FACULTAD DE DERECHO

Carrera de Derecho

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. CONTRA DIRECTV PERÚ S.R.L.
EXPEDIENTE N° 147–2011/CCD

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de Abogado

MICHELLE ALESSANDRA LECCA SILVA
(0000-0001-8645-8108)

Lima – Perú
2020

ÍNDICE

Presentación **5**

CAPÍTULO I

SÍNTESIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ETAPAS

1. Análisis crítico de las principales piezas procedimentales y de la forma como se ha llevado el procedimiento 6

1.1 Denuncia 6

1.2 Admisión a trámite de la denuncia y formulación de cargos 12

1.3 Descargos de directv 16

1.4 Resolución de la comisión 20

1.5 Recurso de apelación 22

1.6 Contestación a la apelación 25

1.7 Resolución de la sala 28

2. Opinión crítica de las principales piezas del procedimiento 30

2.1 Sobre la calificación de los actos denunciados 30

2.2 Respecto a los actos de comparación indebida 33

2.3 Respecto a los actos de denigración 34

2.4 Respecto a la infracción a la cláusula general 35

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. Antecedentes Legislativos 38

1.1 Ley de Promoción de Industrias 38

1.2 Reglamento de la Ley General de Industrias 38

1.3 Decreto Ley N° 26122 – Ley sobre la Represión de la Competencia Desleal 38

1.4 Decreto Legislativo N° 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor 39

2. Marco legal actual 39

2.1 Constitución Política del Perú 39

2.2 Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal 40

3. Análisis doctrinario de figuras jurídicas presentes en el expediente y afines nacional y/o extranjero. 40

3.1 El orden público económico 40

3.2 La competencia 41

3.3 La competencia desleal 41

3.4 El modelo social de Represión de la Competencia Desleal 42

3.5 Decreto Legislativo N° 1044 42

3.6 Finalidad de la norma de represión de la competencia desleal 43

3.7 La defensa del consumidor y la represión de la competencia desleal 44

3.8 Infracción a la Cláusula general 44

3.9 Publicidad comercial 45

3.10 Finalidad informativa de la publicidad 46

3.11 El principio de veracidad publicitaria 46

3.12 Interpretación de los anuncios publicitarios 47

3.13 Publicidad comparativa 48

3.14 Actos de denigración 49

3.15 Las medidas correctivas en el procedimiento sancionador 50

3.16 Derecho de defensa del administrado 50

3.17 Multa administrativa 51

3.18 Recurso de apelación 51

3.19 Carga de la prueba 52

3.20 Potestad sancionadora de la administración pública 52

3.21 Procedimiento administrativo sancionador 53

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. Derecho a la información de los consumidores 54

2. Finalidad de la norma de represión de la competencia desleal 54

3. Finalidad de la publicidad 54

4. Criterios para interpretar un anuncio publicitario 55

5. Análisis superficial e integral de la publicidad 55

6. Restricción a la actividad publicitaria 56

7. Infracciones a las normas publicitarias 56

8. Límite de no engañar respecto a las afirmaciones objetivas 56

9. Definición de actos de engaño 57

10. La actividad probatoria en los actos de engaño 57

13. Alusión inequívoca en los actos de comparación 58

14. Infracción a la cláusula general 58

15. Competencia de la comisión de fiscalización de la competencia desleal 59

16. Imputación de cargos 59

17. El principio de tipicidad aplicable a los procedimientos sancionadores 59

18. Graduación de la sanción 60

19. Beneficio ilícito como criterio de graduación de la sanción. 60

20. Medida correctiva 60

CONCLUSIONES 61

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 63

PRESENTACIÓN

La actividad publicitaria cumple un rol sumamente importante en el mercado ya que permite a los agentes económicos poner de conocimiento sobre sus diferentes productos o servicios con la consiguiente obtención de ventas y posicionamiento, mientras que los consumidores reciben información sobre la oferta existente con la correspondiente disminución de los costos de transacción. Muchas veces el recurrir a esta herramienta, persuasiva por excelencia, obliga a utilizar medios de comunicación de alcance masivo como la televisión o internet.

