



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

RESOLUCIÓN N° 001-2018-LIN-CCD/INDECOPI

Lima, 26 de diciembre de 2018

Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal:

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 45 del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, modificado por Decreto Supremo N° 107-2012-PCM, establece que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal vela por el cumplimiento del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

Que, el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal establece como una de las atribuciones de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal la expedición de Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas contenidas en el citado cuerpo legal.

Que, la supervisión y fiscalización de la competencia desleal como herramienta fundamental para un correcto desarrollo económico, en beneficio de los ciudadanos, el empresariado y el propio Estado, requiere de un marco regulatorio claramente definido y aplicado para los agentes económicos, lo que sólo será posible si la actuación de la administración es predecible y eficiente.

RESUELVE:

Aprobar los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, los mismos que forman parte integrante de la presente resolución.

Con la intervención de los señores Comisionados: Javier Pazos Hayashida, Ana María Capurro Sánchez, Galía Mac Kee Briceño y Andrés Escalante Márquez.

JAVIER PAZOS HAYASHIDA
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LINEAMIENTOS SOBRE COMPETENCIA DESLEAL Y PUBLICIDAD COMERCIAL

Lima, 26 de diciembre de 2018

1. INTRODUCCION

La difusión de estos lineamientos tiene por finalidad:

- a) Facilitar a los agentes económicos el conocimiento de las reglas establecidas con el fin de cautelar el derecho a la información de los consumidores y asegurar la buena fe empresarial; y,
- b) Promover el correcto funcionamiento del mercado, con el propósito de que la leal y honesta competencia genere bienestar para todos.

El artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal establece como una de las atribuciones de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal la expedición de Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas contenidas en el citado cuerpo legal. En tal sentido, el presente documento ha sido elaborado por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de conformidad con dicha atribución legal.

Finalmente, cabe precisar que los Lineamientos constituyen una recopilación de los criterios empleados hasta la fecha por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, así como de los órganos colegiados que los han precedido, para resolver los procedimientos sancionadores por infracción a la regulación sobre competencia desleal y publicidad comercial. El presente documento es una recopilación actualizada de los lineamientos aprobados anteriormente por la Comisión sobre las referidas materias¹. En tal sentido, es importante tener en consideración que el presente documento no tiene carácter vinculante, sino únicamente informativo y referencial.

2. GLOSARIO DE TÉRMINOS

- a) **Código de Protección y Defensa del Consumidor:** Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- b) **Comisión:** Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI.
- c) **Constitución:** Constitución Política del Perú.
- d) **INDECOPI:** Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
- e) **Ley de Represión de la Competencia Desleal:** Decreto legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- f) **Sala:** Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi.
- g) **Secretaría Técnica:** Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.
- h) **UIT:** Unidades Impositivas Tributarias.

¹ Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI; y, Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante Resolución N° 001-2016-LIN-CD1-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

3. PRINCIPIOS GENERALES

3.1. Marco Constitucional Económico

Un sistema económico es la forma organizada en la que un Estado o Nación asigna sus recursos y distribuye bienes y servicios en la comunidad nacional². En el caso del Perú, de conformidad con lo establecido por el artículo 58 de la Constitución, la iniciativa privada en materia económica es libre y se ejerce dentro del marco de una Economía Social de Mercado, en la cual corresponde al Estado orientar el desarrollo del país, interviniendo principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

De otro lado, el artículo 59 de la Constitución prescribe que el Estado garantiza la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria y agrega que el ejercicio de dichas libertades no debe ser lesivo a la moral, la salud y a la seguridad pública. Al respecto, es importante destacar que la libertad económica fomenta la innovación y la creatividad en beneficio del consumidor, al brindarle más y mejores opciones para elegir.

Finalmente, es importante tener en consideración que el artículo 60 de la Constitución establece que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

3.2. Finalidad de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

Conforme a lo establecido en el artículo 1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la finalidad del citado cuerpo legal es reprimir todo acto o conducta que tenga por efecto, impedir o afectar el “adecuado funcionamiento del proceso competitivo”. En este punto, es importante enfatizar que el hecho de que el bien jurídico que busca tutelar sea el “adecuado funcionamiento del proceso competitivo”, implica necesariamente que la autoridad fiscalizadora de la competencia desleal procure el logro de la eficiencia económica, en cada una de sus decisiones, mediante la defensa de los consumidores, proveedores y el orden público económico.

En suma, la Ley de Represión de la Competencia Desleal busca que el mercado asigne los recursos de manera eficiente y eficaz, asegurando el “adecuado funcionamiento del proceso competitivo”, mediante la supervisión y fiscalización de los actos contrarios a la buena fe empresarial, en beneficio de todos los agentes que participan en el mercado.

Es así que el sistema de competencia desleal peruano acoge el denominado modelo social de represión de la competencia desleal, el cual se concentra en la protección del proceso competitivo. De esta manera, la tutela frente a esta clase de prácticas se encuentra dirigida a la protección al mercado, como orden público económico, así como a los consumidores, bajo el entendido de que cualquier afectación al orden concurrencial también genera perjuicios a estos³.

² Definición extraída del sitio web www.businessdictionary.com. “Economic System: An organized way in which a state or nation allocates its resources and apportions goods and services in the national community”.

³ Resolución N° 0143-2015/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

3.3. **Ámbito de aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal**

La Ley de Represión de la Competencia Desleal es aplicable a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado, incluyéndose bajo su aplicación los actos realizados a través de publicidad. En este punto, es preciso destacar que en ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

En tal sentido, para la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal resulta de vital importancia que el hecho materia de análisis tenga como efecto o finalidad la concurrencia en el mercado. Al respecto, en criterio que comparte la Comisión, la Sala ha señalado que "(...) la definición de acto concurrencial exige que como consecuencia directa de su ejecución el acto tenga la idoneidad para producir una modificación en el comportamiento de los consumidores, desviando sus decisiones de compra respecto de un mercado determinado o identificable. En línea con lo anterior debe precisarse que si bien la idoneidad descrita no requiere que se verifique la producción efectiva del daño concurrencial, pudiendo ser este potencial, lo que sí debe existir es el mercado determinado sobre el cual se produce la afectación y a partir del cual se puede evaluar la existencia de una afectación del orden económico. En tal sentido, si el acto no se exterioriza en el mercado donde interactúan la oferta y la demanda, o no es susceptible, en sí mismo, de producir –ya sea real o potencialmente– un efecto de posicionamiento para el empresario que lo ejecuta, no sería una conducta sujeta al ámbito objetivo de aplicación de la ley. Así, un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete, procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo".⁴

Asimismo, se ha considerado que "(...) se distingue a un acto con finalidad concurrencial cuando: (i) se ejecuta o materializa en un determinado mercado de bienes o servicios; (ii) siendo susceptible de generar un beneficio mercantil, atrayendo las preferencias de los consumidores. Así por ejemplo, un acto de este tipo se materializará cuando un anunciante difunde publicidad televisiva destacando las ventajas de sus productos y/o servicios que brinda en el mercado".⁵ De igual manera, en diversos pronunciamientos se ha considerado que "serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que las realiza."⁶

Al respecto, otro ejemplo útil resulta ser el caso en donde se realizó una charla dentro de la cual se efectuaron las afirmaciones presuntamente denigratorias en contra de un agente económico; sin embargo, se observó que dicha reunión no había sido realizada en un ámbito propio de mercado, en tanto se circunscribió al personal de una institución pública, sin que exista algún elemento que permita considerar que se trató de un evento abierto al público en general o que estuviese dirigido a agentes económicos eventuales (por ejemplo, vendedores y compradores de productos), por lo que la conducta cuestionada no podía afectar, de forma efectiva o potencial, el proceso competitivo en el mercado, encontrándose fuera del ámbito de la legislación⁷.

⁴ Resolución N° 0564-2014/SDC-INDECOPI.

⁵ Resolución N° 0083-2014/SDC-INDECOPI.

⁶ Resolución N° 0188-2013/SDC-INDECOPI, Resolución N° 0496-2013/SDC-INDECOPI, Resolución N° 0143-2015/SDC-INDECOPI, entre otras.

⁷ Resolución N° 0150-2018/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

De igual manera, la Secretaría Técnica y la Sala han declarado improcedente la denuncia presentada por una persona natural que denunció la difusión de la imagen de su familia y hogar sin autorización, debido a que la afectación alegada por el denunciante a lo largo del procedimiento, se encontraba enfocada a la esfera de la intimidad de la persona, no evidenciándose la existencia de una afectación al proceso competitivo, bien jurídico protegido por Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁸

De igual modo, la Comisión y la Sala determinaron que el solo hecho que el autor de una obra realice actuaciones invocando tal derecho, no determina que actúe en el mercado ofreciendo o demandando bienes o servicios como un agente económico, siendo que solo podría actuar como tal en el supuesto que ejerza sus derechos patrimoniales (por ejemplo, poniendo en venta las reproducciones de su obra). Es así que, en la medida que estos derechos patrimoniales son transferibles, resulta posible que, en determinados casos, la actividad económica relacionada al aprovechamiento de una obra recaiga en un tercero, el cual tendrá la calidad de agente económico sujeto a la aplicación de las normas de represión de la competencia desleal, en el marco de su actuación en el mercado.⁹

De otro lado, la Ley de Represión de la Competencia Desleal se aplica a todas las personas naturales o jurídicas que realicen actividad económica. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores. Asimismo, las personas jurídicas también son responsables por los actos que realicen sus trabajadores o dependientes, si es que dichos actos se realizan por encargo suyo.

Al respecto, un ejemplo se dio en el caso de una empresa que alegó que la responsabilidad por la publicidad difundida en su establecimiento recaía en la química farmacéutica que atendía en el mismo. Al respecto, la Comisión y la Sala observaron que dado que es la trabajadora de dicha empresa quien la representa frente a los consumidores, todos los actos que realice, así como los medios que utilice para difundir y comercializar sus productos tendrán repercusiones sobre la referida empresa, por lo que esta última resultaba responsable por la publicidad difundida en su local¹⁰.

Respecto del ámbito de aplicación territorial, la Ley de Represión de la Competencia Desleal se aplica a todas aquellas conductas que produzcan o puedan producir efectos, en todo o en parte del territorio nacional, con prescindencia del lugar de su realización, es decir, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.

En particular, se puede mencionar como un ejemplo el caso en donde una empresa denunció a un agente económico que difundió a través de la señal por cable una publicidad presuntamente comparativa, siendo que, en aquel momento el producto de la empresa denunciada no se comercializaba en el mercado peruano, siendo que posteriormente a la difusión del anuncio, se produjo la venta del producto en el territorio nacional. Al respecto, se consideró que si bien la difusión de la publicidad del producto de la denunciada a la cual tuvieron acceso los usuarios peruanos de la señal por cable se inició cuando aún no se vendía dicho producto en territorio nacional, lo cierto es que la difusión que se produjo durante dicho periodo sí podría ser susceptible de generar algún impacto favorable en la posición competitiva o concurrencial del agente económico investigado en territorio nacional, considerando que, por su efecto residual, este anuncio pudo haber sido una herramienta que la empresa denunciada utilizó para posicionar el producto que introdujo solo meses

⁸ Resolución N° 0682-2016/SDC-INDECOPI.

⁹ Resolución N° 0056-2018/SDC-INDECOPI.

¹⁰ Resolución N° 0074-2018/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

después en el mercado peruano. Es así que, se determinó que si bien no existió un impacto adverso inmediato, pues al inicio de la difusión del anuncio no se vendía aún el producto de la denunciada en el Perú, el efecto residual de dicha publicidad –la cual continuaba siendo difundida en aquella oportunidad– acreditaba que su difusión respondía a una estrategia de posicionamiento del producto que se introdujo al mercado nacional solo unos meses después y, por consiguiente, el acto denunciado sí calificaba como un acto de competencia en el mercado peruano¹¹.

