativa y no como un requisito de licitud de la misma; mientras que la segunda (contenida en el artículo segundo) dejaba fuera del ámbito de la publicidad comparativa a aquella publicidad que contuviera frases subjetivas, debiendo la misma evaluarse bajo las reglas de la publicidad común¹⁵.

Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores.

¹⁴ **Texto original del Artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor:**

Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.

Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

¹⁵ En los considerandos de dicho pronunciamiento se mencionaba lo siguiente: *Atendiendo a lo expuesto, cuando en un anuncio se realice una comparación que no sea expresa - esto es por no tener las tres características analizadas -, aquél constituye un anuncio publicitario comercial común y se rige por las normas generales del Decreto Legislativo N° 691. A manera de ejemplo, si en un anuncio se confrontan dos productos claramente identificados - es decir mostrando la marca*

La interpretación realizada por esta Sala en dicha oportunidad no contribuyó al establecimiento de una regla clara, por el contrario, ha generado una serie de dificultades en el mercado en cuanto a la interpretación respecto de cuáles son los requisitos que se deben satisfacer en la utilización de la publicidad comparativa como un instrumento de la competencia justa en el mercado.

Esta situación de falta de claridad, además, se vio agravada por dos circunstancias adicionales: el 18 de julio del 2000 y cuando todavía se encontraba en trámite la impugnación del pronunciamiento interpretativo emitido por esta Sala, el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, al cual se refería el pronunciamiento administrativo, fue modificado por el artículo 5 de la Ley N° 27311, con el propósito de contribuir a la interpretación realizada en el sentido que la condición de objetividad era una característica y no un requisito para la validez¹⁶. Asimismo, el 22 de mayo de 2001, la referida Resolución N° 168-97-TDC fue declarada nula, en última y definitiva instancia, por sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

Los hechos referidos y el propio caso propuesto plantean la necesidad de que la Sala realice una revisión integral del tema de la publicidad comparativa con el propósito de dar cumplimiento al principio de predictibilidad¹⁷ que sustenta al procedimiento administrativo y de definir reglas claras para los agentes económicos.

Como se ha señalado en la parte introductoria de este análisis la publicidad comparativa cuenta con dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.

El mensaje publicitario contenido en el anuncio materia de denuncia, consiste en señalar que "Perú Cola" tiene el mismo sabor que "Coca Cola", a tal grado que los consumidores confunden el sabor de ambas bebidas, pero con la ventaja de un

que identifica a los mismos- pero, sin embargo, dicha confrontación no es objetiva, dicho anuncio constituye publicidad comercial común que será lícita siempre y cuando no infrinja los principio(sic) de veracidad y lealtad. (Subrayado añadido)

¹⁶Segundo párrafo del texto original del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691: "Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados." [Eliminado en la reforma]

¹⁷Ley del Procedimiento Administrativo General. Título Preliminar. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá.

precio menor. La referencia al competidor “Coca Cola” es inequívoca, así como también la comparación beneficiosa para el producto “Perú Cola”, por lo que no existe duda respecto del carácter comparativo del anuncio objeto del presente procedimiento.

III.3.3. El principio de lealtad como ordenador de la actividad publicitaria

El principio de lealtad es uno de los principios que ordenan e informan toda la actividad publicitaria. El principio de lealtad es recogido expresamente en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 7.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil. (...)

El principio de lealtad tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que las actividades económicas se desenvuelvan de manera normal y pacífica. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada.

Lo señalado evidencia que el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es precisamente la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico y que el exceso resulta inaceptable para la sociedad y el derecho. En ese contexto, la publicidad debe ser evaluada como un instrumento de la competencia -quizá el más importante- que tiene como substrato una acción en concurrencia por ganar la preferencia de los consumidores en desmedro de otro competidor.

En la misma línea de lo señalado, el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, dispone lo siguiente:

Artículo 6.- *Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. (Subrayado añadido)*

Puede observarse que el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1¹⁸ de la misma Ley, a toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal

¹⁸ Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Artículo 1.-

La presente Ley tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas.

desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como actos de competencia desleal; por el contrario, el texto expreso y el sentido de la norma están dirigidos a incluir dicha conducta dentro de su ámbito de aplicación.

Atendiendo a lo señalado, cualquier vulneración del principio de lealtad publicitaria devendrá necesariamente en un acto de competencia desleal, que contará con la particularidad de haberse materializado en el terreno publicitario. En otras palabras, la difusión de un mensaje publicitario que contravenga el principio de lealtad tendrá la naturaleza de acto de competencia desleal cuya materialización ha ocurrido en forma de anuncio publicitario.

En consecuencia, esta Sala considera que los cuerpos legales de represión de la competencia desleal y las normas de publicidad en defensa del consumidor no son excluyentes ni incompatibles, sino que, por el contrario, existe entre ellos una relación de género a especie en virtud de la cual los vacíos legales que pudieran presentarse o las necesidades de complementariedad en la interpretación en las normas de publicidad deben llenarse con las normas de represión de la competencia desleal.