Durante los años 2011 a 2013, época en que ocurrieron los hechos que dieron lugar al procedimiento administrativo materia del presente Trabajo de Suficiencia Profesional, en el mercado de las telecomunicaciones, y en especial de la televisión por cable o de paga, no existía muchos competidores además de que uno de ellos (Telefónica) tenía una posición significativamente mayor, por lo que se entiende que un agente económico que incursionaba en dicho mercado tenía que recurrir a una publicidad que le permita confrontar su oferta respecto a la de aquellos agentes que tenían mayor posicionamiento en el mercado. Para ello fundamentalmente requería aludirlos directa o indirectamente con la finalidad de menoscabar su imagen comercial y de comparar ambas ofertas. Dichos cometidos pueden ser lícitos si es que se cumple con los requisitos establecidos por la ley (en este caso, el Decreto Legislativo N° 1044).

En el expediente materia de análisis, Directv difundió su campaña publicitaria con la finalidad de resaltar sus ventajas respecto a Telefónica, para ello recurrió a la difusión anuncios publicitarios en la televisión y en el sitio web www.mehapasado.pe en los que empleó afirmaciones que presentaban varias deficiencias del servicio brindado por Telefónica y, a la vez, resaltaba las ventajas de su servicio. Esto último motivó la denuncia por actos de competencia desleal, promoviendo un procedimiento administrativo sancionador, el cual será abordado en las páginas siguientes.

CAPÍTULO I

SÍNTESIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN ETAPAS

---

1. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES PIEZAS PROCEDIMENTALES Y DE LA FORMA COMO SE HA LLEVADO EL PROCEDIMIENTO

1.1 DENUNCIA

El 31 de agosto de 2011, **Telefónica Multimedia S.A.C.** (en lo sucesivo, Telefónica) formuló denuncia contra Directv Perú S.R.L. (en lo sucesivo, Directv) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección y de la Propiedad Intelectual – INDECOPI por la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general así como en las modalidades de engaño, denigración y comparación indebida de acuerdo a lo establecido por el Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Los fundamentos de dicha denuncia fueron los siguientes:

a. Respecto a la campaña publicitaria denominada "A mí también me ha pasado"

– Directv inició la difusión de dicha campaña mediante diferentes medios de comunicación y plataformas (Internet y redes sociales), presentando escenarios en los que clientes se quejaban ante sus proveedores (empresas competidoras) sobre los problemas que se les presentaban con el servicio de televisión por cable brindado por ellos con la finalidad de desacreditarlos, sobre la base de afirmaciones falsas, imprecisas e impertinentes, asociándolos a la prestación de servicios y venta de productos de deficiente calidad.

- Como consecuencia de ello Directv infringió la cláusula general, prevista en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044, debido a que implementó una plataforma virtual contenida en el sitio web www.mehapasado.pe en el cual habilitó una sección que permitía a los usuarios consignar reclamos sobre los servicios que contrataban con otros operadores de televisión por cable.

- Con esta estrategia comercial, además, estaría denigrando a sus competidores, puesto que en dicho sitio web solo se permitía el ingreso de comentarios desfavorables al servicio de televisión por cable que presta Telefónica y otras empresas competidoras, hasta en cuatro rubros: "Mala calidad de la señal HD", "Amarrado a mi paquete de tres", "Deco se congela" y "Capacidad de grabación", sin que exista posibilidad de comprobar la autenticidad de los referidos reclamos.

- En el sitio web www.mehapasado.pe se transmitirían cuatro vídeos cuya finalidad sería presentar a Telefónica como una empresa que brindaba un mal servicio y era deshonesta con sus clientes, al brindar explicaciones inverosímiles sobre las supuestas fallas de su servicio, por lo que la creación de la referida página web contravenía la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia entre competidores.

b. Respecto al anuncio televisivo denominado "Mala calidad de imagen" o "Miss"

- Directv daría a entender a los consumidores que los paquetes del servicio de cable bajo el sistema High Definition (HD) que ofrecían las empresas competidoras no permitían ver los contenidos en alta definición.