4. PROHIBICIÓN GENERAL DE LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

4.1. Cláusula general

La “cláusula general” constituye la tipificación expresa de los actos de competencia desleal, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción en contra de dichos actos. En tal sentido, los actos descritos en la legislación sobre competencia desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa, tanto a la Administración como a los administrados.¹²

Bajo la concepción descrita precedentemente, el artículo 6 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal prescribe que se encuentran “prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten”. Asimismo, el citado artículo establece que “un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la competencia en una economía social de mercado”.

Un ejemplo de caso infractor a la cláusula general, es el supuesto vinculado a que un agente económico realice diversas solicitudes para el registro de distintas marcas extranjeras pertenecientes a empresas foráneas, sin contar con su debida autorización, esto como una estrategia para impedir el ingreso o entorpecer la permanencia de importadores de productos protegidos con estas marcas en el mercado nacional. Es así que esta práctica ocurre, por ejemplo, cuando un agente implementa un uso sistematizado de registro de marcas sin hacer uso de tales signos distintivos, y con el solo propósito de entorpecer el ingreso y permanencia de empresas en un determinado mercado. De este modo, el objetivo desleal de esta conducta sería impedir el ingreso de marcas extranjeras al territorio nacional.¹³

En atención a este supuesto, se puede resaltar el caso en donde una empresa denunció como una presunta infracción a la cláusula general el uso desleal del sistema de registro de marcas por parte de un agente económico. Es así que la denunciante cuestionó que una empresa habría realizado diversas oposiciones, así como cancelaciones y/o pedidos de nulidad de forma sistemática y arbitraria, con el propósito de entorpecer su permanencia en el mercado. Al respecto, se observó que los diversos cuestionamientos efectuados por la empresa denunciada ante la autoridad competente de signos distintivos se efectuaron sobre

¹¹ Resolución N° 2762-2010/SC1-INDECOPI.

¹² ARAMAYO, Abelardo y otros. “Competencia Desleal y Regulación Publicitaria”. Lima: INDECOPI, 2013, p. 57, a propósito del Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI.

¹³ Caso recopilado por RODAS, Carlos en ARAMAYO, Abelardo y otros. “Competencia Desleal y Regulación Publicitaria”. Lima: INDECOPI, 2013, p. 63. Para mayor información ver la Resolución N° 183-2010/CCD-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

la base de decisiones de autoridades judiciales y administrativas que le habrían reconocido determinados derechos a su favor. De este modo, la Comisión y la Sala consideraron que la conducta de la imputada estaba orientada a ejercer un derecho que se le había reconocido previamente en el fuero administrativo y judicial; por lo que se determinó que estas acciones no fueron empleadas de manera desleal; y, en consecuencia, se desestimó la denuncia en cuestión¹⁴.

De manera adicional, otro supuesto infractor de la cláusula general es cuando un agente económico utiliza de manera indebida el sistema legal para entorpecer el normal desarrollo de las actividades empresariales de un competidor. En particular, en este tipo de casos se observa una manipulación del poder estatal mediante la utilización indebida de procesos judiciales o procedimientos administrativos, los cuales se dan en atención a una estrategia en la cual una empresa formula diversas acciones que carecen de un fundamento objetivo, siendo en si destinados a entorpecer la actividad empresarial de un competidor, obstaculizando de esta forma su concurrencia en el mercado¹⁵.

Por ejemplo, una empresa de cementos denunció a su competidor debido a que este habría realizado diversas comunicaciones a autoridades administrativas e interpuso una demanda en la vía judicial para entorpecer su permanencia en el mercado, siendo que el denunciante sostuvo que estas eran acciones que carecerían de sustento jurídico y/o fáctico. Al respecto, la Comisión determinó que las acciones cuestionadas se basaban en un sustento mínimo a nivel jurídico y fáctico de la empresa denunciada, siendo competencia de las autoridades correspondientes evaluar este sustento, por lo que no se observó un actuar contrario a la buena fe empresarial; y, en ese sentido, se declaró infundada la denuncia por presunta infracción a la cláusula general¹⁶.

Del mismo modo, otro supuesto infractor de la cláusula general se ha dado mediante la comercialización de bienes para los cuales se necesita obtener una licencia de uso correspondiente pero que no se ha obtenido la autorización del titular, lo cual es un acto contrario a la buena fe empresarial, puesto que dicho agente participa en el mercado sin asumir los costos en los que otros agentes en el mercado incurren para comercializar dichos bienes. En particular, la Comisión y la Sala han venido sancionando a empresas que han explotado la imagen de futbolistas mediante la comercialización de álbumes de cromos, incluso en los casos en que dichos productos se entreguen como regalo por la compra de un diario, sin contar con la autorización de dichas personas, las asociaciones a las que pertenecen u otro a quien éstos hubieran cedido sus derechos para la explotación comercial de su imagen.¹⁷

Finamente, un ejemplo más resulta ser la denuncia en contra de una empresa por haber utilizado a su favor la relación de los potenciales clientes de la empresa denunciante, obtenida a través de su accionista principal, lo cual constituiría un acto de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general. Al respecto, la Comisión y la Sala observaron que no se acreditó que la mencionada relación de potenciales clientes hubiese sido puesta en conocimiento de la empresa denunciada, ni que ésta hubiese usado la misma y no otros medios alternativos para contactar a los agentes económicos con los que mantiene una relación comercial.¹⁸

¹⁴ Resolución N° 0098-2018/SDC-INDECOPI.

¹⁵ Resolución N° 0353-2016/SDC-INDECOPI.

¹⁶ Resolución N° 0173-2018/CCD-INDECOPI.

¹⁷ Resolución N° 1521-2012/SC1-INDECOPI.

¹⁸ Resolución N° 0026-2018/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

4.2. Condición de ilicitud

El artículo 7 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal prescribe que la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización y que tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

Al respecto, se ha destacado que el ilícito de competencia desleal tiene un criterio de responsabilidad objetiva, debido a que la legislación de la materia no exige para la configuración de la infracción de un elemento subjetivo de culpabilidad o intención del agente imputado, así como tampoco se requiere que se consume un daño real, bastando el perjuicio potencial derivado de la conducta¹⁹.

5. LISTADO ENUNCIATIVO DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

5.1. Actos de Engaño

Conforme a lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de engaño son aquellos que tienen como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado, o inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

En esa línea, el artículo 13 del Código de Protección y Defensa del Consumidor establece que la protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

Sobre el particular, es importante tener en consideración que la carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. Asimismo, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

En este punto, la Comisión coincide con la Sala respecto de que la metodología para evaluar si determinada información contenida en un anuncio publicitario resulta engañosa o no, consta de los siguientes pasos: (i) se debe determinar, a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, el contenido del mensaje que reciben los consumidores;

¹⁹ Resolución N° 2361-2013/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

y, (ii) una vez determinado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe disconformidad, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad²⁰.

Así, se puede observar que, en principio, las afirmaciones susceptibles de generar engaño son las que un consumidor percibe, mediante una interpretación integral y superficial de la comunicación o anuncio en el que se encuentren contenidas, como objetivamente comprobables, es decir, mensurables mediante un sistema de medición comúnmente aceptado. De manera ilustrativa, afirmaciones tales como tener la calidad de “hotel”²¹ o “contar con convenios” con alguna institución u organización²², son afirmaciones que los consumidores perciben como comprobables y, por lo tanto, pueden configurar actos de engaño si es que lo informado al destinatario de la comunicación no se condice con la realidad.

En este punto, cabe destacar que los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño pueden producirse mediante un engaño directo, consistente en que el mensaje publicitario no se condice con la realidad²³. Un caso ejemplificador resulta aquel en donde una empresa difundió una publicidad televisiva que indicaba una frase tal como: “Estudios realizados en Europa concluyeron que el uso de nuestro producto mejora la fortaleza y el volumen del cabello. Lo que es un indicativo de una disminución en la caída del cabello”; sin embargo, dicha afirmación no fue acreditada como veraz por el anunciante, por lo que indujo a error a los consumidores respecto de que el uso de dicho producto mejoraría la fortaleza y volumen del cabello.²⁴

Un ejemplo complementario, es el caso de empresas inmobiliarias que difundieron un anuncio que tenía como mensaje publicitario que el edificio denominado “Río Business Center” contaría con una “sala de conferencias con proyectores multimedia en el último nivel”. Al respecto, los anunciantes tenían el deber de sustanciación previa, lo cual implicaba que al momento de la difusión del material publicitario, debían contar con la documentación que acredite el mensaje objetivo trasladado al mercado; sin embargo, en el expediente no constaba medio probatorio alguno que acredite que al momento de la difusión del volante cuestionado, las imputadas contaban con documentación que pruebe que el mensaje difundido era cierto, inclusive durante el procedimiento, se reconoció que dicho ambiente no fue parte del proyecto inmobiliario “Río Business Center” dado que no se encontraba planificado, por ello se determinó que el mensaje publicitario era falso.²⁵

De igual modo, otro ejemplo se dio en el caso referido a una empresa dedicada a prensa escrita que difundió publicidad en la que se consignaba que su producto “es el diario más leído en Piura”; no obstante, el estudio presentado por la empresa denunciada con el objeto de sustentar lo afirmado en su publicidad, no acreditaba la veracidad del mensaje transmitido en el mercado. En virtud a lo anterior, se determinó que el mensaje publicitario difundido era engañoso.²⁶

²⁰ Resolución N° 0219-2018/SDC-INDECOPI.

²¹ Resolución N° 0044-2018/SDC-INDECOPI.

²² Resolución N° 0052-2018/SDC-INDECOPI.

²³ Resolución N° 0072-2018/SDC-INDECOPI.

²⁴ Resolución N° 0023-2017/SDC-INDECOPI.

²⁵ Resolución N° 0055-2016/SDC-INDECOPI.

²⁶ Resolución N° 0200-2018/SDC-INDEC



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

En ese sentido, un ejemplo más, es el de una empresa de servicios estéticos que difundió en su publicidad la afirmación “único y efectivo tratamiento en el Perú para eliminar la celulitis”; sin embargo, no cumplió con acreditar la veracidad del mensaje publicitario, por lo que resultaba ser publicidad engañosa.²⁷

De la misma forma, un ejemplo en el mercado de telefonía móvil, es el caso en el cual una empresa difundió como mensaje unificador de su campaña publicitaria que brindaba el servicio de telefonía móvil con el internet más rápido del Perú; sin embargo, no presentó los medios probatorios que puedan sustentar el mensaje difundido, siendo que el uso de aplicativos para evaluar este aspecto no resultaba suficiente para cumplir con acreditar la veracidad de su mensaje²⁸. Asimismo, un caso similar fue aquel en el que se difundió la frase “15 millones de peruanos habrían descargado la app de Open Signal y se habrían sometido a una medición de velocidad y cobertura verificando que cuenta con la mayor velocidad y mejor cobertura del país” a pesar que esta afirmación no resultaba ser cierta dado que en la página web de la propia empresa Open Signal se consignaba que fueron considerados 357 294 usuarios, no siendo estos únicamente peruanos sino todos los usuarios de la aplicación de Open Signal a nivel mundial²⁹.

