

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL (LA COMISIÓN)
DENUNCIANTE : TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. (TELEFÓNICA)
DENUNCIADO : MACTEL ELECTRÓNICA E.I.R.L. (MACTEL)
MATERIA : COMPETENCIA DESLEAL
PUBLICIDAD
PRINCIPIO DE LEALTAD
DENIGRACIÓN
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
COSTAS Y COSTOS
PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA
ACTIVIDAD : SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES

SUMILLA: *en el procedimiento seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra Mactel Electrónica E.I.R.L. por infracción a lo establecido en las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, la Sala ha resuelto confirmar la resolución apelada, en los extremos en que: (i) declaró fundada la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A.A. en contra de Mactel Electrónica E.I.R.L. por infracción al principio de lealtad en la modalidad de denigración; y, (ii) ordenó a Mactel, como medida complementaria, el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio denunciado o de cualquier otro en tanto contenga las siguientes afirmaciones "... y se creyeron lo de los planes tarifarios"; y, "A los peruanos ya no nos agarran de tontos", en un contexto en el que Telefónica del Perú S.A.A. y/o los servicios prestados por ésta pudieran ser considerados como aludidos.*

Asimismo, en aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, ha decidido declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria.

SANCIÓN: 2 UIT

Lima, 17 de marzo de 2006

I. ANTECEDENTES

El 15 de setiembre de 2004, Telefónica interpuso denuncia contra Mactel por infracción a lo establecido en los artículos 3; 4 y 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, así como a los artículos 6; 7; 9; y 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Telefónica manifestó ser una empresa de telecomunicaciones que, en el marco de su actividad, ofrecía una serie de planes tarifarios -previamente

aprobados por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel)-.

Asimismo, señaló que Mactel había difundido un anuncio televisivo en el que un personaje que representaba a un ejecutivo con acento español - claramente identificable con Telefónica- se burlaba de la ingenuidad de los usuarios peruanos del servicio de telefonía. Al respecto, indicó que los consumidores interpretarían dicho anuncio en el sentido que sus planes tarifarios beneficiaban a su empresa en perjuicio de los usuarios.

Para sustentar su denuncia, presentó un documento con los resultados de un *focus group* realizado por la empresa Apoyo, Opinión y Mercado, entre los días 13 y 14 de setiembre de 2004, según el cual, el anuncio materia de controversia presentaba a Telefónica como una empresa usurera, aprovechadora, interesada en su rentabilidad y que, de alguna manera, había estado engañando a sus usuarios con las propuestas ofrecidas.

Mediante Resolución N° 1 del 17 de setiembre de 2004, la Comisión calificó y admitió el escrito presentado por Telefónica como una denuncia por infracción al principio de lealtad contenido en el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

El 1 de octubre de 2004, Mactel presentó sus descargos señalando que el anuncio televisivo objeto de denuncia había sido elaborado por una empresa publicitaria especializada y que no contenía palabra o acto ofensivo alguno contra Telefónica. Asimismo, indicó que la terminología utilizada en éste permitía una interpretación subjetiva, diversa y no necesariamente denigrante.

Adicionalmente, Mactel formuló tacha contra el documento elaborado por la empresa Apoyo, Opinión y Mercado sobre el impacto generado por la difusión del anuncio publicitario denunciado, argumentando que no resultaba válido como medio probatorio, al contener un resultado que fue obtenido a satisfacción de los intereses de Telefónica.

Mediante Resolución N° 017-2005/CCD-INDECOPI del 31 de enero de 2005, la Comisión resolvió lo siguiente:

- (i) declarar inadmisibles las tachas presentadas por Mactel contra el medio probatorio consistente en los resultados obtenidos en el *focus group* realizado por la empresa Apoyo, Opinión y Mercado sobre el impacto generado por la difusión del anuncio publicitario denunciado. Ello, debido a que la denunciada no presentó medios probatorios que acrediten los vicios alegados en su escrito de descargos;
- (ii) declarar fundada la denuncia presentada por Telefónica en contra de