- Directv ofrecía una óptima calidad de imagen "HD" y las demás empresas una "pésima" imagen.

- La calidad de imagen HD de Directv es cinco veces superior a la señal HD que brindan las empresas competidoras.

c. Respecto al anuncio denominado "Poca capacidad para grabar contenidos" o "Rock"

– Directv resaltaba la capacidad de almacenamiento para grabar contenidos que tenían sus equipos en comparación con los de la competencia, al señalar "Mejor cámbiate a DIRECTV y graba más del triple de tu programación favorita".

– Dicha afirmación era falsa, toda vez que la referida comparación se realizaba entre el decodificador "HD DVR" de Directv, que tenía la funcionalidad de grabación, y el decodificador "Prime CDKN7402" de Telefónica, el cual no contaba con dicha funcionalidad.

d. Respecto al anuncio denominado "Imagen congelada" o "Fútbol"

– Directv daba a entender que solo sus decodificadores pasaban por un estricto control de calidad, induciendo a error a los consumidores con la afirmación "Mejor cámbiate a Directv. Nuestros exclusivos decos pasan por un estricto control de calidad", cuando en realidad Telefónica también sometía sus decodificadores a un control de calidad exhaustivo.

e. Medidas solicitadas por la denunciante

Como consecuencia de lo señalado, Telefónica solicitó a la Comisión que ordene:

– El cierre de la página web www.mehapasado.pe y cualquier otra habilitación web similar, como la de la red social Facebook.

– El cese total de cualquier anuncio publicitario de la campaña comercial "A mí también me ha pasado", así como cualquier otra de contenido similar que se emita con posterioridad.

– La publicación de la resolución condenatoria.

– El pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento administrativo.

ANÁLISIS

La denuncia formulada por Telefónica tuvo lugar bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, norma que regula la represión de los actos de competencia desleal. Un acto de competencia desleal, según dicha norma es aquel que tiene como efecto real o potencial afectar la buena fe empresarial y, a su vez, el proceso competitivo. Se entiende por buena fe comercial a la lealtad que debe existir entre los competidores de un mercado determinado (como puede ser el de "televisión de paga", de tal forma que sea el más eficiente el que finalmente tenga un mejor posicionamiento. De esta forma, el engaño, la denigración y la comparación indebida, denunciadas en este caso, constituyen modalidades de actos competencia desleal y, por lo tanto, formas de vulnerar la buena fe empresarial.

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es el órgano resolutivo del INDECOPI que tiene atribuciones para pronunciarse en primera instancia sobre si la denunciada incurrió en la realización de los actos de competencia desleal.

En el presente caso, los anuncios publicitarios cuestionados por Telefónica fueron los siguientes:

a. Anuncios difundidos a través de la televisión:

– **Anuncio denominado "Miss".**

Presentaba a una usuaria que manifestaba tener **problemas para visualizar el contenido de los canales HD** ante una funcionaria de su empresa operadora de cable, para lo cual señalaba a un hombre de barba que traía puesto un vestido y una corona. Ante ello, la mencionada funcionaria exponía una serie de motivos por los cuales no se podrían visualizar dichos canales en alta definición.

Posteriormente, el locutor en off invitaba a los televidentes a cambiarse a los servicios de Directv, mostrando la imagen de una mujer ganadora de un concurso de belleza que traía puesto un vestido y una corona –similares a las que tenía el hombre de barba– en una muestra por resaltar las ventajas en la calidad de imagen que se obtendría al contratar el servicio de televisión de paga de la imputada.

– **Anuncio denominado "Rock".**

Presentaba a un usuario que manifestaba que **su decodificador se "congela" constantemente.** Junto a él se aprecia a un artista cubierto de hielo en estado inmóvil mientras parecía tocar una guitarra. Ante ello, una funcionaria de la empresa operadora de cable exponía una serie de motivos que originaban el congelamiento de la imagen, así como la posible solución a dicho problema.