Igualmente, ocurrió un caso en donde una empresa de leche difundió publicidad en empaque consignando la frase “sin lactosa”, así como resaltó sus beneficios consignando la indicación “una mejor digestión”. Al respecto, se consideró que el consumidor expuesto a este tipo de publicidad asumiría que el producto promocionado se diferencia de aquellos similares en el mercado (por ejemplo, la leche evaporada baja en grasa o la leche evaporada entera), debido a que no contiene lactosa en su composición, siendo que la mención de beneficios reforzaba la interpretación natural de que el producto carece de lactosa. Sin embargo, en el rotulado del producto se apreciaba que este contenía 0,5 gramos de lactosa por 100 gramos de porción, por lo que el anunciante no acreditó la veracidad de la frase contenida en la publicidad imputada³⁰.

Del mismo modo, se dio el caso en donde una empresa que comercializa colchones difundió en sus productos imágenes de la mota de algodón y la frase “100% algodón”, los cuales daban a entender que su colchón tiene a dicho insumo como elemento principal, esto es, que habría sido elaborado totalmente de algodón; sin embargo, no se presentó medio probatorio alguno que acredite la veracidad de esta afirmación.³¹

De la misma manera, otro caso resulta ser el de una empresa de telefonía móvil que difundió una campaña denominada “4G LTE ilimitado en todo el Perú”, la cual daba a entender que los usuarios postpago tendrían acceso al internet 4G LTE ilimitado en todo el territorio peruano; sin embargo, la empresa denunciada no acreditó que el beneficio ofrecido pueda hacerse efectivo en toda el área geográfica del Perú, pues si bien ha presentado documentación dirigida a probar que existen líneas con tecnología 4G en cada departamento del Perú, lo cierto es que ello no determinaba que sea posible disfrutar la promoción publicitada en, al menos, las provincias que conforman tales departamentos que integran el territorio nacional, por lo que se consideró que el mensaje cuestionado resultaba engañoso³².

²⁷ Resolución N° 0216-2018/SDC-INDECOPI.

²⁸ Resolución N° 0216-2018/SDC-INDECOPI.

²⁹ Resolución N° 0073-2018/SDC-INDECOPI.

³⁰ Resolución N° 0066-2016/SDC-INDECOPI.

³¹ Resolución N° 0468-2017/SDC-INDECOPI.

³² Resolución N° 0088-2018/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Además, en el mercado de telefonía, se dio el caso en el que una empresa difundió una campaña publicitaria en la que señalaba que todos los usuarios y potenciales usuarios tenían acceso a la promoción de WhatsApp ilimitado sin saldo y sin recargas; sin embargo, dicha afirmación resultaba contraria a las condiciones y restricciones de la promoción contenidas en la página web de la empresa (por ejemplo, se indicaba que, para acceder a dicha promoción, el usuario prepago debía de efectuar una recarga mínima de 5 soles), lo cual inducía a error a los consumidores y potenciales clientes prepago y postpago de la misma³³.

De otro lado, un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño puede producirse mediante la inducción a error al consumidor, que consiste en que el destinatario de la publicidad entiende un mensaje distinto al real debido a la forma cómo fueron expresadas las afirmaciones -ambigüedad- o se ve influenciado por el contenido de la publicidad, sin conocer información que, de haber sido difundida, hubiese alterado el mensaje transmitido -omisión de información relevante. En particular, respecto de este supuesto, debido a que no toda información aludida en la publicidad es relevante, a fin de evitar cargar el anuncio con información que diluya el mensaje principal del mismo, se permite al anunciante indicar en su publicidad un medio complementario de fácil acceso para que los consumidores puedan contar con tal información. De este modo, esto resulta legítimo, en tanto la información en mención no desvirtúe lo señalado en la parte captatoria del anuncio³⁴.

Por ejemplo, se sancionó a una empresa del rubro de combustibles que promocionaba un sorteo, mediante cupones publicitarios, consignando como ofrecimiento principal la frase "Combustible gratis para toda la vida". Al respecto, de la revisión de la publicidad, la Comisión y la Sala consideraron que la frase "Combustible gratis para toda la vida" no era genérica, puesto que el entendimiento usual de un consumidor lo lleva a concluir que, de ganar el referido sorteo, tendría gasolina gratis para toda su existencia. Por ello, se consideró que un consumidor entendería que el sorteo le otorgaría un premio que permite a su ganador abastecerse indefinidamente de gasolina gratis, esto es, sin sujetarse a algún límite de consumo y por toda la vida del elegido en el sorteo. Sin embargo, conforme lo indicado en el reverso de los cupones, en letras pequeñas, dicho premio consistía en realidad en la entrega de S/. 180 000.00 en efectivo, considerando un consumo mensual de S/. 600.00 por veinticinco (25) años, por lo que el mensaje consignado en la parte captatoria de los cupones publicitarios indujo a error a los consumidores, configurándose un acto de engaño³⁵.

De igual manera, otro ejemplo es el caso de una Universidad que difundió dos (2) anuncios publicitarios (página web y folleto) mediante los cuales ofrecía la carrera de "Urgencias Médicas y Desastres" como una rama de la "Tecnología Médica" y que los egresados de dicha carrera tenían como su campo laboral la posibilidad de trabajar en clínicas, hospitales y otros. En atención a ello, la Comisión y la Sala consideraron que dichas piezas publicitarias transmitían dos ideas: (1°) que la carrera de "Urgencias Médicas y Desastres" de dicha casa de estudios constituía una rama de la "Tecnología Médica"; y, (2°) que como parte del campo laboral de los egresados de la carrera de "Urgencias Médicas y Desastres" de dicha casa de estudios se encontraba el ejercicio profesional en la atención de la salud en clínicas, hospitales y otros; sin embargo, dichos mensajes no fueron veraces dado que, según las normas vigentes, la carrera ofrecida por la Universidad no se encontraba incluida como una especialidad y/o área dentro de la disciplina científica de la "Tecnología Médica" así como

³³ Resolución N° 0362-2017/SDC-INDECOPI.

³⁴ Resolución N° 0088-2018/SDC-INDECOPI.

³⁵ Resolución N° 3420-2012/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

tampoco los egresados de la carrera de “Urgencias Médicas y Desastres” podían ejercer como profesionales de la salud en clínicas y hospitales, por lo que la Comisión y la Sala consideraron que los anuncios en mención inducían a error a los consumidores sobre los alcances de la carrera ofrecida por la referida Universidad.³⁶

También, una empresa de telefonía móvil lanzó una promoción denominada “Quintuplica”, mediante la cual informaba a sus clientes prepago –incluyendo a los afiliados al plan “Tarifa Única”– que al realizar una recarga física o virtual tenían la posibilidad de incrementar en cinco (5) veces el importe de la recarga efectuada y, los minutos que disponían para comunicarse. Sin embargo, dicho ofrecimiento no se aplicó a los clientes afiliados al plan “Tarifa Única”, para quienes acceder a la promoción implicaba, como mínimo, un incremento del 300% de su tarifa regular, lo que determinó que no recibieran una efectiva “quintuplicación” del saldo recargado. Luego de la evaluación de la información, la Comisión concluyó que la información que se colocó a disposición de los consumidores (...), debió ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario que fue aprehendido por un consumidor luego de realizar un examen superficial e integral de la publicidad que se difundió en el mercado³⁷.

De manera similar, una empresa difundió en el mercado afirmaciones tales como “Por recargas de S/5”, “Recarga desde 5 soles”, “30 días”, junto con los logotipos de WhatsApp y Facebook Messenger; así como “Ahora todas tus recargas tendrán megas de regalo para usarlos en cualquier momento” y/o “¡Esta Navidad, todas tus recargas traen megas de regalo!”, lo cual se determinó que daban a entender que los usuarios prepago de esta empresa de telefonía obtendrían determinados beneficios con todas las recargas de cinco Soles (S/ 5.00). Sin embargo, de acuerdo con los términos y condiciones de la promoción, los beneficios se otorgaban a partir de la segunda recarga respecto de los usuarios nuevos. En particular, se observó que de las propias condiciones y restricciones de la promoción se establecía que los usuarios nuevos tenían necesariamente que hacer una segunda recarga para acceder a estos beneficios, situación que no ocurría con los clientes antiguos de la empresa de telefonía cuestionada, por lo que se verificó una contradicción entre el mensaje difundido a los consumidores y la condición de la promoción, la cual desnaturalizaba lo interpretado por los usuarios respecto del mensaje principal en la publicidad investigada³⁸.

Un caso distinto ocurrió cuando una empresa de filtros denunció a su competidor debido a que difundió una publicidad en empaque en el mercado en la cual se observaba un logo que tenía frases tales como “ISO 9001” y “Gestión de la Calidad”, siendo que según la denunciante esto daba a entender a los consumidores que los filtros de la empresa denunciada contarían con dicha certificación, a pesar de que esto no sería cierto. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que las frases del logo, así como el hecho de que los consumidores de filtros tienen un especial cuidado al adquirirlos, generaban que el mensaje percibido por los destinatarios de la publicidad consistía en que la certificación ISO 9001 correspondía al sistema de gestión de la calidad de la empresa denunciada, y no al producto en sí mismo, por lo que se consideró que los elementos analizados no inducían a error a los consumidores³⁹.

Un ejemplo similar sucedió cuando una persona denunció a un club deportivo debido a que éste difundió anuncios para la venta de entradas en su estadio para partidos de fútbol, siendo

³⁶ Resolución N° 0478-2017/SDC-INDECOPI.

³⁷ Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI.

³⁸ Resolución N° 0129-2018/SDC-INDECOPI.

³⁹ Resolución N° 0048-2018/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

que los asientos correspondientes se encontrarían, según la publicidad, en la zona “Oriente Visita”, lo cual no sería cierto de acuerdo a lo sostenido por la denunciante debido a que estos lugares no se ubicarían en el sector oriente del referido estadio. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que la denominación “Oriente Visita” daba a entender a los consumidores de que dicha zona se encontraba destinada para las personas que alientan a los equipos visitantes y que, por su indicación, se encontraban hacia el lado oriente del estadio. De esta manera, se determinó que la sola inclusión de la palabra “Oriente”, no implicaba que la tribuna “Oriente Visita” tenga que encontrarse en la parte central del estadio. Siendo esto así se observó que, en efecto, existía un área diferenciada y ubicada en el lado lateral oriente del estadio disponible para estos consumidores, lo cual no resultaba contradictorio con el mensaje publicitario difundido, por lo que se determinó que este mensaje no inducía a error a los destinatarios de la publicidad⁴⁰.

En este punto, es importante recordar que luego de determinar el mensaje publicitario, se debe constatar si el agente económico investigado por un presunto acto de engaño cuenta con los medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de difusión del anuncio materia de controversia, esto en aplicación del deber de sustanciación previa⁴¹. En esa línea, se puede mencionar como ejemplo el caso en el cual una empresa difundió un producto alimenticio consignando en la publicidad en empaque la frase “0% Grasas trans”, lo cual traslada como mensaje que el referido producto carecía de dicho tipo de grasa. En particular, la empresa investigada presentó un medio probatorio elaborado de manera posterior a la difusión de su publicidad. En atención a ello, se destacó que los agentes económicos incurrir en actos de engaño no solo cuando difunden características, atributos, entre otros, distintos a los que tienen en la realidad, sino que también cuando difunden anuncios sin contar con un sustento previo que acredite la veracidad de su mensaje, por lo que se consideró que la empresa investigada indujo a error a los consumidores, por no contar con un medio probatorio preconstituido para acreditar la veracidad de su afirmación publicitaria⁴².