- Mactel por infracción al principio de lealtad en la modalidad de denigración, supuesto tipificado en el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor;
- (iii) ordenar a Mactel, como medida complementaria, el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio denunciado o de cualquier otro, en tanto contenga las siguientes afirmaciones "... y se creyeron lo de los planes tarifarios"; y, "A los peruanos ya no nos agarran de tontos", en un contexto en el que Telefónica y/o los servicios prestados por ésta pudieran ser considerados como aludidos;
 - (iv) denegar el pedido de Telefónica para que se ordene la publicación de un aviso rectificatorio;
 - (v) sancionar a Mactel con una multa de 10 UIT y ordenar su inscripción en el registro de infractores de Indecopi; y,
 - (vi) ordenar a Mactel que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Telefónica durante la tramitación del procedimiento.

El 1 de marzo de 2005, Mactel interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 017-2005/CCD-INDECOPI manifestando que la existencia de una infracción administrativa requería dolo o intención de daño por parte del agente infractor, por lo que no podía imputársele responsabilidad por los hechos investigados debido a que, tal como señaló en sus descargos, el anuncio publicitario fue elaborado por una empresa publicitaria especializada ajena a Mactel¹.

El 1 de marzo de 2005, Mactel solicitó el uso de la palabra. El informe oral se realizó el 19 de octubre de 2005, con la participación de los representantes de las partes.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

Determinar si el anuncio televisivo difundido por Mactel infringe el principio de lealtad contenido en el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTION EN DISCUSIÓN

III.1. La unidad material del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal

La Ley sobre Represión de la Competencia Desleal no es la única fuente de la disciplina de la competencia desleal en el ordenamiento peruano,

¹ Durante la tramitación del procedimiento, Mactel ha omitido señalar el nombre de la empresa que presuntamente elaboró el anuncio publicitario.

coexistiendo con ella, el Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. La doble aproximación a la problemática de la competencia desleal -publicitaria y no publicitaria- proviene directamente de la legislación española, la cual presenta, desde el año 1964, la particularidad de contar con una ley específicamente referida a la publicidad.

En efecto, la Ley General de Publicidad de España del 11 de noviembre de 1988, que reemplazó al Estatuto de la Publicidad del 11 de junio de 1964, pretende agotar el tratamiento jurídico de la publicidad, al igual que pretende hacerlo el Decreto Legislativo N° 691.²

No obstante, al igual que en el ordenamiento español, en el Derecho peruano, la problemática de la publicidad desleal –tratada en el Decreto Legislativo N° 691- es parte integral de la disciplina general de la competencia desleal, mereciendo, por tanto, un tratamiento sistemático. Al respecto, la doctrina española señala lo siguiente:

“En rigor, son cuatro las disciplinas en las que se clasifica legislativamente el Derecho de la competencia: la de la competencia desleal, la de la defensa de la competencia, la de la publicidad comercial y la del comercio interior. Desde un punto de vista disciplinar, no parece, sin embargo, incorrecto dividirlo o clasificarlo sólo en dos –como hacemos en el texto-: la de la competencia desleal y la antitrust. La razón es fácil de entender: según una opinión muy generalizada, las disciplinas de la publicidad comercial y del comercio interior se integran, en realidad, en la disciplina general de la deslealtad concurrencial [...] Por eso se dice que la Ley de Competencia Desleal (LCD) no es la única fuente del Derecho de la competencia desleal en el Ordenamiento español; junto a ella se citan fundamentalmente [...] la Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988 (LGP), que regula la publicidad desleal, esto es, las deslealtades concurrenciales puestas en práctica a través de la publicidad comercial [...]”³

En efecto, el principio de lealtad es uno de los principios que ordenan e informan toda la actividad publicitaria, encontrándose recogido expresamente en el primer párrafo del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691.⁴

Al respecto, el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal⁵, al definir y prohibir los actos de competencia desleal, dota de

² CUESTA RUTE, José María de la. Curso de Derecho de la Publicidad. Pamplona: EUNSA, 2002. p.61.

³ FONT GALÁN, Juan Ignacio y Luis María MIRANDA SERRANO. Competencia Desleal y Antitrust. Sistema de Ilícitos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005. p.11 [nota 4]

⁴ Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 7.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil. [...]