Posteriormente, se advertía en la pantalla la imagen de un concierto en vivo mientras el locutor en off invitaba a los televidentes a cambiarse a los servicios de Directv, resaltando la calidad de sus decodificadores

– **Anuncio denominado "Fútbol".**

Presentaba a un usuario que manifestaba a una funcionaria de su empresa operadora de cable tener **problemas para grabar contenidos en su decodificador**. Junto a él se aprecian solo las dos piernas de un jugador de fútbol dominando un balón, sin visualizarse la parte superior de su cuerpo Ante ello, dicha funcionaria exponía una serie de posibles soluciones a dicho problema.

Posteriormente, se aprecia la imagen de un partido de fútbol en la que se visualiza la imagen completa de los jugadores de fútbol, mientras el locutor en off invita a los televidentes a cambiarse a los servicios de Directv, describiendo una de las ventajas de sus decodificadores referida a su capacidad de grabación.

b. Anuncios publicitarios en internet

En el sitio web: www.mehapasado.pe se alojaron cuatro vídeos denominados: **“Amarrado al trío”, “Falta memoria”, “Mala señal”, “NO hay HD”** los cuales expresaban respuestas inverosímiles respecto a los problemas más comunes que tenían los clientes de las empresas proveedoras del servicio de televisión por cable.

c. Sitio web para incluir experiencias

Directv también creó una plataforma virtual en el sitio web www.mehapasado.pe, a través de la cual los internautas podían ingresar y efectuar comentarios, trasladando sus experiencias como usuarios del servicio de televisión por cable prestado por sus empresas proveedoras.

Se advierte que todos los anuncios publicitarios difundidos por Directv tenían como mensaje principal resaltar los problemas que encontraban los consumidores del servicio de televisión por cable ofrecido por sus competidores (uno de ellos, Telefónica). En este sentido, se afirma que la oferta de Directv ofrecía un servicio de mejor calidad empleando equipos que superaban a los ofrecidos por dichos competidores (como ocurría con los decodificadores). En consecuencia, se puede colegir que dichos anuncios conformaban una campaña publicitaria definida por el literal e) del artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1044 como aquella que contiene a anuncios difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal.

En consecuencia, la campaña publicitaria de Directv se encontraba destinada a promover la contratación del servicio de televisión por cable o televisión de paga y tenía un mensaje principal transversal a todos los anuncios que la integraban.

Respecto a la interpretación de una campaña publicitaria, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución N° 2019-2018/SDC-INDECOPI de fecha 14 de junio de 2018 ha señalado:

> En el caso particular de las campañas publicitarias, el enjuiciamiento de la publicidad exige que se analicen los anuncios en conjunto, considerando las particularidades de las piezas publicitarias que las conforman y el mensaje principal unificador de la campaña. (…) Por consiguiente, resulta necesario evaluar los anuncios que componen la campaña publicitaria evaluada, lo cual permitirá interpretar sus alcances y determinar si mediante su difusión, el anunciante ha incurrido en actos de competencia desleal (en este caso, actos de engaño).

Esto último es importante ya que el análisis que vaya a realizar la Comisión y la Sala debía considerar que se trataba de una campaña publicitaria.

1.2 ADMISIÓN A TRÁMITE DE LA DENUNCIA Y FORMULACIÓN DE CARGOS

El 14 de septiembre de 2011, mediante Resolución sin número, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por Telefónica e imputó a Directv los siguientes cargos:

a. La presunta comisión de actos de competencia desleal por **infracción a la cláusula general**, **de acuerdo a lo establecida el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044**, por la creación del sitio web www.mehapasado.pe, el cual tendría como objetivo denigrar a sus competidores, pues sólo se permitiría el ingreso de comentarios desfavorables al servicio de televisión por cable que prestaba Telefónica y otras empresas competidoras, hasta en cuatro rubros: “Mala calidad de la señal HD”, “Amarrado a mi paquete de tres”, “Deco se congela” y “Capacidad de grabación”, no existiendo posibilidad de comprobar la autenticidad de dichos reclamos.