III.3.4. La comparación subjetiva como acto de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena

La publicidad adhesiva es aquella modalidad publicitaria en la que el anunciante equipara la oferta propia con la oferta ajena, con la finalidad o efecto de aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor en el mercado.¹⁹ En otras palabras y tal como lo señala la doctrina:

*(...) en la publicidad adhesiva, el anunciante equipara los productos o servicios propios a los productos o servicios del competidor; con el fin de aprovecharse del goodwill y renombre de que gozan las mercancías del competidor, el anunciante resalta, por diferentes medios, las características comunes a sus mercancías y a las mercancías del competidor.*²⁰

Debe aclararse que el aprovechamiento indebido de la reputación del competidor es logrado mediante la equiparación de las supuestas características de la oferta propia con aquellas atribuidas al competidor, es decir, a través de una equiparación entablada sobre la base de elementos subjetivos. Por el contrario, la equiparación

¹⁹ TATO PLAZA, Anxo. Op.cit., p. 45.

²⁰ FERNÁNDEZ NÓVOA, Carlos. Estudios de Derecho de la Publicidad. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989. p.206. En TATO PLAZA, Anxo. Op.cit., loc.cit. Subrayado añadido.

de ofertas basada en hechos comprobables en la realidad, es decir, objetivos, y que, a la vez, sea veraz, no calificará como un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Esto último debido a la función informativa de dicha equiparación objetiva, la cual tiene un efecto beneficioso para el consumidor, cuyo interés es superior al del competidor bajo el modelo social de represión de la competencia desleal asumido por el ordenamiento nacional.

Lo anteriormente expuesto implica que, si bien es cierto que ambas -la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva- contienen una referencia conjunta al producto anunciado y al producto competidor, es más cierto aún que en la publicidad comparativa, la finalidad de dicha referencia conjunta es la diferenciación de ambas ofertas a fin de resaltar las ventajas propias frente a las desventajas del competidor; mientras que, por el contrario, en la publicidad adhesiva, la finalidad de la referencia conjunta es la equiparación de ambas ofertas, es decir, resaltar las semejanzas y negar las diferencias.

Una diferencia adicional entre la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva la constituye el hecho de poder encontrar dos clases de publicidad comparativa: (i) la lícita; y, (ii) la ilícita; mientras que la publicidad adhesiva siempre será ilícita, tal como se explicará a continuación.

Al tener la finalidad o el efecto de aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor en el mercado, es claro que la publicidad adhesiva atenta directamente contra el principio de lealtad, recogido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691 y, a través de éste, contra el ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal.

El artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

Artículo 14.- Explotación de la reputación ajena

Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero. (Subrayado añadido)

Debe recordarse que la publicidad adhesiva es aquella modalidad publicitaria en la que el anunciante equipara la oferta propia con la oferta ajena sobre la base de elementos subjetivos, con la finalidad o efecto de aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor en el mercado. Es importante resaltar que no se trata de cualquier tipo de aprovechamiento sino de uno indebido²¹, logrado mediante la

²¹ Cabe anotar que la simple equiparación de ofertas, basada en hechos comprobables en la realidad y que, a la vez, sea veraz, no calificará como un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Ello debido a la función informativa de dicha equiparación, la cual tiene un efecto beneficioso para el consumidor, cuyo interés es superior al del competidor bajo el

equiparación de las supuestas características de ambas ofertas -la propia y la del competidor-, lo cual corresponde exactamente a la definición de un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena. Por tanto, tal como se señalara líneas arriba, la publicidad adhesiva siempre será ilícita, debido a su naturaleza de acto de competencia desleal.

En el caso de la publicidad comparativa, el texto vigente del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, establece como principio general la licitud de la publicidad comparativa, de la siguiente manera:

Artículo 8.- *Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores.*

Es claro que el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 permite el uso de la publicidad comparativa, sin embargo, debe recordarse que dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida también a los principios que rigen la actividad publicitaria en general, tales como el principio de veracidad, el principio de lealtad, el principio de legalidad y el principio de autenticidad. En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán considerados como publicidad comparativa ilícita.

Un punto de conexión entre la publicidad adhesiva -siempre ilícita- y la publicidad comparativa ilícita es que ambas vulneran el principio de lealtad. Por el contrario, la publicidad comparativa lícita respeta dicho principio y todos los demás del ordenamiento jurídico.

La publicidad comparativa -lícita e ilícita- representa necesariamente un daño al competidor aludido por diferenciación, debido a la detracción potencial o real de su clientela como resultado del anuncio comparativo. No obstante ello, dicho daño al competidor se justifica o, dicho de otra manera, se transforma en un daño tolerado y permitido en el caso de la publicidad comparativa lícita pues éste tipo de publicidad goza de un elemento justificador consistente en su carácter informativo, el cual beneficia el interés superior del consumidor.

En otras palabras, la publicidad comparativa en cualquier modalidad representa en sí misma un daño al agente competidor respecto del cual se realiza la comparación con el objetivo de atraer su clientela. Sin embargo, sólo la publicidad comparativa lícita logra ser tolerada por el ordenamiento jurídico en la medida que cumple la finalidad superior de trasladar información al consumidor en un mercado. El interés superior del consumidor releva de protección el derecho privado del competidor

afectado, ello siempre y cuando la publicidad comparativa se encuentre dentro de los límites que la licitud le impone.

La superación del derecho singular del agente que va a sufrir el daño, sin poder alegar una conducta sancionable de su competidor se sustenta en el hecho que el artículo 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal recoge el modelo social de represión de la competencia desleal, al considerar como requisito para la calificación del acto de competencia desleal al perjuicio potencial al competidor, a los consumidores o al orden público.²²

En este modelo, para la calificación de una conducta como acto de competencia desleal no se requiere la existencia de una relación de competencia directa.²³ El modelo social permite justificar el daño sufrido por el competidor debido a los beneficios obtenidos por el consumidor y el servicio del interés público, consistente en que el mercado se vea aprovisionado de información relacionada con los bienes y servicios transados en él.