⁵ Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Artículo 6.- Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. [Subrayado añadido]

contenido al concepto de lealtad, estableciéndolo como el criterio de distinción general entre las conductas lícitas y aquellas ilícitas en la actividad concurrencial.

Puede observarse que el artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable, a toda conducta que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como actos de competencia desleal; por el contrario, el texto expreso y el sentido de la norma están dirigidos a incluir dicha conducta dentro de su ámbito de aplicación.

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

En tal sentido, el concepto de lealtad constituye el criterio general que establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada, sin importar si se manifiesta o no en la actividad publicitaria.

La leal competencia en el mercado es entendida como aquella competencia guiada objetivamente por la buena fe, es decir, por el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas, de modo que éstas se desenvuelvan de manera normal y pacífica. Lo señalado evidencia que el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal –el Decreto Ley N° 26122 y el Decreto Legislativo N° 691- es la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico y que el exceso resulta inaceptable para la sociedad y el derecho. En ese contexto, la publicidad debe ser evaluada como un instrumento de la competencia -quizá el más importante- que tiene como substrato una acción en concurrencia por ganar la preferencia de los consumidores en desmedro de otro competidor.

Las afectaciones a la regla objetiva de la buena fe ocurridas en el marco de la actividad publicitaria devendrán necesariamente en actos de competencia

desleal. En consecuencia, por su naturaleza, los cuerpos legales actualmente vigentes de represión de la competencia desleal y de publicidad no son excluyentes ni incompatibles, sino que, por el contrario, existe entre ellos una relación de género a especie, en virtud de la cual los vacíos legales que pudieran presentarse o las necesidades de complementariedad en la interpretación en las normas de publicidad deben complementarse con las normas de represión de la competencia desleal.

III.2. La inexigibilidad de la relación de competencia como requisito general para la comisión de un acto de competencia desleal

La evolución de la disciplina de la represión de la competencia desleal permite observar el tránsito de ésta a través de tres fases o modelos de aplicación, desde el momento inicial caracterizado como “*modelo paleoliberal*” hasta el denominado “*modelo social*” actualmente reconocido por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, pasando por la fase intermedia conocida como “*modelo profesional*”.

El modelo paleoliberal intentó brindar una respuesta a la problemática de la competencia desleal a través del recurso a las normas propias de la responsabilidad civil. Durante la vigencia del referido modelo, se entendía que las conductas e iniciativas de los agentes económicos eran generalmente leales, salvo aquellas que contravinieran derechos de exclusiva.

El modelo profesional representó un avance respecto al anterior modelo paleoliberal en cuanto a la comprensión del fenómeno de la competencia desleal. Bajo el modelo profesional, la técnica de represión consistió en la utilización de una cláusula general prohibitoria, cuyo contenido se encontraba determinado por los comportamientos considerados como aceptables o reprobables por los comerciantes que se encontraban en “*relación de competencia*”.

Dicha “*relación de competencia*” era entendida como la necesidad de que la persona que ejercitara la acción por competencia desleal debía ser un competidor del empresario autor de los actos presuntamente desleales y de que tales actos tuvieran la capacidad de perjudicarlo. De ello se deriva que, si no existía una relación de competencia directa entre el empresario afectado y el autor de los actos, entonces no podía existir competencia desleal, ello debido a que, al no haber competencia, no podía haber competencia desleal.⁶

⁶ **BERCOVITZ, Alberto.** “Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal”. En BERCOVITZ, Alberto (coordinador). La Regulación contra la Competencia Desleal en la Ley de 10 de enero de 1991. Madrid: Boletín Oficial del Estado – Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992. p.13-14

El modelo social de represión de la competencia desleal, vigente en la actualidad, es resultado de la influencia de los principios de la legislación *antitrust* estadounidense. Bajo este modelo, la competencia deja de ser entendida como un derecho para pasar a ser considerada como una obligación.⁷

El artículo 1 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal recoge el modelo social en el ordenamiento nacional, al reconocer como objeto de protección de la Ley al orden económico de mercado, bajo el término “*libre competencia en actividades económicas*”.