b. La presunta comisión de **actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1044**, debido a que habría difundido publicidad en tono excluyente, en la que emplearía la afirmación “Mejor cámbiate a Directv. Nuestros exclusivos decos pasan por un estricto control de calidad”. Considerando que dicha afirmación daría

a entender que sólo los decodificadores ofrecidos por Directv pasan por un estricto control de calidad, cuando según la denunciante, ella también sometía sus decodificadores a un control de calidad exhaustivo.

c. La presunta comisión de **actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, de acuerdo a lo establecido en el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044,** por la difusión de:

– Tres anuncios televisivos de la campaña publicitaria "A mí también me ha pasado", en los que se consignarían afirmaciones que afectaban la imagen y reputación de Telefónica, al asociarla a la prestación de servicios y venta de productos de mala calidad.

– Cuatro vídeos en el sitio web www.mehapasado.pe cuya finalidad sería presentar a Telefónica como una empresa que brinda un mal servicio y es deshonesta con sus clientes, al brindar explicaciones inverosímiles sobre las supuestas fallas de su servicio, menoscabando su imagen.

d. La presunta comisión de **actos de competencia desleal en la modalidad de actos de comparación indebida, previstos en el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1044**, por la supuesta inobservancia de los requisitos de licitud contenidos en el artículo 11.2 de la mencionada norma, debido a la difusión de los siguientes anuncios:

– El anuncio denominado "Miss", en tanto daría a entender a los consumidores que:

- Los paquetes del servicio de cable bajo el sistema HD que ofrecían las empresas competidoras no permitían ver los contenidos en alta definición, lo cual no era veraz.

- Directv ofrecía una óptima calidad de imagen HD y las demás empresas, entre ellas Telefónica, una "pésima" imagen.

- La calidad de imagen HD de Directv era cinco veces superior a la señal HD que brindaban las empresas competidoras, lo que constituiría un mensaje comparativo de carácter subjetivo.

– El anuncio denominado “Rock”, ya que: Directv resaltaría la capacidad de almacenamiento para grabar contenidos que tienen sus equipos en comparación con los de la competencia, al señalar “Mejor cámbiate a DIRECTV y grababa más del triple de tu programación favorita”, afirmación que sería falsa e inexacta, toda vez que la referida comparación se realizaba entre el decodificador “HD DVR” de Directv que tiene la funcionalidad de grabación y el decodificador “Prime CDKN7402” de Telefónica, el cual no cuenta con dicha funcionalidad.

– El anuncio denominado “Fútbol”, en tanto daría a entender que solo los decodificadores ofrecidos por Directv, pasaban por un estricto control de calidad, al emplear la frase “Mejor cámbiate a Directv. Nuestros exclusivos decos pasan por un estricto control de calidad”, cuando en realidad el denunciante también sometería sus decodificadores a un control de calidad exhaustivo.

ANÁLISIS

Este acto administrativo tenía como finalidad realizar la formulación de cargos contra el denunciado a partir de lo señalado en la denuncia, por lo que con la notificación de dicha resolución se inició el procedimiento administrativo sancionador el cual tenía como finalidad determinar si Directv incurrió en actos de competencia desleal. A partir de su emisión la denunciante se constituye en un colaborador o interesado de dicho procedimiento mientras que la Secretaría Técnica, en titular de la acción e instructor.

Los actos competencia desleal en la modalidad de engaño[1] tienen como efecto inducir a error sobre los atributos de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, así

[1] Artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1044.

como de todos los aspectos relacionados con la actividad empresarial de un determinado proveedor.

Los actos desleales en la modalidad de denigración[2] tienen como efecto el menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otros agentes económicos.

Los actos desleales en la modalidad de comparación indebida[3] están constituidos por aquellas conductas consistentes en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora. Al igual que en la denigración se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico. De la misma forma, como ocurre con los actos de denigración, los actos de comparación serán lícitos siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos concurrentes[4]:

- Verdaderos, por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad.