En tal sentido, el daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita será considerado un daño aceptable y natural, es decir, un daño concurrencial lícito. Esta licitud del daño concurrencial producto del uso de publicidad comparativa es consistente con el interés superior del consumidor aceptado por el modelo social y, por su intermedio, por el ordenamiento jurídico nacional.

En la línea de lo señalado corresponde identificar ¿cuándo la publicidad comparativa lícita deja de ser informativa y se transforma en ilícita? Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo -es decir, deja de transmitir información al consumidor- y únicamente tiene por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.

La falta de carácter informativo de la publicidad comparativa se produce cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, ya que es imposible

²² **Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Artículo 5.-**

Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, se considerará acto de competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor.

²³ *"La evolución que comentamos hace que entre en crisis la denominada "relación de competencia", hasta ese momento presupuesto de aplicación de la disciplina. En efecto, el nuevo cuadro de intereses y valores dentro del cual se va acomodando progresivamente la institución, y la remodelación del ilícito concurrencial en torno al abuso del derecho, han originado dicha crisis, pues ya no se exige para la aplicación de la normativa la relación entre empresarios competidores: lo que ahora se persigue es proteger los intereses de todos los participantes (es decir, también de los consumidores), así como también los objetivos políticos, económicos y sociales del sistema."* Cfr. KRESALJA, Baldo. Comentarios al decreto ley 26122 sobre represión de la competencia desleal. p.20-21. En Derecho. Lima. N° 43 (1993).

para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas -por ejemplo, belleza, sabor, aroma, elegancia- existen en realidad. Esta falta de carácter informativo provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello con alguna información de consumo. Puede observarse que el efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal.

Finalmente, puede observarse que los actos de explotación de la reputación ajena entre los que se encuentra la publicidad comparativa ilícita tienen un triple impacto negativo. En primer lugar, brindan una ventaja competitiva indebida a los competidores desleales que se valen de ellos, al permitirles aprovecharse del posicionamiento de sus competidores. En segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, afectan a los competidores cuyo posicionamiento en el mercado se ve diluido y debilitado. Por último y en tercer lugar, inducen a error a los consumidores, haciendo que piensen o puedan pensar, sin ningún motivo real, que el producto anunciado presenta ciertas ventajas que no presenta el producto competidor. Debido al triple impacto negativo de los actos de explotación de la reputación ajena, éstos se encuentran prohibidos como actos de competencia desleal.

III.3.5. El caso materia del procedimiento

En el presente procedimiento, el mensaje publicitario contenido en el anuncio materia de denuncia, consiste en señalar que "Perú Cola" tiene el mismo sabor que "Coca Cola", a tal grado que los consumidores confunden el sabor de ambas bebidas, pero con la ventaja que "Perú Cola" cuesta menos que "Coca Cola". Dicho mensaje publicitario es un mensaje propio de la modalidad publicitaria denominada publicidad comparativa.

La comparación efectuada por el anuncio materia de denuncia entre los refrescos de cola de las marcas competidoras "Perú Cola" y "Coca Cola" en cuanto a los elementos "sabor" y "precio" no transmite ninguna información a los consumidores de refrescos de cola. Ello debido a que el "sabor" es un elemento subjetivo, opinable, imposible de ser mensurado de alguna manera. Al ser un elemento subjetivo, toda afirmación respecto del elemento "sabor" será imposible de ser comprobada en la realidad, por lo que será una afirmación vacía de contenido que no transmite ninguna información -y, por tanto, no beneficia de modo alguno- a los consumidores; sin embargo, dicha afirmación respecto del elemento "sabor" sí habrá utilizado la marca del competidor y le habrá producido un daño, consistente en la detracción potencial o real de su clientela.

En el presente caso, DON JORGE utilizó la marca de su competidor "Coca Cola" - una marca notoria, ampliamente conocida en el mercado de refrescos de cola-, con la intención de equiparar el sabor de su marca "Perú Cola" con aquel de

"Coca Cola", agregando que ello constituía una ventaja para "Perú Cola" pues su precio sería menor al de "Coca Cola".

Con su acción DON JORGE se aprovechó de la reputación de su competidor COCA COLA, no transmitió ninguna información a los consumidores -es decir, no los benefició de modo alguno- pero, en cambio, sí le produjo un daño a COCA COLA ya que la difusión de su mensaje publicitario tenía, por lo menos, la potencialidad de atraer la clientela de aquella empresa.

Por tanto, la conducta de DON JORGE, consistente en la difusión del anuncio materia de denuncia, constituye publicidad comparativa ilícita al vulnerar el principio de lealtad publicitaria y ser un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena.

III.3.5. El uso de testimoniales en un contexto comparativo

El anuncio materia de denuncia ha sido presentado bajo la forma de publicidad testimonial, modalidad publicitaria en principio lícita, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 691, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 5.- Los anuncios no deben contener o referirse a ningún testimonio, a menos que sea auténtico y relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da.
La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo.