De manera adicional a los supuestos anteriormente tratados, debe hacerse hincapié en que el anunciante debe asumir la responsabilidad por las distintas interpretaciones razonables que se generen como consecuencia de las afirmaciones publicitarias ambiguas. Por ello, la responsabilidad del anunciante no solo radica en transmitir información verdadera a través de su publicidad, sino asegurarse que esta no sea susceptible de inducir a error a los consumidores, al presentar, por ejemplo, un contenido inexacto o ambiguo, que pueda desvirtuar los términos de la oferta anunciada.⁴³

En dicha situación, se ha concluido que, de existir ambigüedad sobre un mensaje publicitario debido a las diversas interpretaciones derivadas de los términos de un anuncio, este deberá ser interpretado a favor del público destinatario, es decir, del consumidor.⁴⁴

Al respecto, existe un caso útil respecto del supuesto planteado, se trata de una empresa dedicada a la venta de colchones, que comercializó sus productos consignando las frases “Garantía ilimitada” y “Garantía 20 años” con relación a la garantía, siendo que dichas expresiones se encontraban en las etiquetas de los colchones. Al respecto, la Comisión y la Sala señalaron que dichas frases hacían referencia al tiempo de duración de la garantía

⁴⁰ Resolución N° 0100-2018/SDC-INDECOPI.

⁴¹ Resolución N° 0018-2018/SDC-INDECOPI.

⁴² Resolución N° 0027-2018/SDC-INDECOPI.

⁴³ Resolución N° 0520-2015/CCD-INDECOPI.

⁴⁴ Resolución N° 0020-2015/CCD-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

aplicable. En ese sentido, a criterio de ambos colegiados, dichas frases transmitían al consumidor un mensaje ambiguo, induciéndolos a error, dado que al percibir tanto la frase “Garantía ilimitada” como la frase “Garantía 20 años”, estos no tuvieron certeza respecto del alcance temporal de la garantía aplicable al producto en cuestión.⁴⁵

Finalmente, existen casos en donde la publicidad usa afirmaciones que tienen una naturaleza subjetiva, la cual no es susceptible de inducir a error a los consumidores. En particular, en este tipo de afirmaciones se evidencia que no son susceptibles de ser acreditados o sujetos a comprobación. Es decir, no tienen parámetros para ser evaluados de manera objetiva. Al respecto, se ha considerado que la ausencia de un criterio objetivo y unívoco de medición permite determinar que una afirmación es subjetiva.⁴⁶ Por ejemplo, una persona cuestionó la publicidad de un restaurante que afirmaba que su local contaba con un modelo “completo” y “atractivo”. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que estos atributos por sí mismos resultaban ser subjetivos, esto es que se basaban en la opinión del anunciante, siendo que estas frases no estaban acompañadas de elementos que doten a la afirmación publicitaria de parámetros objetivos que permitan su comprobación. Es así que se destacó que hubiera sido distinto si, por ejemplo, a dichos términos se les hubiese agregado la frase “de acuerdo con la encuesta Z efectuada a los consumidores A, B y C”, dado que este elemento es un parámetro que dota de objetividad a las afirmaciones cuestionadas, en tanto tendría que verificarse la existencia de dicha encuesta y analizar si, de su contenido, es posible desprender dichas conclusiones. Sin embargo, debido a que el anuncio cuestionado no se indicaba ningún parámetro objetivo de medición, se consideró que la afirmación difundida por la empresa denunciada era subjetiva, por lo que no inducía a error a los consumidores⁴⁷.

En esa línea, otro ejemplo útil resulta ser el caso en donde una empresa de alimentos nutricionales difundió respecto de sus productos frases tales como “rápida asimilación”, “incremento de la fuerza”, “energía instantánea”, “incremento de la recuperación” o “aumento de los niveles de fuerza y resistencia” los cuales hacen referencias a términos cuya medición no puede realizarse de manera objetiva y unívoca, por lo que se consideró que eran afirmaciones subjetivas, las cuales no son susceptibles de generar engaño a los destinatarios de la publicidad⁴⁸.

Ahora bien, cabe señalar que el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal añade que también configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

Al respecto, la Comisión y la Sala han destacado que, en los casos de publicidad testimonial, en una etapa previa al análisis de veracidad del testimonio difundido, el anunciante debe acreditar que este corresponde a una experiencia auténtica y reciente, por lo que éste debe contar con los estudios y pruebas documentales que respalden que el testigo, en efecto, usó el producto publicitado. En esa línea, se dio un caso en donde se apreció que una empresa de productos para el cabello presentó únicamente una declaración jurada firmada por el supuesto testigo en la cual indicaba que usó el producto de manera previa a la difusión del anuncio televisivo cuestionado. Sin embargo, dicho medio probatorio resultaba insuficiente

⁴⁵ Resolución N° 0468-2017/SDC-INDECOPI.

⁴⁶ Resolución N° 0012-2018/SDC-INDECOPI.

⁴⁷ Resolución N° 0177-2018/SDC-INDECOPI.

⁴⁸ Resolución N° 0012-2018/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

para acreditar que el testigo vivió una experiencia auténtica y reciente con el producto en mención⁴⁹.

De igual manera, se dio un caso en donde una empresa de suplementos alimenticios difundió un libro denominado "Testimonios de Salud", el cual contenía diversos testimonios de diferentes personas respecto de los productos del agente económico investigado. En particular, la Comisión observó que los medios probatorios aportados por dicha empresa no acreditaban que el contenido de los testimonios reflejase las experiencias auténticas de los testigos, limitándose a presentar documentación de terceros sin que se exprese si efectivamente los testimonios que figuran en el "Libro Testimonio de Salud" resultaban ser la real opinión de las personas que se mencionaban en el mismo, por lo que se consideró que se cometió un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño⁵⁰.

5.2. Actos de Confusión

Conforme a lo establecido en el artículo 9 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de confusión son aquellos que tienen como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

Al respecto, la Comisión coincide con la Sala respecto a que los actos de confusión pueden ser directos o indirectos, siendo que los actos de confusión directa, consisten en aquellos supuestos en los que el consumidor toma dos actividades, productos, establecimientos, prestaciones o productos distintos bajo la impresión de que son el mismo. Y que los actos de confusión indirecta se producen cuando el consumidor, si bien observa que no son idénticos, entiende que tienen un mismo origen empresarial, cuando en realidad pertenecen a dos concurrentes distintos.⁵¹

Ahora bien, para analizar la posibilidad de que se produzca un riesgo de confusión, es necesario determinar en primer lugar la capacidad de diferenciación que poseen los consumidores respecto de los productos o servicios. Esta capacidad de diferenciación se desarrolla desde una apreciación integral y superficial de la presentación o aspecto general de los elementos, pero tomando en cuenta un estándar de diligencia ordinario, esto es, considerando que el consumidor se informa antes de efectuar una decisión de consumo.⁵² A manera de ejemplo, el representante en el Perú de un conocido equipo de fútbol argentino denunció que un tercero estaría empleando elementos que distinguían a dicho equipo en el mercado. De esta manera, dado que se logró acreditar que la escuela de fútbol "Boca Perú" administrada por los agentes económicos denunciados contaban con una serie de elementos característicos similares a los empleados por los sistemas de franquicias "Escuela de Fútbol Boca Juniors", se declaró fundada la denuncia, debido a que dicha conducta inducía a error a los consumidores respecto al origen empresarial de las prestaciones ofertadas.⁵³

⁴⁹ Resolución N° 0023-2017/SDC-INDECOPI.

⁵⁰ Resolución N° 0162-2018/CCD-INDECOPI.

⁵¹ Resolución N° 0153-2017/SDC-INDECOPI.

⁵² Resolución N° 0548-2015/SDC-INDECOPI.

⁵³ *Ibidem*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

De manera adicional, otro ejemplo, resulta ser el caso en el cual la Comisión y la Sala observaron que de una comparación visual de los productos analizados se verificaba que los mismos presentaban similitudes gráficas y cromáticas, así como una similar diagramación, que generaba que los consumidores puedan verse confundidos respecto al origen empresarial de ambos productos⁵⁴.

De modo complementario, se puede destacar el caso en donde de una apreciación integral y superficial de los envases de los productos (shampoo y acondicionador) de una empresa denunciada frente a los productos de una empresa denunciante, se observó que si bien existían ciertas similitudes respecto a los colores utilizados en la presentación de los envases (crema, marrón y anaranjado), lo cierto es que existían también diferencias fácilmente perceptibles -entre ellas, por ejemplo, el tipo de letra utilizado, la ubicación de sus propiedades y/o características- así como la identificación destacada del proveedor de cada uno de dichos productos, por lo que al tratarse de artículos especiales para el cuidado del cabello, se consideró que los consumidores de este tipo de productos podían percibir de forma más evidente las diferencias de presentación de los productos evaluados y su indicación respecto a la procedencia empresarial⁵⁵.

Asimismo, un ejemplo adicional, fue el caso en el que se observó que determinados catálogos habían sido enviados por a una empresa a sus clientes, a través de su correo electrónico, los cuales presentaban características y descripciones similares a los catálogos que utilizaba la empresa denunciante en el mercado. Al respecto, de la revisión de los catálogos de ambas empresas, se determinó que los enviados por la empresa denunciada presentaban el mismo diseño y la misma distribución de elementos cromáticos, gráficos y denominativos que los catálogos de la empresa competidora, promocionando los mismos productos (planchas perforadas), lo que conllevaba a un consumidor razonable a considerar que los productos y servicios que se ofertaban en ambos catálogos pertenecían a la misma empresa⁵⁶.

Un caso distinto, resulta ser cuando se trata de características usuales o comunes en un determinado sector del mercado. Al respecto, se puede resaltar como ejemplo el de una empresa dedicada a elaborar jugos de fruta que cuestionó el aspecto del establecimiento de su competidor dado que, a su criterio generaba confusión con relación a su establecimiento. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que en el rubro de "juguerías al paso" existen elementos comunes en la presentación de los establecimientos, como el uso de los colores similares, la colocación de un separador que divide la zona de preparación de jugos, la ubicación de la carta y el uso de utensilios similares para la conservación, preparación y comercialización de jugos de fruta, los cuales son utilizados por los distintos agentes económicos en este mercado, por lo que consideraron que la consignación de la denominación del establecimiento de la denunciada constituía un elemento diferenciador que eliminaba el riesgo de confusión directa o indirecta con el establecimiento de la empresa denunciante⁵⁷.

En esa línea, en el rubro de restaurantes, se observó que los elementos señalados por la denunciante como característicos de su establecimiento eran empleados por otros agentes económicos que participaban del mismo mercado (restaurantes), esto es, lámparas colgantes, sillas blancas y mesas color madera, cartas con diseños similares, letreros y barra

⁵⁴ Resolución N° 0007-2018/SDC-INDECOPI.

⁵⁵ Resolución N° 0449-2017/SDC-INDECOPI.

⁵⁶ Resolución N° 0314-2017/SDC-INDECOPI.

⁵⁷ Resolución N° 0167-2018/SDC-INDECOPI.



central, siendo que del análisis conjunto de la presentación del establecimiento de la denunciada se apreció que el mismo contenía además de estos elementos, una marca diferenciada, por lo que en su conjunto no evocaban en el consumidor que se trataba del restaurante de la denunciante o que estos locales compartan el mismo origen empresarial⁵⁸.

5.3. Actos de Explotación Indevida de la Reputación Ajena

Conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de explotación indevida de la reputación ajena son aquellos actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero. Cabe precisar que estos actos también pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual.