- Exactos, 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;

- Pertinente en la forma, en tanto evite, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias.

- Pertinente en el fondo, en tanto evite alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa.

Finalmente, es preciso señalar que el inciso 2) del artículo 31° del Decreto Legislativo N° 1044 exige a la Secretaría Técnica de la Comisión que en la resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento realice una correcta calificación jurídica de la posible infracción, el incumplimiento de dicho requisito podría acarrear la nulidad de la mencionada resolución.

[2] Artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044.
[3] Artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1044.
[4] Inciso 2) del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044.

1.3 DESCARGOS DE DIRECTV

El 19 de octubre de 2011, Directv, representado por Oscar Boero Echevarría, se apersonó al procedimiento y presentó su escrito de descargos manifestando que su política comercial se encontraba dirigida a mostrar las ventajas y beneficios de la televisión satelital frente a la televisión por cable con el objetivo de captar clientes que no se encontraban suscritos a la televisión de paga a través de empresas de distribución de radiodifusión por cable, así como lograr legítimamente la migración de clientes que no se encontraban a gusto con el servicio brindado por los proveedores de la competencia.

a. Respecto a la infracción a la cláusula general

- La infracción a la cláusula general establece una prohibición que permite incluir supuestos que no se encuentran comprendidos expresamente en el Decreto Legislativo N° 1044, por lo que la tipificación realizada por la Secretaría Técnica fue incorrecta, debido a que, según la denuncia, los actos cuestionados en este extremo se encontraban tipificados como actos de denigración según el artículo 11° de la mencionada norma.

- Si la Comisión consideraba a este extremo de la denuncia como una presunta infracción a la cláusula general, debería tener en consideración que el sitio web www.mehapasado.pe no recibía reclamos contra las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, pues dicha labor les correspondía a las áreas de atención al cliente de cada operador de televisión de paga y al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel.

- La creación del sitio web www.mehapasado.pe no contravenía la buena fe comercial, pues no pretendía atraer a los consumidores con actuaciones incorrectas; sino que solo recogería los comentarios de aquellos, sean estos positivos o negativos, al igual que otras páginas web o foros de opinión implementados por empresas de comunicaciones (canales de señal abierta, diarios, radio, etc.).

- A pesar de no tener la obligación de controlar la utilización del portal por parte de los usuarios ni verificar su identidad, en el sitio web www.mehapasado.pe se incluyeron las “Condiciones Generales de uso del portal” que contenían restricciones sobre los contenidos a ser consignados, además de filtros que impedían la inclusión de comentarios que afectaran la reputación de empresas de la competencia.

- Telefónica no acreditó que el sitio web cuestionado contenía frases o comentarios que infringieran la cláusula general, sino más bien comentarios de sus abonados descontentos con el servicio que brindaba, motivo por el cual, este extremo de la denuncia debía ser desestimado.

b. Respecto a los actos de engaño

- La publicidad cuestionada buscaba llamar la atención de los consumidores que se encontraban disconformes con el servicio brindado por los proveedores de televisión de paga, específicamente, con el funcionamiento de sus decodificadores, debido a que en ocasiones estos se congelarían y perderían la señal (la imagen en la pantalla se quedaría inmóvil).

- La afirmación “Mejor cámbiate a Directv. Nuestros exclusivos decos pasan por un estricto control de calidad” no cuestionaba la falta de controles de calidad por parte de Telefónica a sus decodificares, sino que resaltaba las virtudes de los equipos de Directv;

- Al realizar un análisis superficial e integral de la publicidad cuestionada se apreciaba que Directv contaba con decodificadores exclusivos y que dichos equipos eran sometidos a un estricto control de calidad. En este sentido, Telefónica interpretó la frase cuestionada de forma maliciosa, no acorde a lo que haría un consumidor razonable, pues en ninguna parte del anuncio se indicaba que Directv sea el único proveedor en el mercado que realice controles de calidad de sus equipos.