Asimismo, el artículo 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal deja de lado la noción de “*relación de competencia*”, al reconocer que el acto de competencia desleal es aquel que implica un riesgo para el orden económico de mercado, a través del uso de la expresión “*perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público*”.⁸ En tal sentido, puede observarse que el modelo social redefinió el contenido de la cláusula general prohibitoria mediante la eliminación de la relación de competencia como requisito de afectación.

La referida redefinición del contenido de la cláusula general prohibitoria deja de lado al interés privado de los empresarios concurrentes en el mercado – propio del modelo profesional-, como objeto de protección exclusivo de la disciplina de la competencia desleal. De este modo, el ilícito propio de la legislación de represión de la competencia desleal es definido como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, que tenga por objeto o efecto afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado.

El ámbito de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal no se limita, como sucedía bajo el modelo profesional, a los intereses particulares de los empresarios concurrentes en el mercado – a través de la calificación como ilícitos de aquellos comportamientos considerados contrarios a las prácticas generalmente aceptadas o entendidas como aceptables por los comerciantes y que les afectaban exclusivamente a ellos- sino que comprende al interés económico general, incluyendo al interés de los consumidores y, en último término, a la

⁷ BERCOVITZ, Alberto. *Op.cit.*, p.14

⁸ **Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Artículo 1.-** La presente Ley tiene por objeto evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en actividades económicas.

Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Artículo 5.- Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público.

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

preservación del orden económico del mercado, considerado como el mecanismo para lograr el mayor bienestar de la sociedad por el marco constitucional⁹.

III.3. La denigración publicitaria como acto de competencia desleal

La vigencia del modelo social de represión de la competencia desleal hace que las diversas modalidades de actos de competencia desleal – enumeradas a manera de ejemplo por la legislación¹⁰- deban ser analizadas e interpretadas a la luz del objeto de protección y de la definición del ilícito propios de dicho modelo. Ello conduce a una interpretación integral y sistemática de las normas de represión de la competencia desleal, entendiéndolas como normas garantizadoras del principio de competencia en el mercado.

En el caso específico de la modalidad de acto de competencia desleal conocida como acto de denigración, ésta se encuentra descrita en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal¹¹, como aquella conducta idónea para menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, para impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.

⁹ Marco proporcionado por los artículos 58, 61 y 65 de la Constitución Política del Perú:

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura.

Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

¹⁰ Debe recordarse que la prohibición se encuentra establecida en la cláusula general del artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, mientras que las disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley únicamente constituyen un listado enunciativo y descriptivo de modalidades comunes de actos de competencia desleal.

¹¹ **Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Artículo 11.- Actos de denigración.-**

Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.

El fundamento de la deslealtad del acto de denigración, bajo el modelo social de represión de la competencia desleal, se encuentra en la capacidad de la conducta para propiciar la monopolización del mercado a través de la eliminación o restricción del grado de competencia en el mercado.

En efecto, el agente económico cuyo crédito en el mercado se ve menoscabado injustificadamente por la conducta denigratoria puede sufrir una disminución en las preferencias de los consumidores, pudiendo producirse un efecto restrictivo sobre su capacidad de acción en el mercado, a tal punto de poder llegar, incluso, a la alteración de las posiciones en éste o a la alteración de la propia estructura del mercado. Este hecho evidencia que la deslealtad de la denigración radica en la afectación del orden de mercado y no en un derecho subjetivo del presunto competidor afectado, es decir, superando nuevamente la necesidad de la existencia de una relación de competencia –propia del antiguo modelo profesional- entre quien desarrolla la conducta y el sujeto afectado.

En la actividad publicitaria, el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor¹², al recoger el principio de lealtad, menciona la denigración publicitaria como una de las modalidades comunes de afectación a dicho principio. Esta es una manifestación del tratamiento formalmente dual de las conductas desleales, según se materialicen o no en la actividad publicitaria. No obstante, debido a la unidad material del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal, la prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en éste.

Cabe aclarar que en todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace un daño a éste, pues el objetivo es la detracción de su clientela. No obstante, el reconocimiento de este hecho, no equivale a calificar como ilícitos a todos los mensajes publicitarios con contenido alusivo y que, por tanto, son capaces de atraer la clientela o menoscabar el crédito en el mercado del competidor aludido. Al respecto, cabe recordar

¹² **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 7.-** Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el slogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación dar lugar a error o confusión.