El artículo 5 del Decreto Legislativo N° 691 recoge una manifestación del principio de autenticidad publicitaria²⁴, el cual, a su vez, es una sub-especie del principio de veracidad. La autenticidad del testimonio se encuentra referida, en general, a la experiencia real del testigo con el producto.

Al respecto, el anuncio materia de denuncia es un anuncio que hace referencia expresa a supuestos testimonios de ciudadanos extranjeros, que son los que "sufren" la confusión de sabor de los productos.

Esta Sala ha determinado que entablar una comparación sobre la base de un elemento subjetivo como el sabor tiene la naturaleza de acto de competencia desleal. El haber presentado dicha comparación subjetiva bajo la forma de un testimonial tiene un doble efecto: (i) por un lado, acentúa la subjetividad del elemento sujeto a comparación, ya que se presenta como una opinión de un consumidor -las opiniones no son ni verdaderas ni falsas, son simplemente imposibles de verificar en la realidad-; y, (ii) por otro lado, incrementa la confianza

²⁴ El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 691 también recoge el principio de autenticidad.

de los consumidores acerca del mensaje publicitario transmitido, dado que, supuestamente, proviene de terceros no relacionados con el anunciante.

La defraudación de la confianza de los consumidores -producto de la imposibilidad material de comprobar las afirmaciones vertidas en el anuncio materia de denuncia- y la manera de ejecución de dicho anuncio -su presentación no corresponde a las actividades normales de los supuestos testigos sino a una actuación propia de modelos sujetos a un guión- impiden considerar auténticos los presuntos testimonios mostrados en el comercial de DON JORGE. En consecuencia, el anuncio materia de denuncia también ha infringido el principio de autenticidad.

Adicionalmente a ello, la presentación de una comparación subjetiva bajo la forma de un testimonial es susceptible de inducir a error a los consumidores respecto de una característica manifiestamente imposible de comprobar, tal como el sabor de un refresco de cola. La presentación de la comparación subjetiva bajo la forma de testimonios hace posible que los consumidores se vean inducidos, erróneamente, a pensar que, efectivamente, el sabor de "Perú Cola" es igual al de "Coca Cola" -lo cual jamás se podrá determinar con exactitud en la realidad- o, peor aún, que gran parte de los consumidores que han probado ambos productos prefieren "Perú Cola" debido a que tiene el mismo sabor que "Coca Cola" pero a un precio menor. Dicha inducción a error al consumidor constituye una infracción al principio de veracidad.

En cuanto al principio de veracidad, el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor²⁵, señala que los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. Esta es la expresión legislativa del principio de veracidad de la publicidad.

El artículo 4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor consiste en que, en toda actividad publicitaria, se respete la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error.²⁶ Esta Sala reconoce que el referido

²⁵ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 4.-**

Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos.

Los anuncios que expresen precios deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda. Cuando se anuncie precios de ventas al crédito deberá incluirse, además el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad.

²⁶ Este es el sentido general del principio de veracidad según la legislación comparada actual y pasada. Cfr. FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. p.374. En Actas de Derecho Industrial. Madrid. t.2 (1975)

principio de veracidad "no debe ser aplicado indiscriminadamente a toda suerte de expresiones publicitarias. Antes al contrario, con respecto a la aplicación del principio de veracidad, deben diferenciarse varios tipos de expresiones publicitarias. Estos tipos son, fundamentalmente, los tres siguientes: expresiones triviales y formuladas en términos generales; afirmaciones o apreciaciones carentes de contenido comprobable; alegaciones concretas y comprobables."²⁷

El primer tipo de expresiones publicitarias corresponde a aquellas expresiones triviales que son hechas generalmente a través de frases vacías que los consumidores interpretan como incitaciones a adquirir el producto anunciado, por lo que no contienen alegaciones comprobables respecto al producto anunciado, estando exentas, por tanto, de la aplicación del principio de veracidad.²⁸ Este tipo de expresiones publicitarias corresponde a la denominada incitación publicitaria a contratar. Debe hacerse notar que las expresiones publicitarias de este tipo no contienen alegaciones comprobables respecto al producto anunciado pero, a la vez, no contienen alegaciones de ningún tipo respecto a productos competidores ya que, en caso contrario, la expresión publicitaria dejaría de ser una incitación publicitaria a contratar y se convertiría en publicidad comparativa o en publicidad adhesiva, según el caso.

La segunda categoría de expresiones publicitarias está compuesta por las afirmaciones carentes de contenido comprobable, más conocidas como juicios estimativos o valorativos. Ellas se limitan a exteriorizar una opinión del anunciante, la cual -como todas las opiniones- es subjetiva e imposible de comprobar objetivamente. Por tanto, las expresiones publicitarias conocidas como juicios estimativos o valorativos, quedan también fuera del ámbito de aplicación del principio de veracidad.²⁹ No obstante, debe aclararse que los juicios estimativos o valorativos no tienen naturaleza comparativa sino que únicamente son opiniones del anunciante acerca de la oferta propia, sin alusión o referencia alguna a la oferta del competidor. Esta última característica diferencia al juicio estimativo o valorativo de otras modalidades publicitarias tales como la publicidad comparativa, la publicidad adhesiva o la denigración publicitaria -incluyendo dentro de esta última a la publicidad de tono estrictamente personal.