– El uso del adjetivo “exclusivo” en su publicidad se empleaba para calificar a sus decodificadores y no a los controles de calidad. Por lo tanto, resultaba evidente que no existía un efecto exclusorio en la publicidad cuestionada y que no se habría inducido a error a los consumidores respecto a sus equipos y, menos aún, respecto a los equipos de otros proveedores.

c. Respecto a los actos de denigración

– La campaña publicitaria recurrió al humor, la fantasía y la exageración con la finalidad de utilizar un matiz cómico para distintas situaciones que generaban la disconformidad de los consumidores de televisión de paga.

– Los anuncios televisivos de la campaña publicitaria y los cuatro videos transmitidos en el sitio web www.mehapasado.pe no identificaban a algún proveedor de televisión de paga, debido a que sería imposible creer que alguna empresa brinde explicaciones tan absurdas como las que se transmitían en los anuncios cuestionados.

– Al no hacerse una referencia expresa a algún competidor, los anuncios cuestionados no generaban un daño en la reputación de Telefónica, por lo que no se configuraba un acto de denigración en los términos previstos en el Decreto Legislativo N° 1044.

d. Sobre los actos de comparación indebida

– La campaña publicitaria materia de denuncia había empleado licencias publicitarias como el humor y la exageración, para llamar la atención de los clientes que se encontraban disconformes con el servicio que recibían de sus respectivos proveedores, sin aludir a uno en particular, ofreciendo de forma divertida los servicios de Directv;

– El anuncio denominado “Miss” se originó por la insatisfacción de numerosos consumidores que contrataban un paquete que incluía canales en HD; no

obstante, debido a no incluía un decodificador HD (que suele implicar un costo adicional), el usuario no podía disfrutar de este servicio y veía el contenido de estos canales en su versión Standard Definition (SD).

- En el referido anuncio no se hacía una referencia directa ni indirecta a otro proveedor del mercado.

- El mensaje transmitido en el anuncio cuestionado consistía en que Directv ofrecía un servicio HD que era cinco veces más nítido que la señal analógica o SD.

- Todo consumidor que contratara un paquete de servicio en HD podía disfrutar de los canales que ofrecía ese paquete debido a que se encontraba debidamente informado que para ello requiere un decodificador y un televisor HD. Por lo tanto, aun en el escenario de que haya existido comparación respecto a la oferta de Telefónica, esta sería exacta, veraz y pertinente.

- Respecto al anuncio denominado "Rock", de un análisis superficial e integral se apreciaba que Directv contaba con decodificadores exclusivos y que dichos equipos eran sometidos a un estricto control de calidad. En este sentido, en dicho anuncio no se señalaba que Directv era el único proveedor que realizaba controles de calidad a sus equipos ni se hacía una comparación particular con Telefónica u otro operador del mercado.

- El adjetivo "exclusivo" sería utilizado para calificar a sus decodificadores, particularmente al decodificador "HD" DVR, pues sería el único operador que contaba con dicho equipo en el mercado. En consecuencia, debía declararse infundado este extremo de la denuncia, debido a que a través del anuncio denominado "Rock" no se realizaron actos de comparación indebida.

- Respecto al anuncio publicitario denominado "Fútbol", reconocía la comisión de un acto de comparación indebida, considerando que si bien la comparación sobre la capacidad de los decodificadores se realizó tomando en cuenta la capacidad del decodificador "Sagem" de Telefónica; debido a un error al momento de la impresión del texto legal incluido en el anuncio cuestionado, se colocó el

decodificador “Prime”, el cual no contaba con la posibilidad de grabar contenidos. Este allanamiento debía ser tomado en cuenta ante el eventual escenario que corresponda imponerle una sanción.

ANÁLISIS

De acuerdo al artículo 32° del Decreto Legislativo N° 1044, el imputado podrá defenderse sobre los cargos formulados por la resolución de inicio del procedimiento sancionador en un plazo máximo de diez días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Se debe considerar que, una vez imputado los cargos contra el inicialmente denunciado, éste pasaría a constituirse en imputado, mientras el denunciante se constituirá en un colaborador o interesado en el procedimiento administrativo iniciado, erigiéndose la Secretaría Técnica de la Comisión como titular de la acción e instructor del mencionado procedimiento.