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

que, el modelo profesional de represión de la competencia desleal reconocía el “*derecho al anonimato*” de los agentes competidores, según el cual, éstos tenían derecho a exigir que no se hablara de ellos, incluso para decir la verdad.¹³

Es claro que, bajo dicho modelo, los mensajes publicitarios con contenido alusivo eran ilícitos –específicamente, denigratorios- por infringir el referido “*derecho al anonimato*” de los competidores. La situación bajo el actualmente vigente modelo social es totalmente distinta, debido a la redefinición del objeto de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal, entendido, este último, como el orden económico de mercado expresado en el respeto objetivo a la buena fe.

La legislación en materia de represión de la competencia desleal propia del modelo social, no reconoce el “*derecho al anonimato*” de los competidores, debido a ello, tolera los mensajes publicitarios con contenido alusivo, en tanto cumplan la finalidad superior de trasladar información al consumidor en un mercado. El interés superior del consumidor –y el consiguiente beneficio a la dinámica propia de la competencia en el mercado- releva de protección cualquier rezago de derecho privado del competidor afectado, ello siempre y cuando el mensaje publicitario alusivo se encuentre dentro de los límites que la licitud le impone.

En tal sentido, el daño sufrido por el competidor debido al uso de un mensaje publicitario alusivo será considerado un daño aceptable y natural, es decir, un daño concurrencial lícito, salvo que sea capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.

Es importante señalar que, debido a la unidad real del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal, la prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal y, por ello, le son aplicables las mismas condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en la referida disposición, incluyendo la denominada “*excepción de veracidad*”. En aplicación de dicha “*excepción de veracidad*”, un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea, concurrentemente, verdadero, exacto y pertinente.

III.4. La conducta de Mactel como acto de competencia desleal en la modalidad de denigración publicitaria

¹³ TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa. Madrid: Marcial Pons, 1996. p.74

III.4.1. El anuncio televisivo difundido por Mactel

En el anuncio materia de la denuncia se puede apreciar la siguiente escena:

En una oficina se encuentra un hombre, sentado frente a un escritorio, observando unos papeles, afirmando con acento español: *“Pues que bien, las ventas siguen subiendo, los consumos de celulares, de fijos, de oficinas, seguimos ganando. Y se creyeron lo de los planes tarifarios. Ja ja ja ja”*.

Luego de esta escena, aparece en letras de color blanco el siguiente mensaje, que es leído por un locutor: *“A los peruanos ya no nos agarran de tontos. Ahora tenemos el Mc 7 de Mactel, el único bloqueador telefónico que si asegura un consumo justo y preciso. Llame ahora al 471-4155 y adquiera su Mc 7 de Mactel”*.

Finalmente, aparece en escena el mismo hombre del inicio, con papeles en la mano, afirmando: *“Por Dios que las ventas están cayendo, joder”*, mientras lanza los papeles que tenía en la mano.

III.4.2. La naturaleza desleal del mensaje publicitario difundido por Mactel

De conformidad con lo establecido en el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, citado anteriormente, el contenido de los anuncios publicitarios puede denigrar a los competidores directamente o por implicación. En el presente caso, ha podido establecerse que un consumidor podría percibir que las afirmaciones vertidas en el anuncio controvertido hacen referencia a Telefónica, ya que éste contiene elementos – tales como la nacionalidad del protagonista¹⁴ y el tipo de servicios a los que se hace referencia¹⁵- que permitirían que los consumidores infieran que la empresa a la que se hace alusión es Telefónica.

En tal sentido, la escena en la que el protagonista exclama: *“(…)Y se creyeron nuestros planes tarifarios. Ja ja ja”* tiene una evidente connotación negativa respecto de la conducta desarrollada por la empresa representada, en este caso Telefónica. En efecto, un consumidor razonable, realizando un análisis superficial e integral del anuncio materia del procedimiento¹⁶,

¹⁴ Se da a entender que el lugar de procedencia del protagonista es España, país del que proceden los capitales de la denunciante y en el que se encuentra su matriz de control.