Al respecto, la difusión de expresiones publicitarias cuyo contenido fuera opiniones del anunciante respecto del producto competidor destinadas a resaltar las ventajas de la oferta propia y las desventajas de la oferta ajena, constituiría publicidad comparativa ilícita, al infringir el principio de lealtad y configurar un acto de competencia desleal en la modalidad de acto de explotación de la reputación ajena, ello debido a la exigencia del modelo social de represión de la competencia desleal

²⁷ Ibid., p. 374-375.

²⁸ Ibid., p.375.

²⁹ Ibid., p.376.

de la verificación de un beneficio al interés superior de los consumidores para que se acepte el daño al competidor que inevitablemente se produce mediante la difusión de la comparación.

De otro lado, la difusión de expresiones publicitarias cuyo contenido fuera opiniones del anunciante respecto del producto competidor destinadas a equiparar ambas ofertas, constituiría publicidad adhesiva, es decir, publicidad manifiestamente ilícita, al infringir el principio de lealtad y configurar un acto de competencia desleal en la modalidad de acto de explotación de la reputación ajena, consistente en el aprovechamiento indebido de la imagen de la marca del competidor.

En cuanto a la diferencia entre el juicio estimativo o valorativo y la denigración publicitaria, en la primera se presentan únicamente opiniones acerca de la oferta propia, mientras que, en la segunda, se presentan únicamente opiniones -negativas- acerca de la oferta del competidor. La denigración publicitaria corresponde a una competencia de destrucción, por lo que es considerada un acto típico de competencia desleal. Una sub-especie de la denigración publicitaria la constituye la publicidad de tono estrictamente personal, en la cual, el anunciante establece una contraposición entre sí y su competidor, pero no en torno a sus respectivas ofertas sino en cuanto a sus características personales. Dichas características personales -tales como, por ejemplo, raza, nacionalidad, credo o ideas políticas- no son relevantes para el proceso de elección de un producto por el consumidor y, además, su difusión no es propia de la conducta de un leal y honesto comerciante y, menos aún, es permisible dentro de una sociedad democrática y respetuosa de la dignidad del ser humano.

*"El tercer tipo de expresiones publicitarias se determina por vía de exclusión frente a los dos tipos anteriores. Dos son, en efecto, los rasgos distintivos de este tercer tipo de expresiones publicitarias. A saber: por contraste con las expresiones del primer tipo, se trata de expresiones publicitarias concretas; y por contraste con las expresiones publicitarias del segundo tipo, se trata de expresiones publicitarias comprobables."*³⁰ Es a este tercer tipo de expresiones publicitarias al que debe aplicarse siempre el principio de veracidad, ya que estas expresiones tienen carácter informativo y porque existen pautas objetivas para fijar su exactitud o inexactitud.³¹

En síntesis, de la descripción y explicación de las tres categorías de expresiones publicitarias, puede observarse claramente que el anuncio materia de denuncia no contiene expresiones publicitarias que correspondan al juicio estimativo o valorativo sino que, por el contrario, contiene expresiones publicitarias emitidas en un entorno

³⁰ Ibid., p.378.

³¹ Ibid., p.378-379.

comparativo, dirigidas a resaltar supuestas ventajas -no comprobables- de la oferta propia sobre aquella del competidor. Así, el consumidor no tendrá jamás la posibilidad de verificar si aquello manifestado por el anunciante es cierto o no -ya que ello es imposible materialmente- y, en consecuencia, el consumidor se verá confundido e inducido a error al momento de efectuar su decisión de consumo.

Aún cuando lo señalado líneas arriba bastaría para determinar la existencia de una infracción al principio de veracidad -no por engaño directo ni por omisión de información sino por la difusión de un comercial estructurado de tal manera que induce a error al consumidor³²-, existe una agravante: los supuestos testigos del anuncio de DON JORGE serían ciudadanos extranjeros, exactamente, ciudadanos de los Estados Unidos de América, es decir, del país de origen de la bebida "Coca Cola", lo cual daría a entender que, hasta los consumidores habituales por excelencia de "Coca Cola" encuentran que el sabor de dicha bebida es el mismo que el de "Perú Cola", reforzando el mensaje publicitario transmitido y, con ello, el efecto de inducción a error al consumidor. En vista de ello, se ha verificado la existencia de una infracción al principio de veracidad por inducción a error al consumidor.

Finalmente, el uso de testimonios en publicidad comparativa requerirá que el anunciante cuente previamente con los estudios y pruebas documentales necesarias que sustenten tanto la existencia como el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en él, exigencia que no se cumple en este caso.

Por lo expuesto, corresponde revocar la resolución apelada en el extremo en que declaró infundada la denuncia y, reformándola, declararla fundada por la infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, concordado con los artículos 4, 5 y 7 de la misma norma así como con los artículos 1, 5, 6, 9 y 14 del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

III.3.6. Interpretación de los alcances del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691

Una vez aclarada la noción de "publicidad comparativa", es posible extraer del análisis efectuado líneas arriba, los siguientes principios interpretativos para la determinación de la licitud de la publicidad comparativa bajo los alcances de los dispuesto en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691:

³² Adicionalmente al artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, debe recordarse el texto expreso del artículo 9 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, referido a los actos de engaño, el cual dispone lo siguiente:

Artículo 9.- Actos de engaño:

Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance respecto de la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones.