Al respecto, para que se produzca un acto de aprovechamiento indebido de la reputación ajena, es necesario que se configure un escenario en el cual el consumidor haya podido identificar que las características de los productos o servicios ofertados, así como la presentación o apariencia de los mismos son diferentes. Asimismo, el consumidor ha podido percibir que se trata de ofertas diferentes, es decir, que no lo inducen a error respecto al origen empresarial de los agentes de mercado en conflicto. Es así que la figura de la explotación indevida de la reputación ajena se configurará cuando los consumidores logrando identificar las situaciones precedentemente descritas, así como teniendo en consideración los elementos que caracterizan las ofertas de los agentes económicos en conflicto, puedan considerar que entre estos existe vinculación económica u organizativa, cuando en realidad esta no existe.⁵⁹

Un ejemplo de caso infractor por la comisión de un acto de explotación indevida de la reputación ajena es cuando una empresa anunció, a través de folletos publicitarios y una tarjeta de presentación, que sería el distribuidor autorizado de la empresa denunciante, mediante la frase "distribuidor autorizado" y consignaba el icono correspondiente, a fin de aprovecharse de manera indebida de su imagen, dado que los consumidores asumirían que entre ambas existiría un acuerdo comercial de distribución. Al respecto, se determinó que, si bien dichas empresas habían mantenido una relación contractual en un determinado momento temporal, la empresa denunciada continuaba informando a los consumidores que seguía siendo distribuidor de la denunciante mediante su publicidad, generando en los consumidores una idea errada de asociación entre ambos, lo que, al no ser cierto, resulta ser un acto de aprovechamiento ilegal de la imagen ganada en el mercado por la empresa denunciante.⁶⁰

Finalmente, otro ejemplo útil se dio cuando una empresa que hacía referencia a que había logrado obtener la representación en el Perú de una empresa internacional, resaltando su comprobada experiencia mundial en el mercado de consultoría y capacitación empresarial. Al respecto, pese a que la relación contractual había concluido, dicha información se mantuvo en LinkedIn y Facebook. Al respecto, se consideró que esto podía generar que los consumidores crean que la empresa denunciada brindaba sus servicios respaldándose en dicha experiencia, explotando de esta manera la alta reputación obtenida por la empresa

⁵⁸ Resolución N° 0177-2018/SDC-INDECOPI.

⁵⁹ Resolución N° 0976-2013/SDC-INDECOPI.

⁶⁰ Resolución N° 0010-2016/CCD-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

internacional, con la finalidad de vincular su prestación con la prestación de dicho agente, esto a pesar de no mantener una relación.⁶¹

5.4. Actos de Denigración

De acuerdo a lo establecido en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de denigración son aquellos actos que tienen como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

Al respecto, la Comisión comparte el criterio de la Sala respecto de que la denigración consiste en una lesión del crédito comercial del que gozan quienes operan en el mercado comercializando productos y servicios. De este modo, serán consideradas desleales y sancionables aquellas afirmaciones o declaraciones en donde las empresas o sus representantes empleen frases e imágenes que generen ilegítimamente descrédito, sea en tono despectivo o no, a los productos o servicios de un determinado agente en el mercado.⁶²

Ahora bien, es importante destacar que, sin perjuicio de lo anterior, los actos de denigración se reputaran lícitos siempre que transmitan, de manera concurrente, información: (i) verdadera, por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; (ii) exacta, por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; (iii) pertinente en la forma, en tanto evite, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, (iv) pertinente en el fondo, en tanto evite alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidación o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

De manera preliminar, es conveniente mencionar que, para efectos de verificar la existencia de un acto de denigración, se requiere analizar si existe una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico. Al respecto, cabe precisar que la alusión expresa al competidor no es un requisito para que se configure una publicidad denigratoria. La falta de indicación del nombre de la empresa competidora o de los servicios que comercializa no constituye un impedimento para considerar que estamos frente a un supuesto de publicidad alusiva. En efecto, basta con que, a partir de los elementos evaluados, los consumidores entiendan inequívocamente que se alude a la empresa que compete con el anunciante en un determinado mercado. Así, pueden existir determinadas circunstancias que puedan aumentar y otras que puedan aminorar las posibilidades de identificar a un competidor en la publicidad, tales como el contexto en que se difundió la publicidad cuestionada o la proximidad temporal en que se desarrollan los anuncios y campañas publicitarias. En ese sentido, si no se verifica una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, no se puede verificar la existencia de un acto de denigración⁶³.

Por ejemplo, en un caso una empresa de lejías calificó a su competidor de comercializar “lejía bamba”, así como de tener un producto considerado como una “mala imitación” y “sin garantía”. De igual manera, usó frases tales como “malogra tu ropa”, “engañan, nunca

⁶¹ Resolución N° 0294-2017/SDC-INDECOPI.

⁶² Resolución N° 0408-2017/SDC-INDECOPI.

⁶³ Resolución N° 0146-2016/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

sortean tinas” y “no sabemos dónde reclamar”, acusando, así, a dicho competidor de ofrecer un producto que malogra la ropa de los consumidores, de mentir a los mismos y de no tener un servicio de atención de reclamos. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que las afirmaciones difundidas por la empresa denunciada hacían alusión inequívoca por implicación a su competidor, así como menoscababa su imagen empresarial en el mercado⁶⁴.

Ahora bien, respecto de ejemplos de este supuesto, se puede mencionar el caso de la campaña publicitaria difundida por una empresa de colchones en la que: (i) utilizó la denominación “enemigo” para referirse a su competidor, así como empleó las frases: “garantías bamba”, “basura” y/o “pura porquería” que los consumidores vincularon con los productos de la empresa competidora; y, (ii) dio a entender a los consumidores que los productos de este otro agente económico no contaban con las características correspondientes y/o estaban conformados en su interior por elementos que serían perjudiciales para la salud, sin que la empresa denunciada (en su condición de anunciante) hubiese contado al momento de su difusión, con los medios que sustenten la veracidad de la referida información⁶⁵.

De igual manera, otro ejemplo, es el caso en donde una empresa difundió un comunicado atribuyéndole a su competidor la difusión de una publicidad engañosa, sin que previamente existiera un pronunciamiento firme de la autoridad competente que haya concluido que dicha publicidad, efectivamente, calificaba como tal. Por tanto, al no cumplirse con los requisitos de licitud, se determinó que a través de la difusión del comunicado en cuestión se incurrió en un acto de denigración ilícito⁶⁶.

Un caso adicional se dio cuando un agente económico difundió, en diversos medios de comunicación o redes sociales, videos, imágenes, comentarios y frases tales como “doble moral”, “mal servicio”, “recibir basura”, “prostituyen la educación” o “pobres los niños que pagan por esa basura” respecto de la oferta de un competidor. Al respecto, se consideró que los elementos identificados menoscababan la imagen, el crédito, el prestigio, la reputación empresarial y profesional de la empresa denunciante. En particular, en dicho caso se observó, por ejemplo, que las afirmaciones vertidas tenían un carácter subjetivo, por lo que no se encontraban dentro de la excepción de veracidad prevista por el numeral 11.2 del artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁶⁷

De la misma manera, cabe indicar el caso en donde una empresa de publicaciones de revistas jurídicas remitió a diversos distribuidores, el Informe denominado “¿La revista de la competencia es realmente una revista de ‘actualidad’ penal?”. Al respecto, se observó que dicho informe contenía frases subjetivas, al calificar a la revista “Actualidad Penal” como improvisada, categorizar a sus autores, y al mencionar que el referido producto no sería “actual” y contendría artículos que denominó como “refritos”. Asimismo, se observó que las calificaciones de “improvisada” y “refritos”, incluso, no son pertinentes en la forma, toda vez que eran despectivas, por lo que resultaba ser un acto de denigración ilegal⁶⁸.

⁶⁴ Resolución N° 0071-2018/SDC-INDECOPI.

⁶⁵ Resolución N° 0408-2017/SDC-INDECOPI.

⁶⁶ Resolución N° 0409-2017/SDC-INDECOPI.

⁶⁷ Resolución N° 0453-2017/SDC-INDECOPI.

⁶⁸ Resolución N° 0485-2017/SDC-INDECOPI.



5.5. Actos de Comparación y Equiparación Indevida

El artículo 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal describe a los actos de comparación como aquellas conductas consistentes en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora. Por otro lado, los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Cabe señalar que en ambos supuestos se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos. Estos actos, serán lícitos siempre y cuando cumplan con los requisitos establecidos para los actos de denigración.

A efectos de analizar la existencia de un acto de comparación o equiparación indevida, en primer lugar, se debe determinar si existe una alusión inequívoca sobre la oferta de un competidor, que tenga como finalidad comparar o equiparar ventajas de la oferta propia frente a la oferta de otro agente en el mercado. Luego de ello, corresponde analizar si las afirmaciones o elementos gráficos cuestionados se encuentran amparados por la denominada "exceptio veritatis", es decir, que no serán sancionadas si es que éstas son verdaderas, exactas y pertinentes.⁶⁹ A manera de ejemplo, una empresa, mediante su página Web y correos electrónicos, aludía inequívocamente y de manera directa al producto de su competidor, con la finalidad de establecer una comparación entre los productos de ambas empresas y destacar el presunto valor añadido que presentaría su producto sobre el producto de la empresa competidora, sobre la base de afirmaciones cuya veracidad no se acreditó en el respectivo procedimiento⁷⁰.

De esta manera, la alusión inequívoca sobre la oferta de una empresa competidora es un aspecto relevante para el análisis de un acto de comparación indevida o equiparación indevida. Es así que otro ejemplo útil es el caso de una empresa que cuestionó que su competidor, por medio de un anuncio televisivo, compararía su producto de lavavajillas con su producto. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que en el anuncio televisivo no se hacía mención al producto del denunciante, así como tampoco incluía alguna imagen o elemento que evoque a este último producto, por lo que se consideró infundada la denuncia⁷¹.

Ahora bien, los actos de comparación indevida consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora, siendo que se reputarán ilícitos siempre que no cumplan con transmitir información verdadera, exacta y pertinente tanto en la forma como en el fondo⁷². Al respecto, como ejemplo se puede mencionar el caso en donde la Sala y la Comisión observaron que una empresa de detergentes difundió una publicidad que mostraba envases de productos de forma borrosa, junto a filas de ropa de distintos colores y tonalidades, siendo que se consignaba por un periodo de tiempo las marcas de estos productos. Al respecto, se consideró que la publicidad comparaba el rendimiento del detergente de la imputada con los detergentes líquidos de la empresa denunciante, respecto de la cantidad de prendas que pueden ser lavadas con dichos productos por el mismo precio. En tal sentido, se observó que dicha publicidad trasladaba el mensaje de que, desembolsando la misma cantidad de dinero, los consumidores podrían realizar una mayor cantidad de lavadas con el producto de la empresa denunciada, en comparación con el producto comercializado por la empresa denunciante. De este modo, al existir una

⁶⁹ Resolución N° 0152-2018/SDC-INDECOPI.

⁷⁰ Resolución N° 0562-2016/SDC-INDECOPI.

⁷¹ Resolución N° 0124-2018/SDC-INDECOPI.

⁷² Resolución N° 0624-2017/SDC-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

contraposición respecto a las ofertas de estas empresas, se evidenció que el mensaje transmitido con relación al rendimiento del producto publicitado por la empresa denunciada se presentaba en un contexto comparativo para mostrar sus ventajas frente al producto de su competidor. Sin embargo, dicha empresa no acreditó la veracidad de dicho mensaje, por lo que se trataba de una comparación indebida⁷³.