¹⁵ Se representa a una empresa operadora de servicios de telefonía.

¹⁶ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 2.-** Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados.
Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

asumirá que la denunciante engaña a sus usuarios a través de los planes tarifarios que les ofrece. Mensaje que se ve reforzado cuando el locutor señala: *“A los peruanos ya no nos agarran de tontos”*.

Asimismo, es importante destacar que, no obstante la naturaleza del anuncio – denigratoria –, el denunciado no ha presentado material probatorio que acredite que el mensaje publicitario contenido en éste es verdadero, exacto y pertinente, motivo por el cual, no resulta posible aplicar la *“excepción de veracidad”*, a la que se ha hecho referencia en el punto precedente.

Por otro lado, Mactel ha alegado no haber incurrido en infracción, ya que el anuncio publicitario había sido elaborado por una empresa especializada ajena a su empresa. Al respecto, corresponde señalar que el artículo 1 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor¹⁷ considera anunciante a toda persona en cuyo interés se haya efectuado la publicidad. Por tanto, toda vez que el anuncio publicitario materia de controversia fue realizado en interés de Mactel, ésta califica como anunciante.

En relación con la responsabilidad de los anunciantes, los artículos 13¹⁸ y 14¹⁹ de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor disponen que el anunciante es responsable del contenido de sus anuncios y que el hecho de que éste sea obra de terceros, no constituye excusa para el incumplimiento de las normas que regulan la publicidad. Por ello, Mactel, dada su calidad de anunciante, resulta responsable por el contenido denigratorio del anuncio cuestionado.

Finalmente, debe precisarse que Mactel, ha omitido señalar el nombre de la empresa que presuntamente habría elaborado el anuncio controvertido, por lo que esta autoridad carece de elementos objetivos para determinar la configuración del supuesto de responsabilidad solidaria contemplado en el

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

¹⁷ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 1.-**

(...)

La palabra anunciante se refiere a toda persona, natural o jurídica, en cuyo interés se realiza la publicidad.

(...)

¹⁸ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 13.-**

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

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

¹⁹ **Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Artículo 14.-**

La responsabilidad por los anuncios se extiende a los elementos de fondo y de forma de la publicidad. El hecho de que el contenido o la forma sean obra, en todo o en parte, de terceros, no constituye excusa del incumplimiento de las normas.

citado artículo 13 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Por las consideraciones expuestas, corresponde confirmar la resolución apelada que encontró responsable a Mactel por infracción al principio de lealtad contenido en el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

III.5. Graduación de la sanción

Las sanciones de tipo administrativo tienen por principal objeto disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. El fin de las sanciones es, en último extremo, adecuar las conductas al cumplimiento de determinadas normas.

Para lograr dicho objetivo, es preciso que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. De lo contrario, los administrados recibirían el mensaje de que, aún en caso que las conductas infractoras fuesen detectadas, el beneficio obtenido con la infracción será superior a la sanción administrativa, razón por la que podrían optar por cometer la infracción. Por ello, el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, al desarrollar el principio de razonabilidad, señala que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

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

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

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

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

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, la imposición y graduación de las multas será determinada teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

En el presente caso, la Comisión sancionó a Mactel con una multa de 10 UIT tomando en cuenta la difusión del anuncio materia de controversia, la cual había sido capaz de afectar la imagen de Telefónica y de los servicios que dicha empresa brinda.

Al respecto, la Sala asume como propias las consideraciones de la resolución de primera instancia²⁰, en lo referido a la capacidad de la conducta de Mactel de afectar la inversión efectuada por Telefónica para posicionar su imagen y la de sus servicios en el mercado. En vista de ello, en principio, correspondería confirmar la resolución apelada, que sancionó a Mactel con una multa ascendente a 10 UIT. No obstante, la Sala reconoce que la alta probabilidad de detección de la infracción cometida por Mactel hace que deba disminuirse el monto inicial de la sanción a una multa ascendente a 5 UIT.