(...) (Subrayado añadido)

1. La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.
2. El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 permite el uso de la publicidad comparativa como instrumento de la acción de concurrencia, sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida a los principios que rigen toda la actividad publicitaria. En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán calificados como publicidad comparativa ilícita.
3. El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal, recogido en el artículo 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.
4. La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo -es decir, deja de transmitir información al consumidor- teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.
5. La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.
6. La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial.

III.4. Graduación de la sanción

III.4.1 Objeto y finalidad de la sanción administrativa

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas. A manera de ejemplo, el fin de las multas de tránsito no es sólo castigar la conducta ilícita de los automovilistas imprudentes, sino que no vuelvan a efectuar maniobras que constituyan imprudencia temeraria. En el ejemplo, a la administración le interesa que con la sanción o la amenaza de ella, se induzca al administrado a no infringir las normas, de modo que el tránsito sea más seguro³³.

³³ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 2ª .ed. reimp. 2000. Madrid: Técnos, 2000. p. 145.

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

RESOLUCIÓN N° 0547-2004/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 051-2002/CCD

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en muchos supuestos no se requiere que una conducta genere un daño efectivo para que sea calificada como infracción y sea sancionada. En tales casos, la potencial afectación al bien jurídico protegido por la norma, justifica que se sancione la conducta. Un ejemplo de ello son las infracciones de tránsito por exceso de velocidad, en ellas no se requiere que el conductor haya atropellado a algún peatón u ocasionado un choque para imponerle una sanción, bastará que se verifique la conducta infractora, en atención a los efectos potenciales de su conducta sobre los bienes jurídicos protegidos por las normas de tránsito, como son la seguridad de los peatones y conductores.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 203 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

Sin embargo, no en todos los casos será suficiente con fijar una sanción que sea mayor o igual al beneficio esperado por el infractor a partir de la transgresión de la norma. Deberá tenerse en cuenta también la posibilidad de detección de la infracción.

En efecto, en caso que la infracción sea difícil de detectar, al momento de decidir si lleva a cabo la conducta prohibida, el administrado puede considerar que, pese a que el beneficio esperado no superase a la sanción esperada, le conviene infringir la norma, pues no existe mayor probabilidad de ser detectado. Por ello, para desincentivar una infracción que difícilmente será detectada es necesario imponer una multa más elevada a los infractores, a efectos de que reciban el mensaje de que, si bien puede ser difícil que sean hallados responsables, en caso que ello ocurra, recibirán una sanción significativamente mayor. Ello, con el objeto que los agentes consideren los costos de la conducta y sean incentivados a desistir de llevarla a cabo.

De tal modo, la multa deberá ser calculada en función al beneficio esperado dividido entre la probabilidad de detección. Ello garantiza que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo.

III.4.2 Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora otorgada a la Administración Pública debe ser ejercida necesariamente dentro de los parámetros fijados por el ordenamiento y conforme a los principios que deben inspirar el ejercicio del poder punitivo del estado.

La Ley del Procedimiento Administrativo General recoge los principios que rigen los procedimientos administrativos en general, así como aquellos principios especiales aplicables a los procedimientos sancionadores.

Dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos sancionadores debe destacarse el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido³⁴.

Además, los principios especiales que rigen el procedimiento sancionador son enunciados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General³⁵.

³⁴ Numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

³⁵ **Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad.-** Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. **Debido procedimiento.-** Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. **Razonabilidad.-** Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. **Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
5. **Irrretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
6. **Concurso de infracciones.-** Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
7. **Continuación de infracciones.-** Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
8. **Causalidad.-** La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
9. **Presunción de licitud.-** Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

Para efectos de la graduación de la sanción son de particular importancia los siguientes principios:

- Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
- Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

III.4.3 Criterios específicos para graduar la sanción

Debe tenerse en cuenta que en la medida que el procedimiento por infracción a las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor es de carácter especial, se rige por las normas específicas contenidas en los Decretos Legislativos N°s 691 y 807. Ello, sin perjuicio de que, por tratarse de un procedimiento de naturaleza sancionadora, las normas especiales deben ser interpretadas en concordancia con los principios generales que rigen este tipo de procedimientos.

Al respecto, en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 691 se delimita la cuantía de las multas que pueden ser impuestas por la Comisión:

Artículo 16.- *El incumplimiento de las normas establecidas por este Decreto Legislativo dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de anuncios y/o la rectificación publicitaria.*

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones al presente Decreto Legislativo serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

La rectificación publicitaria se realizará por cuenta del infractor, en la forma que determine la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que la publicidad objeto de sanción hubiera ocasionado.

10. **Non bis in idem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

III.4.4 Aplicación al caso

En el presente caso, esta Sala considera que la infracción cometida por DON JORGE es grave, debido al concurso de infracciones que se presenta en la difusión del anuncio materia de denuncia, tales como la infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 -debido a la difusión de publicidad comparativa ilícita, lo cual, a la vez, constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de acto de explotación de la reputación ajena, tipificado en el artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal-, la infracción al principio de veracidad contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691 -lo cual, a la vez, constituye un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, tipificado en el artículo 9 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal-, la infracción al principio de autenticidad de los testimoniales contenido en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 691, y la infracción al principio de lealtad contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691 -lo cual, al ser una conducta intrínsecamente desleal e impropia de un leal y honesto comerciante, constituye una infracción a la cláusula general de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

No obstante lo anterior, esta Sala aclara que únicamente está sancionando a DON JORGE por la infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 ya que dicha infracción es la más grave y es susceptible de producir los efectos más negativos tanto en el mercado de refrescos de cola como en la propia actividad publicitaria. En otras palabras, la sanción a imponerse mediante esta resolución, corresponde sólo a la infracción al artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, en aplicación del principio de subsunción de la pena vigente en el derecho sancionador.