De igual manera, otro ejemplo es el caso en donde una empresa cuestionó el anuncio publicitario difundido por su competidor sobre un producto de lavavajilla en pasta. En particular, se consideró que, de las imágenes mostradas en el anuncio, un consumidor podía interpretar que en la publicidad se presentaban los beneficios del producto de la empresa denunciada en comparación con los productos de la denunciante, haciendo una alusión inequívoca a dicho competidor, siendo que el mensaje que se desprendía de la pieza publicitaria resultaba ser que el producto lavavajilla en pasta de la imputada rendía más o limpiaba una mayor cantidad de vajillas que los productos de la empresa denunciante. Al respecto, la denunciada señaló que en el acta extraprotocolar suscrita por un Notario Público, constaba la veracidad de dicho mensaje. Sin embargo, se consideró que las constataciones notariales no brindaban un resultado certero y exacto acerca del rendimiento de cada uno de los productos evaluados, por lo que no era posible considerar dichos medios probatorios para la comprobación de veracidad de la afirmación cuestionada, por lo que al carecer de veracidad el mensaje difundido se trataba de una comparación indebida⁷⁴.

Finalmente, en cuanto a los actos de equiparación (o de adhesión), se ha determinado que los mismos son estrategias que tienen como finalidad el aprovecharse del renombre del que gozan los productos o servicios de otro agente en el mercado, puesto que lo esencial en esta modalidad es que se aluda inequívocamente a un agente determinado y se resalten las características comunes que tendrían tanto los bienes propios como los brindados por otro empresario participante en el mercado. A modo de ejemplo, una empresa difundió una campaña publicitaria televisiva, a través de la cual pretendía asociar el sabor de su bebida gaseosa con la de la competencia, con el propósito de dar a entender a los consumidores que ambas gaseosas tenían un sabor indistinguible. Al respecto, la Comisión y la Sala declararon fundada la denuncia, considerando que en la mencionada publicidad se realizó una alusión inequívoca al producto de la denunciante, bajo criterios subjetivos como el sabor similar entre los productos, incumpliendo uno de los requisitos de licitud que debe tener todo acto de equiparación.⁷⁵

5.6. Actos de Violación de Secretos Empresariales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de violación de secretos empresariales son aquellos actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente: (a) divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente; o, (b) adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo.

De manera preliminar, cabe destacar que a fin de comprobar si una información califica como secreto empresarial, se tiene en cuenta lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es decir, se determina si la información en controversia cumple los siguientes requisitos: (i) que se trate de un conocimiento que tenga

⁷³ Resolución N° 0140-2018/SDC-INDECOPI.

⁷⁴ Resolución N° 0705-2017/SDC-INDECOPI.

⁷⁵ Resolución N° 0929-2011/SC1-INDECOPI.



carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado; (ii) que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y, (iii) que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial. Por ejemplo, en un caso se consideró que el solo hecho de que la información en controversia consista en el *know how* y en la relación de clientes de una empresa, esto no implica por sí mismo que dicha información tenga carácter de confidencial, debido a que es necesario que la empresa supuestamente afectada por los actos denunciados haya tenido la voluntad e interés consciente de mantenerla en reserva, adoptando las medidas necesarias para ello, como por ejemplo, a través de un acuerdo de confidencialidad que los colaboradores de la empresa deban firmar y en donde se detalle qué información de la denunciante sería confidencial. Por esta razón, debido a que no se acreditó la naturaleza de secreto empresarial, bajo los requisitos expuestos, se determinó infundada la denuncia⁷⁶.

Un caso similar, se dio cuando una empresa denunció a su competidora, debido a que estaría explotando información confidencial obtenida de los trabajadores de la denunciante referida a sus potenciales clientes. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que la lista de empresas señalada por la denunciante, no presentaba alguna característica particular que permita distinguirla, sino que comprendía información pública (denominaciones sociales) que podían ser obtenidas por diversos medios. De igual modo, tampoco se apreció que dicha lista contase con algún elemento que la convierta en reservada o privada, como lo podría ser, por ejemplo, la determinación de empresas que demandan algún tipo de producto particular, así como la recurrencia, volumen o formas de pago de sus compras, por lo que no se consideró dicha información un secreto empresarial⁷⁷.

En este punto, la Comisión comparte el criterio esbozado por la Sala respecto de que en el supuesto a) recogido en la referida norma se describen aquellos casos en los cuales un agente económico divulgue o explote para su beneficio secretos empresariales ajenos, sin autorización de su titular, a los que tuvo acceso en forma legítima con deber de reserva (en ejercicio de su cargo o en el marco de relaciones contractuales comerciales) o ilegítima (por ejemplo, sustracción de información). Y que el supuesto b) de la misma norma, se establece que la conducta desleal radica en la adquisición de un secreto empresarial ajeno mediante el empleo del espionaje o la inducción al incumplimiento de deber de reserva, es decir, el interesado se vale de la actuación de un tercero para adquirir secretos empresariales ajenos.⁷⁸

En ese sentido, cabe anotar que la Comisión y la Sala han considerado que a fin de verificar el supuesto de violación de secretos empresariales previsto en el literal b) del artículo 13 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, resulta necesario acreditar la obtención ilegítima de información confidencial a través de una actuación positiva de la empresa presuntamente infractora. Es así, que, en un caso, se observó que no basta con comprobar la sola tenencia de los estados financieros por parte de una empresa denunciada, sino resulta necesario para que se verifique este supuesto es necesario que se acredite una acción dirigida a obtener información correspondiente a la organización de un competidor a través del espionaje, de la inducción a un tercero (incluso un trabajador o representante de la empresa) para que deleve dicha información⁷⁹.

⁷⁶ Resolución N° 0048-2017/SDC-INDECOPI.

⁷⁷ Resolución N° 0065-2018/SDC-INDECOPI.

⁷⁸ Resolución N° 0057-2017/SDC-INDECOPI.

⁷⁹ Resolución N° 0026-2018/SDC-INDECOPI.



5.7. Actos de Violación de normas

a) Actos de violación de normas en sentido estricto

Conforme a lo establecido en el artículo 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, los actos de violación de normas son aquellos actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas. La infracción de normas imperativas quedará acreditada, según lo establecido en dicho supuesto normativo, en los siguientes supuestos: (a) cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o, (b) cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

Al respecto, con relación al primer supuesto de violación de normas, se ha destacado que la determinación de la infracción a una norma imperativa se sustenta en la existencia de un pronunciamiento previo y firme de la autoridad sectorial que declare la responsabilidad por incumplimiento del marco legal dentro del cual se inserta la actividad económica, siendo que luego de esto se debe evaluar si el agente económico ha obtenido una ventaja derivada de la contravención a las disposiciones aplicables a su actividad (por ejemplo, que se beneficie de un ahorro de costos que, a su vez, le brinde una ventaja y de esta manera, pueda alterar las condiciones de competencia)⁸⁰. Un ejemplo respecto de este supuesto, es el caso en el cual se declaró infundada una denuncia en contra de una empresa de transporte debido a que no acreditó que exista un pronunciamiento previo y firme de la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías que declare que esta empresa al prestar su servicio de transporte, vulneró el artículo 41 del Decreto Supremo 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte⁸¹.

De manera complementaria, otro ejemplo en el mercado de transportes, se dio en el caso en donde una empresa manifestó que existían diversas actas de control emitidas por la autoridad competente que evidenciarían una infracción a normas imperativas por parte de la empresa denunciada. Sin embargo, se observó que dicha autoridad informó que los procedimientos en mención aún se encontraban en trámite, por lo que no se había verificado la existencia de un pronunciamiento previo y firme de la autoridad sectorial que determine que la empresa denunciada infringió una norma imperativa, por lo que se declaró infundada la denuncia en contra de dicha empresa de transportes⁸².

Por otra parte, respecto del segundo supuesto de violación de normas, se ha determinado que lo que se verifica es que el competidor no cuenta con las autorizaciones emitidas por la autoridad sectorial competente o contratos que le permitan llevar a cabo lícitamente determinada actividad económica, dado que su ausencia evidenciaría la existencia de una infracción al ordenamiento que exige contar con estas, por lo que su conducta significa un

⁸⁰ Resolución N° 0196-2017/SDC-INDECOPI.

⁸¹ *Ibidem*.

⁸² Resolución N° 0076-2018/SDC-INDECOPI.



desarrollo irregular de su libre iniciativa privada. En tal sentido, la acreditación de esta infracción se configura con la omisión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos⁸³.

De manera adicional, la ventaja significativa con relación a este supuesto, se da por el solo hecho de concurrir en el mercado sin la autorización, contrato o título requerido para ingresar al mismo o realizar alguna actividad necesaria dentro del desarrollo de la actividad económica en cuestión. Bajo dicho análisis, el ahorro obtenido por el agente infractor al no contar con el título habilitante correspondiente le permite alterar las condiciones de competencia, al mejorar su posición en el mercado, lo cual no obedece a su eficiencia o mayor competitividad (por ejemplo: a precios menores o mejor calidad), sino precisamente a la infracción de una norma imperativa.⁸⁴

A manera de ejemplo, se sancionó a una empresa que realizó la actividad de fabricación de productos alimenticios desde el mes de junio de 2012, fecha en la cual se encontraba vigente el Reglamento de Protección Ambiental para el Desarrollo de Actividades de la Industria Manufacturera, aprobado mediante Decreto Supremo 019-97-ITINCI. Sin embargo, la empresa denunciada no cumplió con presentar el instrumento de gestión ambiental exigido por la norma entonces vigente para el inicio de nuevas actividades manufactureras. Al respecto, se consideró que la denunciada se encontraba obligada a contar con un instrumento de gestión ambiental para iniciar y realizar su actividad económica, lo cual no cumplió, por lo que infringió una norma imperativa, siendo una infracción que le generó una ventaja competitiva en el mercado.⁸⁵

Un ejemplo adicional, es aquel en el cual se sancionó a un agente económico debido a que envasó gas licuado de petróleo y pintó (con su color característico) cilindros que se encontraban rotulados bajo otra marca sin contar con el Acuerdo Contractual de Co-Responsabilidad de la empresa vinculada a estos cilindros. Al respecto, se verificó que los artículos 47 y 49 del Reglamento para la Comercialización de Gas Licuado de Petróleo aprobado por Decreto Supremo 001-94-EM establecen como limitación para los agentes económicos de este mercado, rotular y/o pintar cilindros previamente rotulados por otras empresas envasadoras, siendo que estos agentes podrían hacerlo siempre que cuenten con un Acuerdo Contractual de Corresponsabilidad, por lo que se consideró que esto resulta ser un requisito exigido en una norma sectorial para realizar este tipo de conductas. De esta manera, se determinó que la empresa investigada infringió normas imperativas debido a que carecía de este acuerdo cuando pintó los cilindros, siendo que esta conducta le generó una ventaja competitiva en el mercado, la cual consistió en no incurrir en los costos del cumplimiento de las formalidades legales, por lo que se verificó la existencia de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.⁸⁶

De igual manera, otro caso ilustrativo ha sido cuando una persona prestó los servicios educativos de “manicure”, “pedicure”, “diseño de uñas”, “tratamiento facial”, “depilación”, “maquillaje”, “ofimática”, “diseño gráfico” y “diseño de página web”, sin contar con las autorizaciones correspondientes emitidas por la autoridad competente, conforme a la exigencia establecida en el artículo 98 del Decreto Supremo 011-2012-ED que aprueba el Reglamento de la Ley General de Educación. Al respecto, se consideró que la normativa sectorial establecía que los servicios educativos que ofrecen los centros de educación

⁸³ Resolución N° 0129-2017/SDC-INDECOPI.

⁸⁴ Resolución N° 0187-2016/SDC-INDECOPI.

⁸⁵ Resolución N° 0012-2018/SDC-INDECOPI.

⁸⁶ Resolución N° 0200-2016/SDC-INDECOPI y Resolución N° 0123-2017/SDC-INDECOPI.



técnico productiva son autorizados previamente por la Dirección Regional de Educación o la entidad que haga sus veces. En ese sentido, se verificó que el denunciado operó en el mercado sin contar con las autorizaciones correspondientes para prestar los referidos servicios, obteniendo con ello una ventaja competitiva significativa al concurrir en el mercado⁸⁷.