Asimismo, a efectos de graduar la sanción, es importante tener en cuenta los factores atenuantes verificados en el presente procedimiento. En el presente caso, la Sala considera como factores atenuantes los siguientes: (i) no se ha logrado verificar un daño actual y real sino potencial como resultado de la conducta de Mactel; y, (ii) el impacto potencial de la conducta de Mactel se

²⁰ **Ley del Procedimiento Administrativo General.- Artículo 6.- Motivación del acto administrativo.-**

[...]

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

vio definitivamente limitado por el medio empleado para la difusión del anuncio infractor, así como por el tiempo de difusión de dicho anuncio. Estos factores atenuantes determinan que deba disminuirse el monto de la sanción a una multa ascendente a 2 UIT.

Atendiendo a lo expuesto, en la medida que se han acreditado situaciones atenuantes de la gravedad determinada por la Comisión, corresponde modificar, reduciéndolo, el monto de la sanción de multa impuesta a Mactel por la Comisión, de 10 UIT a 2 UIT.

III.6. El pago de las costas y costos del procedimiento

Mediante Resolución N° 017-2005/CCD-INDECOPI, la Comisión ordenó a Mactel el pago de las costas y costos incurridos por Telefónica durante la tramitación del presente procedimiento.

El artículo 7 del Decreto Legislativo N° 807, establece la facultad de la Comisión para ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi²¹.

En tal sentido, corresponderá a la Sala ordenar el pago de las costas y costos en los casos en los que se verifique la existencia de responsabilidad administrativa por la infracción de las normas cuyo cumplimiento debe ser fiscalizado por el Indecopi. Ello, salvo que se presenten circunstancias en el caso, que justifiquen una exoneración de la condena de pago de costas y costos.

Lo expuesto guarda coherencia con el objeto del pago de costas y costos que no es otro que reembolsar a la parte denunciante por los gastos en que se vio obligada a incurrir al tener que acudir ante la Administración para denunciar el incumplimiento de la Ley por parte del infractor. En tal sentido, la referida norma busca que los costos asociados al procedimiento sean asumidos por aquel participante cuya conducta dio origen al inicio del mismo.

De otro lado, el artículo 381 del Código Procesal Civil, en el capítulo correspondiente a la apelación, ubicado en el título referido a los medios impugnatorios, dispone lo siguiente:

Artículo 381.- Costas y costos en segunda instancia.-

Cuando la sentencia de segunda instancia confirma íntegramente la de primera, se condenará al apelante con las costas y costos. En los demás casos, se fijará la

²¹ Decreto Legislativo N° 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del Indecopi. Artículo 7.-

En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. (...).

condena en atención a los términos de la revocatoria y la conducta de las partes en la segunda instancia.

La citada norma dispone que en aquellos casos en los que la segunda instancia confirme la resolución apelada, deberá ordenar a la parte apelante el pago de las costas y costos.

Por tanto, teniendo en cuenta que la resolución apelada ha sido confirmada, corresponde ordenar a la parte apelante, Mactel, que asuma el pago de las costas y costos del presente procedimiento, pues no se presenta ninguna circunstancia particular que justifique exonerarla de dicho pago. La Comisión deberá fijar y liquidar el monto de las costas y costos a partir de la documentación a ser presentada por Telefónica para acreditar su cuantía.

III.7. Difusión de la presente resolución

En aplicación del artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807²² y atendiendo a que la presente resolución interpreta de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, corresponde declarar que ésta constituye un precedente de observancia obligatoria en la aplicación del siguiente principio:

1. *La publicidad desleal es parte integral de la disciplina general de la competencia desleal, mereciendo, por tanto, un tratamiento sistemático.*
2. *El artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable, a toda conducta que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como actos de competencia desleal. Debido a ello, la difusión de un mensaje publicitario que contravenga el principio de lealtad tendrá la naturaleza de acto de competencia desleal cuya materialización ha ocurrido en forma de anuncio publicitario.*

²² **Decreto Legislativo N° 807, Ley de Facultades, Normas y Organización del Indecopi. Artículo 43.-**