En cuanto a la difusión del anuncio infractor, ésta se ha realizado en medios de comunicación masiva, tales como los canales 2, 4, 7, 9 y Canal N -este último correspondiente a la señal de televisión por cable- desde el 28 de abril de 2002 hasta el 9 de mayo de 2002. La cantidad de anuncios difundidos fue de ciento sesentinueve (169) anuncios correspondientes a la versión de treinta (30) segundos y noventa y seis (96) anuncios correspondientes a la versión de veinte (20) segundos.³⁶

El efecto negativo de la difusión del anuncio infractor es bastante profundo debido a que no se limita a la potencial o real detracción indebida de clientes a COCA COLA sino que se extiende a la defraudación de las expectativas de los consumidores en el mercado de refrescos de cola y, como consecuencia de esto último, se produce el efecto más grave: la disminución de la credibilidad de la

³⁶ A fojas 102 del expediente.

publicidad como transmisora de información relevante para el consumidor e instrumento de transparencia del mercado.

En vista de lo anterior, correspondería, en principio, imponer a DON JORGE una sanción de multa ascendente a veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias. No obstante ello, el carácter masivo de la difusión del anuncio infractor hacía posible y esperable la detección de la infracción por parte de esta autoridad administrativa, por lo que esta Sala califica la posibilidad de detección de la infracción como alta. Este hecho constituye una circunstancia que contribuirá a disminuir la sanción a imponerse a DON JORGE.

La alta probabilidad de detección de la infracción cometida por DON JORGE hace que deba disminuirse el monto de la sanción a una multa ascendente a quince (15) Unidades Impositivas Tributarias. De otro lado, el hecho que la Comisión falló en sentido opuesto a esta Sala, es decir, que la discusión en el presente procedimiento no versara sobre los hechos -los cuales, debido a la masividad de la difusión del anuncio infractor, han quedado totalmente acreditados- sino sobre cuestiones de derecho, tales como la interpretación sistemática de los alcances, contenido y sentido del artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, constituye una circunstancia que determina la reducción de la multa a imponerse a DON JORGE de quince (15) Unidades Impositivas Tributarias a diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

Finalmente, el hecho de la previa difusión masiva del antiguo precedente de observancia obligatoria, sancionado mediante la Resolución N° 168-97-TDC que, aunque referido al texto original del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, indudablemente brindaba información susceptible de inducir a error a los administrados -el mensaje implícito en dicho precedente era que el uso de afirmaciones no comprobables en publicidad comparativa no afectaba los principios de lealtad y veracidad-, hace que esta Sala considere conveniente variar la sanción de multa a una sanción de amonestación a fin de que el administrado -en este caso, DON JORGE- no se vea gravado por las posibles consecuencias de una anterior actuación errada de la autoridad administrativa.

III.4.5. La responsabilidad solidaria de PANORAMA

El artículo 13 del Decreto Legislativo N° 691 establece que la responsabilidad por la infracción de las normas publicitarias de contenido es solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad³⁷. El sentido de dicha disposición consiste en establecer

³⁷ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 13.-**

Tratándose del contenido de los anuncios se considera responsable a la persona natural o jurídica anunciante. En el caso de las normas de difusión será responsable el titular del medio de comunicación social.

Por ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el anuncio, cuando la infracción se encuentre en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado.

legalmente la solidaridad en el pago de la obligación resultante de la infracción. Así, la disposición del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 691 únicamente tiene sentido cuando se impone una sanción de multa, siendo el anunciante y la agencia de publicidad responsables solidariamente por su pago.

En el presente caso, dado que la sanción impuesta es la de amonestación, carece de objeto declarar que DON JORGE y PANORAMA son responsables solidarias, pues no existe pago alguno que efectuar. No obstante ello, se aclara que PANORAMA, como agencia de publicidad, también es infractora del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 y que, por tanto, la sanción de amonestación le alcanza también en calidad de infractora, no aplicándose únicamente el criterio de la responsabilidad solidaria en el pago de la sanción debido a la inexistencia de un pago por efectuar.

III.5. Medidas complementarias

En aplicación del artículo 16 del Decreto Legislativo N° 691 y, dado que en el presente procedimiento se ha acreditado que el anuncio materia de denuncia infringió lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, corresponde ordenar a DON JORGE y a PANORAMA, en calidad de medida complementaria, el cese definitivo de la difusión del anuncio infractor así como de otros anuncios que entablen una comparación, basada en características no comprobables, entre los productos identificados con las marcas "Perú Cola" y "Coca Cola".

III.6. Difusión de la presente resolución

En aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807³⁸ y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del principio que se enuncia en la parte resolutive. Adicionalmente, corresponde oficiar al Directorio del Indecopi para que éste ordene la publicación de la misma en el diario oficial El Peruano.