Un ejemplo interesante, resulta ser el caso en que se declaró infundada la denuncia realizada en contra de una empresa por presuntamente haber prestado servicios como una sociedad de gestión colectiva a pesar de que no tendría la autorización correspondiente. Al respecto, en dicho caso, no se verificó que la denunciada se haya desempeñado como una sociedad de gestión colectiva, en la medida que no actuaba por cuenta de los autores y/o titulares de derechos de autor y además no desempeñaba funciones propias y exclusivas de una sociedad de gestión colectiva, por lo que no se encontraba obligada a obtener la autorización como sociedad de gestión colectiva, para poder realizar sus actividades comerciales en el mercado⁸⁸.

b) Actos de violación de normas por la actividad empresarial del Estado no conforme a lo establecido en la Constitución

Conforme a lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o una empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por la Comisión. En este caso, dicho supuesto normativo establece que no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial. En esa línea, cabe recordar que el artículo 60 de la Constitución establece que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Al respecto, en los mercados el Estado puede intervenir cumpliendo diversos roles. Un rol a título de autoridad, definiendo los términos de acceso al mercado, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir. Y otro rol, como un ofertante de bienes y servicios, es decir, desarrollando actividades económicas. En este último caso, es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, proveer a la población de algún producto o servicio determinado.⁸⁹

Ahora bien, la Comisión ha considerado que la actividad fuera del ámbito empresarial del Estado no se restringe a funciones soberanas del *ius Imperium* y "servicios asistenciales", debido a que la propia Constitución ha establecido los deberes que el Estado debe realizar frente a sus ciudadanos, por lo que determinó que este tipo de actividades no pueden ser calificadas como expresión de una actividad empresarial del mismo. Sin embargo, en el supuesto que el Estado realice actividades que tengan como efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, concurrir en el mercado, mediante una segmentación y un posicionamiento basadas en la diferenciación de sus prestaciones, dicha actividad será considerada una actividad empresarial⁹⁰.

⁸⁷ Resolución N° 0108-2017/SDC-INDECOPI.

⁸⁸ Resolución N° 0217-2018/SDC-INDECOPI.

⁸⁹ Resolución N° 0581-2015/SDC-INDECOPI.

⁹⁰ Resolución N° 0143-2018/CCD-INDECOPI, Resolución N° 0146-2018/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0147-2018/CCD-INDECOPI.



Por ejemplo, una Municipalidad Distrital realizaba actividad empresarial mediante la prestación del servicio de camal, prestando los servicios a las empresas de venta de ganado vacuno, recibiendo como contraprestación los ingresos respectivos, ejerciendo directamente la gestión y dirección del camal y asumiendo los riesgos económicos que conllevaba ejercer dicha actividad. Ello acreditó que la referida Municipalidad realizaba actividad empresarial, la cual no contaba con una Ley emitida por el Congreso de la República que la autorice expresamente a realizar dicha actuación, por lo que dicha entidad pública no cumplió con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.⁹¹

En particular, se ha considerado que la figura de la concesión obedece a una manifestación de voluntad por parte de la Administración Pública que se exterioriza a través de un acto administrativo, en atención al cual el Estado faculta a un privado a construir y operar una determinada obra pública de infraestructura o a prestar un servicio público, por lo que respecto de la naturaleza de la concesión se ha concluido que la actuación del Estado en estos casos responde a un ejercicio de poder y no así a una actividad empresarial.⁹² A manera de ejemplo, en un caso donde una Municipalidad Provincial que convocó y celebró una licitación pública con el objeto de entregar en concesión la construcción, operación y mantenimiento de un Terminal Terrestre de Pasajeros, se consideró que dicha conducta no calificaba como actividad empresarial estatal, debido a que se verificó que era un agente privado quien asumía la gestión y el riesgo del negocio, y no así la entidad municipal.⁹³

Sin embargo, cuando una Municipalidad Provincial, de manera indirecta o directa, opera un terminal terrestre, prestando los servicios a las empresas de transporte, para la interconexión de rutas a diferentes lugares del país, recibiendo como contraprestación los ingresos respectivos, se ha considerado que es una actividad empresarial, por lo que debe cumplir con los requisitos para que el Estado pueda desarrollar esta actividad, conforme al artículo 60 de la Constitución⁹⁴.

Un caso interesante resultó ser cuando se determinó que si bien la Ley 28328, Ley que autoriza la realización de vuelos de acción cívica en el territorio de la República, establece la posibilidad de que el Ministerio de Defensa y el Ministerio del Interior realicen vuelos de acción cívica en el territorio nacional, dicha norma precisa que la actividad empresarial en mención únicamente podrá realizarse en dos escenarios: (i) en aquellas zonas que no sean atendidas por operadores aéreos privados debidamente autorizados; o, (ii) que solo exista un solo operador aéreo privado. De esta manera, dado que existe una ley expresa, aprobada por el Congreso de la República, que autoriza la realización de los vuelos de acción cívica únicamente en alguno de los dos supuestos antes referidos, se determinó que los vuelos de acción cívica en localidades con más de un operador privado debidamente autorizado, constituye actividad empresarial del Estado que no se encuentra habilitada por ley expresa⁹⁵.

En este punto, se puede destacar el caso por el cual la Comisión y la Sala verificaron que la actividad realizada por una empresa consistente en la prestación del servicio de generación de energía eléctrica incluyendo la solicitud de concesiones para el desarrollo de futuros proyectos de generación, constituía actividad empresarial de carácter subsidiario. Debido a

⁹¹ Resolución N° 0346-2017/SDC-INDECOPI.

⁹² Resolución N° 1604-2013/SDC-INDECOPI y Resolución N° 0106-2017/CCD-INDECOPI.

⁹³ *Ibidem*.

⁹⁴ Resolución N° 0244-2017/SDC-INDECOPI.

⁹⁵ Resolución N° 0134-2017/SDC-INDECOPI.



que se acreditó que, durante el periodo de investigación existían altas barreras a la entrada en el mercado relevante vinculadas a aspectos regulatorios, inversiones de capital, costos hundidos iniciales, economías de escala, acceso a la transmisión, entre otras, así como que en el supuesto en el que la empresa denunciada se retirara del mercado de generación de energía eléctrica, no existía oferta privada suficiente para absorber la demanda que se liberaría para atender los requerimientos correspondientes. Finalmente, la actividad de prestación del servicio de generación de energía eléctrica denunciada se sustentaba en una finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, por lo que resultaba ser una actividad que cumplía lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú⁹⁶.

5.8. Actos de Sabotaje Empresarial

Conforme al artículo 15 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades. En este punto, cabe precisar que los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial.

De acuerdo a la literalidad del texto normativo, se desprende que el mismo regula dos supuestos de hecho: (i) la interferencia en la relación contractual que una empresa tiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial; y, (ii) la intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades. Al respecto, se ha entendido que se recogen dos figuras jurídicas diferentes en este tipo de actos: (i) la inducción al incumplimiento contractual y, por otro, (ii) los actos de boicot. Respecto del primero, este supone necesariamente la existencia de una relación contractual y debe existir un comportamiento objetivo o apto para motivar a otro a incumplir alguna prestación esencial u obligación principal cuyo incumplimiento podría habilitar a la contraparte a resolver el contrato. Por otro lado, respecto del boicot, éste implica el análisis de elementos, tales como: (i) la trilateralidad de la conducta (un presunto boicoteador, receptor o destinatario del boicot y el boicoteado); (ii) existencia de una práctica intromisiva, la cual involucra una declaración que sea objetivamente capaz de orientar la conducta del receptor; y, (iii) capacidad de influencia del boicoteador sobre el receptor.⁹⁷

En particular, se ha destacado que para que se configure un supuesto de inducción al incumplimiento contractual, corresponde evaluar si el comportamiento del inductor es apto para inducir a otro a incumplir una obligación esencial, destacándose que no es necesario corroborar que, como consecuencia de dicha conducta, efectivamente se ha perjudicado el proceso productivo o la actividad empresarial de la empresa presuntamente afectada por esta práctica, debido a que dicho efecto puede ser real, así como también potencial. En atención a ello, por ejemplo, se dio un caso en donde una empresa de lejías que denunció a su principal competidor en el mercado debido a que este remitió comunicaciones a sus proveedores (encargados del abastecimiento de insumos para la fabricación de sus

⁹⁶ Resolución N° 0244-2017/SDC-INDECOPI.

⁹⁷ Resolución N° 0895-2014/SDC-INDECOPI y Resolución N° 173-2018/CCD-INDECOPI.



productos), interfiriendo así en sus actividades económicas, puesto que las comunicaciones estaban destinadas a inducir al incumplimiento de los acuerdos de distribución correspondientes. Al respecto, la Comisión y la Sala consideraron que las comunicaciones cuestionadas contenían amenazas hacia los referidos proveedores consistentes en iniciar acciones legales en su contra en caso continúen abasteciendo a la empresa denunciante con mangas de PVC (un importante insumo), bajo el argumento de que serían cómplices de una infracción a la normativa de propiedad industrial. Es así que se determinó que el contenido de dichas comunicaciones resultaba objetivamente apto para inducir a los proveedores de la empresa denunciante a incumplir con sus obligaciones contractuales, no siendo necesario acreditar que existió un efectivo incumplimiento de estos acuerdos para considerar que esta conducta calificaba como un acto de competencia desleal en la modalidad de sabotaje empresarial⁹⁸.

De igual manera, cabe mencionar que otro ejemplo se dio cuando una empresa denunció a otro agente económico debido a que habría interferido en el establecimiento de las posibles nuevas relaciones contractuales con empresas generadoras de electricidad mediante comunicaciones. Al respecto, se consideró que en el caso se cumplía con el requisito de la trilateralidad de la figura del boicot, al involucrar a tres agentes: siendo el presunto boicoteador (la imputada), los destinatarios de las comunicaciones remitidas (las demás empresas generadoras) y la empresa denunciante. Sin embargo, con relación a la calidad u objetividad de las declaraciones, se observó que no se acreditó que la información enviada mediante correo electrónico a las empresas generadoras de electricidad hubiera contenido un requerimiento apto para orientar sus conductas, a fin de que efectivamente no continúen con las negociaciones de la invitación a ofrecer de la empresa denunciante⁹⁹.

6. Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

6.1. Actos contra el principio de Autenticidad

De acuerdo con lo establecido en el artículo 16 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos contra el principio de autenticidad son aquellos actos en los que se difunde publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar de manera expresa y destacada que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.

En particular, la Sala ha señalado que la publicidad encubierta ha sido definida como aquella difundida a través de un medio de comunicación social que, debido a su forma de presentación y el tono de su contenido, sus destinatarios no la perciben como publicidad, esto es, como una comunicación dirigida a promover la contratación de bienes o servicios, sino como información proporcionada por el medio de comunicación. Sobre este punto, la Sala también precisó que, al tratarse de actos de competencia desleal, es requisito indispensable para que se configure una infracción al principio de autenticidad, a través de la publicación de una publicidad encubierta, que dicho acto tenga como fin promover directa o indirectamente la contratación de bienes o servicios de un agente económico.¹⁰⁰

Al respecto, cabe señalar que la Comisión y la Sala declararon improcedente una denuncia en la que se cuestionaron notas periodísticas que estaban referidas a la gestión de una Municipalidad y no apuntaban a promover directa o indirectamente la contratación de bienes

⁹⁸ Resolución N° 0208-2017/SDC-INDECOPI.

⁹⁹ Resolución N° 0736-2017/SDC-INDECOPI.