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

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

3. *El ilícito propio de la legislación de represión de la competencia desleal es definido como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, que tenga por objeto o efecto afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado. En tal sentido, el ámbito de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal comprende al interés económico general, incluyendo al interés de los consumidores y, en último término, a la preservación del orden económico de mercado, considerado como el mecanismo para lograr el mayor bienestar de la sociedad por el marco constitucional.*
4. *La calificación de una conducta como acto de competencia desleal no requiere que el infractor se encuentre en relación de competencia directa con el afectado, bastando únicamente que la conducta resulte objetivamente contraria a la buena fe.*
5. *La prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.*
6. *En todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace la posibilidad de generar un daño a éste, pues es capaz de menoscabar el crédito en el mercado del competidor aludido. No obstante, ello no equivale a calificar como denigratorios e ilícitos a todos los mensajes publicitarios con contenido alusivo, sino únicamente a aquellos que tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado del competidor aludido, buscando o siendo capaces, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar la permanencia de dicho competidor en el mercado.*
7. *Las condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son aplicables a la prohibición de la denigración publicitaria, incluyendo la “excepción de veracidad”. En aplicación de dicha “excepción de veracidad”, un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea, concurrentemente, verdadero, exacto y pertinente.*

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución N° 017-2005/CCD-INDECOPI, en los extremos en que: (i) declaró fundada la denuncia presentada por Telefónica del Perú S.A.A. en contra de Mactel Electrónica E.I.R.L. por infracción al principio de lealtad en la modalidad de denigración; y, (ii) ordenó a Mactel, como medida complementaria, el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio denunciado o de cualquier otro en tanto contenga las siguientes afirmaciones “(...) y se creyeron lo de los planes tarifarios”; y, “A los peruanos ya no nos agarran de tontos”, en un contexto en el que Telefónica del Perú S.A.A. y/o los servicios prestados por ésta pudieran ser considerados como aludidos.

SEGUNDO: modificar la Resolución N° 017-2005/CCD-INDECOPI, en el extremo en que sancionó a Mactel Electrónica E.I.R.L. con una multa ascendente a 10 UIT; y, reformándola, sancionar a Mactel Electrónica E.I.R.L. con una multa ascendente a 2 UIT.

TERCERO: ordenar a Mactel Electrónica E.I.R.L que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Telefónica del Perú S.A.A. durante la tramitación del presente procedimiento.

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

- 1. La publicidad desleal es parte integral de la disciplina general de la competencia desleal, mereciendo, por tanto, un tratamiento sistemático.*
- 2. El artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable, a toda conducta que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como actos de competencia desleal. Debido a ello, la difusión de un mensaje publicitario que contravenga el principio de lealtad tendrá la naturaleza de acto de competencia desleal cuya materialización ha ocurrido en forma de anuncio publicitario.*
- 3. El ilícito propio de la legislación de represión de la competencia desleal es definido como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, que tenga por objeto o efecto afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado. En tal sentido, el ámbito de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal comprende al interés económico general, incluyendo al interés de los consumidores y, en último término, a la preservación del orden económico de mercado, considerado como el mecanismo para lograr el mayor bienestar de la sociedad por el marco constitucional.*
- 4. La calificación de una conducta como acto de competencia desleal no requiere que el infractor se encuentre en relación de competencia directa con el afectado, bastando únicamente que la conducta resulte objetivamente contraria a la buena fe.*
- 5. La prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el*

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

RESOLUCIÓN N° 0347-2006 /TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE N° 114-2004/CCD

mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.

6. *En todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace la posibilidad de generar un daño a éste, pues es capaz de menoscabar el crédito en el mercado del competidor aludido. No obstante, ello no equivale a calificar como denigratorios e ilícitos a todos los mensajes publicitarios con contenido alusivo, sino únicamente a aquellos que tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado del competidor aludido, buscando o siendo capaces, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar la permanencia de dicho competidor en el mercado.*
7. *Las condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son aplicables a la prohibición de la denigración publicitaria, incluyendo la “excepción de veracidad”. En aplicación de dicha “excepción de veracidad”, un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea, concurrentemente, verdadero, exacto y pertinente.*

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

Con la intervención de los señores vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario De Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibarcena.

**JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Presidente**