³⁸ **Decreto Legislativo N° 807. Artículo 43.-**

Las resoluciones de las Comisiones, de las Oficinas y del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación constituirán precedente de observancia obligatoria, mientras dicha interpretación no sea modificada por resolución debidamente motivada de la propia Comisión u Oficina, según fuera el caso, o del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación obligatoria de las resoluciones que emita la institución en el diario oficial "El Peruano" cuando lo considere necesario por tener dichas resoluciones, las características mencionadas en el párrafo anterior o por considerar que son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar infundado el pedido de nulidad de la Resolución N° 4 del 28 de abril de 2003, mediante la cual, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal concedió el recurso de apelación de fecha 15 de abril de 2003 interpuesto por The Coca Cola Company.

SEGUNDO: denegar el pedido de informe oral presentado por The Coca Cola Company.

TERCERO: revocar la Resolución N° 029-2003/CCD-INDECOPI que (i) declaró infundada la denuncia de fecha 7 de mayo de 2002 presentada por The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. por presuntas infracciones al artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor; (ii) denegó la solicitud presentada por The Coca Cola Company para que se ordene la publicación de la resolución; y, (iii) denegó la solicitud presentada por Embotelladora Don Jorge S.A.C. para que se ordene a The Coca Cola Company el pago de las costas y costos incurridos por su empresa.

CUARTO: declarar fundada la denuncia de fecha 7 de mayo de 2002 presentada por The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. por la infracción al artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

QUINTO: sancionar a Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. con una amonestación.

SEXTO: ordenar a Embotelladora Don Jorge S.A.C. y a Panorama Internacional S.A., en calidad de medida complementaria, el cese definitivo de la difusión del anuncio infractor así como de otros anuncios que entablen una comparación, basada en características no comprobables, entre los productos identificados con las marcas "Perú Cola" y "Coca Cola".

SÉPTIMO: de conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807, declarar que la presente resolución constituye precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

1. *La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.*
2. *El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 permite el uso de la publicidad comparativa como instrumento de la acción de concurrencia, sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida a los principios que rigen toda la actividad publicitaria. En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán*

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

RESOLUCIÓN N° 0547-2004/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 051-2002/CCD

- calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán calificados como publicidad comparativa ilícita.*
3. *El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal, recogido en el artículo 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.*
 4. *La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo -es decir, deja de transmitir información al consumidor- teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.*
 5. *La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.*
 6. *La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial.*

OCTAVO: solicitar al Directorio del Indecopi que ordene la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

NOVENO: aprobar el anexo interpretativo orientador que se incluye como parte integrante del presente pronunciamiento.

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Durand Carrión, Santiago Francisco Roca Tavella, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

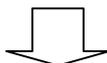
**JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Presidente**

ANEXO

¿CUÁL ES LA NORMA BASE DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA?

Decreto Legislativo N° 691. Artículo 8.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores.

La publicidad comparativa es, EN PRINCIPIO, lícita. ¿Quiere ello decir que será SIEMPRE lícita? **NO**. Al igual que en el caso de la publicidad en general, la publicidad comparativa **DEBE RESPETAR** los principios que rigen la actividad publicitaria, entre ellos: veracidad y **LEALTAD**.



EL PRINCIPIO DE LEALTAD

Decreto Legislativo N° 691. Artículo 7.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil. Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.

Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.

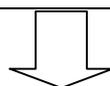
El principio de lealtad es un principio-guía de la actividad publicitaria en general, significa que todo anunciante debe comportarse como un leal y honesto comerciante. Su contenido es brindado por el artículo 6 del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.



¿QUÉ ES COMPETENCIA DESLEAL?

Decreto Ley N° 26122. Artículo 6.- Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas.

¿Se encuentra incluida la publicidad dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal? **SI**. Obsérvese que la ley menciona claramente que **TODA** conducta contraria a (i) la buena fe comercial; (ii) el normal desenvolvimiento de actividades económicas; y, (iii) las normas de corrección en las actividades económicas, es considerada un **ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL, SIN EXCEPCIÓN ALGUNA**.



¿POR QUÉ UTILIZAR AFIRMACIONES SUBJETIVAS EN PUBLICIDAD COMPARATIVA ES ILEGAL?

Artículo 14.- Explotación de la reputación ajena: Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

El uso de afirmaciones subjetivas en publicidad comparativa es **ILEGAL** debido a su naturaleza de ACTO DE COMPETENCIA DESLEAL en la modalidad de EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA.

En el viejo **MODELO PROFESIONAL** de represión de la competencia desleal, la publicidad comparativa se encontraba **ABSOLUTAMENTE PROHIBIDA** debido a que significaba un daño al competidor.

El **MODELO SOCIAL** de represión de la competencia desleal, acepta que la publicidad comparativa produce daño al competidor; **SIN EMBARGO**, afirma que la publicidad comparativa -en cuanto sirva al **INTERÉS SUPERIOR DEL CONSUMIDOR** brindándole INFORMACIÓN- deberá ser tolerada. En tal sentido, la publicidad comparativa basada en afirmaciones OBJETIVAS (siempre y cuando ellas sean verdaderas) será considerada LEAL y LEGAL, pues produce un **DAÑO CONCURRENCIAL LÍCITO** a los competidores. En cambio, la publicidad comparativa basada en afirmaciones SUBJETIVAS (las cuales no son ni verdaderas ni falsas) será considerada DESLEAL e ILEGAL, pues produce **DAÑO** a los competidores **SIN** brindar ningún beneficio a cambio a los consumidores: **ES UN DAÑO INJUSTIFICADO Y, POR TANTO, ILÍCITO A LOS COMPETIDORES**.