¹⁰⁰ Resolución N° 1560-2010/SC1-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

o servicios de un agente económico que concurre en el mercado, por lo que no calificó como publicidad comercial, y, por tanto, su juzgamiento no se encontraba dentro del ámbito de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.¹⁰¹

De otro lado, se ha señalado que en este tipo de procedimientos es difícil determinar la conducta imputada, en tanto el infractor busca no dejar rastro respecto del pago de una contraprestación económica para la publicación de la publicidad. Sin embargo, ante la ausencia de medios probatorios directos que, por sí solos, acrediten una relación de encargo, se debe recurrir a la valoración de la prueba indiciaria existente en el expediente. En tal sentido, la autoridad de competencia debe recurrir a la utilización de sucedáneos probatorios, tales como la prueba indiciaria.¹⁰²

Por ejemplo, la Comisión declaró fundada la imputación en contra de una empresa debido a que en su revista difundía anuncios bajo la apariencia de noticias u opiniones periodísticas, sin advertir de manera clara que se trataría de publrreportajes o anuncios contratados. En particular, se apreció que en las comunicaciones difundidas en la revista no se había consignado la indicación “publrreportaje” o “anuncio contratado” a fin de evitar que los consumidores tomen las declaraciones efectuadas con verdadero ánimo comercial como supuestos juicios imparciales propios. En este orden de ideas, las imágenes y afirmaciones cuestionadas constituían publicidad comercial, por cuanto configuraban una comunicación pública destinada a desviar las preferencias de los consumidores.¹⁰³

6.2. Actos contra el principio de Legalidad

Conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos contra el principio de legalidad son aquellos actos que no respeten las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

Por ejemplo, el literal e) del artículo 17.3 del mencionado cuerpo normativo establece que en aquellas piezas publicitarias en las que el anunciante ofrezca directamente productos con precios de venta al crédito, debe consignarse, entre otra información, la referida al monto total de intereses, la tasa de interés efectiva anual aplicable, la tasa de costo efectivo anual aplicable al crédito ofrecido por el producto anunciado, entre otros conceptos. En particular, se dio un caso en donde se investigó un panel publicitario que se encontraba situado en la Carretera Panamericana Sur, siendo que se observó que se trataba de una oferta que estaba dirigida a aquellos consumidores que transitaban por esta vía de alta velocidad. Al respecto, se consideró que la información referida al importe de la cuota inicial y el monto total de los intereses de esta oferta no podía ser percibida por los consumidores, debido a que existía un contexto que impedía su adecuada visualización consistente en la alta velocidad de la carretera, poco tiempo de exposición de ésta y, en especial, en el tamaño de dicha información. Es así, que la Comisión y la Sala consideraron que en el referido caso la forma de cómo se presentaba la información en mención generaba el mismo efecto que su omisión, por lo que dicho anuncio no cumplía con la normativa publicitaria mencionada¹⁰⁴.

¹⁰¹ *Ibidem*.

¹⁰² Resolución N° 2961-2010/SDC-INDECOPI.

¹⁰³ Resolución N° 0239-2016/CCD-INDECOPI.

¹⁰⁴ Resolución N° 0156-2017/SDC-INDECOPI.



Asimismo, otro ejemplo de normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria, es lo establecido en el artículo 14.2 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor que indica que en caso existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, estas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información. Al respecto, la Comisión y la Sala advirtieron que dos empresas difundieron un anuncio televisivo publicitando la promoción "Sorteo Auto Mini Cooper" sin indicar la restricción de acceso (consistente que la promoción era válida solo en tiendas de Lima Metropolitana) de forma clara, destacada y fácilmente advertible para el consumidor, por lo que consideraron que infringían el principio de legalidad publicitaria¹⁰⁵.

Del mismo modo, existen normas imperativas en el sector salud que se aplican a la actividad publicitaria como resulta ser el artículo 41 de la Ley 29459, la Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios que establece que la publicidad de productos autorizados para venta sin receta médica que aluda a sus indicaciones terapéuticas o acción farmacológica, deberá necesariamente consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones que deben observarse para su uso. De igual modo, el artículo 194 del Decreto Supremo 016-2011-SA, Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios establece que la publicidad de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios que se difunda en medios de comunicación impresos, debe incluir información sobre las principales precauciones y advertencias del producto farmacéutico en forma clara, legible y con un tamaño de letra que sea perceptible por el público. En atención a dicho supuesto, se analizó la difusión de publicidad del producto analgésico en la cual presuntamente no se habrían consignado de forma clara, legible y con un tamaño de letra que sea perceptible, las principales advertencias y precauciones para su uso; sin embargo, de la observación de la pieza publicitaria se verificó que el anuncio publicitario sí transmitió las principales advertencias y precauciones para el uso del producto anunciado de forma clara, legible y en un tamaño de letra perceptible por el público¹⁰⁶.

En el sector de servicios financieros, artículo 83 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor se establece que en la publicidad de productos o servicios financieros de crédito que anuncien tasas de interés activa, monto o cuota, el proveedor debe consignar de manera clara y destacada la tasa de costo efectivo anual (TCEA). Al respecto, se dio un caso en donde se declaró fundada la imputación en contra de una entidad financiera por haber difundido el anuncio publicitario de un producto financiero sin consignar dicha tasa, por lo que se infringía el principio de legalidad¹⁰⁷.

Adicionalmente, en el sector inmobiliario, el artículo 76 de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa establece que en toda publicidad escrita de bien inmueble futuro de primer uso, las promotoras inmobiliarias y las empresas constructoras de unidades inmobiliarias deben consignar la información establecida en el artículo 77 del referido cuerpo normativo. Al respecto, en un caso, la Comisión observó que el anunciante no ofrecía un bien inmueble futuro, toda vez que transmitía a los consumidores, a través de su anuncio,

¹⁰⁵ Resolución N° 0599-2016/SDC-INDECOPI.

¹⁰⁶ Resolución N° 0238-2018/SDC-INDECOPI.

¹⁰⁷ Resolución N° 0225-2018/SDC-INDECOPI.



que las oficinas en venta estaban listas para ser ocupadas, es decir, se trataba de un bien existente, por lo que determinó que la empresa no infringió el principio de legalidad¹⁰⁸.

Finalmente, la Comisión y la Sala han considerado que el artículo 91 de la Ley 27261, Ley de Aeronáutica Civil establece que el proveedor del servicio de aviación, cuando realice la publicidad o la venta de sus servicios, debe informar a los usuarios si el vuelo cuenta con escalas en su trayecto. De esta manera se ha determinado que la información sobre las escalas debe estar incluida tanto en la publicidad que se difunda sobre el servicio, como cuando se realice la venta del servicio, debido a que esto permite que el usuario tenga conocimiento de las características del servicio, esto es, si se trata de un vuelo directo o con escalas. En ese sentido, se dio un caso en donde una empresa de transporte aéreo difundió anuncios en los cuales los vuelos incluían escalas en su trayecto; no obstante, ello no fue consignado en los referidos anuncios, por lo que se consideró que dicha empresa no cumplió con la normativa que regulaba la publicidad de sus servicios.¹⁰⁹

6.3. Actos contra el Principio de Adecuación Social

Conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos contra el Principio de Adecuación Social consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto: (i) inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; y, (ii) promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. En particular, la difusión de este tipo de publicidad solamente debe estar permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.

El propósito de esta norma es establecer una restricción a los anunciantes y a los medios de comunicación para la difusión de este tipo de anuncios. En el literal a), la norma se refiere a publicidad que induce a sus destinatarios a cometer actos ilegales o actos de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole, la restricción será absoluta prohibiéndose su difusión. De este modo, en el primer caso, en materia publicitaria la ley ha establecido explícitamente que sólo cabe sancionar aquellos anuncios que induzcan a los consumidores a reproducir en la realidad un acto ilegal. Por ejemplo, no se halló responsable a una empresa dedicada a prensa escrita por presuntamente haber inducido a los destinatarios del mensaje publicitario a reproducir en la realidad un acto ilegal, consistente en un trato degradante que afectó la integridad de los menores y violó el artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes, debido a que la pauta publicitaria televisiva de un diario se limitaba a transmitir un mensaje que enfatizaba la imparcialidad del medio periodístico, valiéndose para ello de una situación exagerada de reproche a un menor que no era capaz de inducir a los consumidores a realizar actos degradantes en contra de los menores.¹¹⁰

Se debe precisar que la ley no prohíbe la difusión de cualquier anuncio que contenga alguna secuencia que reproduce una escena ilegal u ofensiva, sino que, visto en su integridad, transmita un mensaje que incentive una conducta ilegal en la vida cotidiana. Aun cuando la exposición de secuencias publicitarias pueda ser considerada como un hecho no deseable y, por tanto, se estime que el anuncio denunciado es de mal gusto, no constituye elemento

¹⁰⁸ Resolución N° 0198-2018/CCD-INDECOPI.

¹⁰⁹ Resolución N° 0029-2018/CCD-INDECOPI.

¹¹⁰ Resolución N° 1857-2012/SC1-INDECOPI.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

suficiente para encontrarse frente a una conducta sancionable por la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, podría darse el caso que las situaciones humorísticas expuestas en el anuncio no sean del agrado de un sector de la población o que incluso no sean vistas como deseables; sin embargo, este supuesto no resulta sancionable por afectación del principio de adecuación social, ya que el tipo infractor de la ley exige que el anuncio incentive la imitación de un comportamiento ilegal en la realidad.¹¹¹

En ese sentido, los actos infractores, contrarios al inciso a) del principio de adecuación social, en general, deben generar conductas socialmente inaceptables y no ser solamente de mal gusto. Los anunciantes tienen el derecho de transmitir sus mensajes de la manera que mejor convenga a sus intereses, incluso si éstos pudiesen ser considerados como de mal gusto, desagradables o impertinentes; sin embargo, es el mercado, así como los consumidores y las organizaciones civiles, mas no una autoridad gubernamental, los que deben enviar mensajes a los anunciantes para que modifiquen sus anuncios, optando por no comprar o contratar los productos o servicios que se ofertan, promoviendo debates o difundiendo mensajes institucionales o educativos. Por ejemplo, se puede citar el procedimiento en contra de una empresa dedicada al rubro de radio y televisión que difundió un anuncio con situaciones evidentemente humorísticas y fantasiosas que intentaron caricaturizar una actitud irreverente, respecto de un personaje asociado a una determinada religión, con motivo de las fiestas navideñas pero que no era capaz de instigar o persuadir a cometer actos de ofensa o discriminación hacia la comunidad religiosa aludida ni hacia sus creencias, en tanto no informaba que la religión en cuestión se encontraba en una situación de inferioridad respecto de las demás religiones, ni desconocía o pretendía desconocer el derecho a la libertad de religión¹¹².

Por otro lado, el literal b) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, tiene como objetivo evitar que la publicidad de contenido erótico no se encuentre al alcance de los menores de edad. En este punto, para que se produzca una contravención al referido principio no se requerirá que un menor de edad efectivamente acceda al servicio promocionado, sino que la infracción se configure cuando se difundan anuncios de servicios con contenido erótico en un medio de comunicación que está a disposición del público en general.

En particular, se puede mencionar como ejemplo el caso en el cual una empresa dedicada a prensa escrita, difundió anuncios publicitarios, promocionando servicios de contenido erótico, en un diario a disposición del público en general. En dicho procedimiento se verificó que los anuncios cuestionados eran plenamente identificados y asociados con la prestación de un servicio de contenido erótico¹¹³.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Resolución N° 0126-2012/CCD-INDECOPI.

¹¹³ Resolución N° 0133-2018/SDC-INDECOPI.