Mediante la presentación de descargos, el imputado ejerce su derecho de defensa, el cual a su vez forma parte del derecho a un debido procedimiento, uno de los límites más importantes al ejercicio de potestad sancionadora de una entidad administrativa, en este caso, la Comisión.

1.4 RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN

El 20 de junio de 2012, mediante Resolución N° 100-2012/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró:

- Infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, debido a que el sitio web www.mehapasado.pe recogió meras opiniones positivas y negativas de los usuarios respecto de los servicios de televisión por cable brindados por sus proveedores, además de que se informaba las condiciones generales de uso del portal, advirtiendo las restricciones sobre los contenidos que podían ser consignados en él.

- Infundada la denuncia presentada por la presunta comisión de actos de engaño, debido a que de la afirmación publicitaria “Mejor cámbiate a Directv. Nuestros exclusivos decos pasan por un estricto control de calidad”, se advertía que la referencia a la exclusividad permitía entender que Directv era la única que comercializaba sus propios equipos y estos eran sometidos a un estricto control de calidad, la cual había sido debidamente acreditada por dicha empresa.

- Infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de denigración, debido a que no existía alusión alguna que permita identificar plenamente a los servicios de televisión de paga ofrecidos por Telefónica. Independientemente de ello, debía considerarse que en los anuncios publicitarios se había recurrido al uso de licencias publicitarias en las que se trataba de caricaturizar situaciones de disconformidad de los usuarios con el servicio de televisión por cable prestado por sus proveedores.

- Infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de comparación indebida, debido a que los anuncios denominados “Miss” y “Rock” no aludían de forma inequívoca a la oferta competidora de Telefónica, sino se hacía una comparación genérica con los demás servicios de televisión por cable que se ofrecían en el mercado, el cual era un segmento amplio.

- Fundada en parte la denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de comparación indebida y la sancionó con una multa de 6 UIT[5], debido a que en el anuncio denominado “Fútbol” se aludía a la oferta de Telefónica y América Móvil Perú S.A.C. y no se comparó productos equivalentes en cuanto a su funcionalidad, lo que suponía que la información que se trasladó a los consumidores era inexacta.

- Ordenar a Directv, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio denominado “Fútbol” u otros de naturaleza similar, en tanto consignaban afirmaciones objetivas inexactas en publicidad comparativa.

[5] El 9 de julio de 2012, Directv procedió a efectuar el pago de la multa impuesta por la Comisión.

- Denegar el pedido de Telefónica para que se ordenara la publicación de la resolución condenatoria, por las razones expuestas en la parte considerativa de la resolución.

- Denegar el pedido formulado por Telefónica para que se ordenara a Directv el pago de las costas y los costos del procedimiento.

ANÁLISIS

La Comisión al emitir su resolución final tiene que pronunciarse respecto a los cargos formulados contra Directv, vale decir tiene que evaluar y determinar si este último como imputado había incurrido en actos de competencia desleal y de ser así, establecer la sanción a imponer y las medidas correctivas que dispone el Decreto Legislativo N° 1044.
Por mandato del artículo 5° del TUO de la LPAG, la Comisión debe pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas por la denunciante así como los fundamentos de defensa de la parte denunciada[6]. El incumplimiento de dicho mandato originaría la nulidad de su acto administrativo.

1.5 RECURSO DE APELACIÓN

El 10 de julio de 2012, Telefónica no conforme con lo resuelto por la Comisión, interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 100-2012/CCD-INDECOPI alegando los siguientes fundamentos:

- La Comisión no tomó en consideración que el mercado relevante en el que se desarrolla con mayor intensidad la competencia para la prestación del servicio de televisión por cable es aquel en el que compiten de manera preponderante Telefónica, América Móvil y Directv, por lo que no se debió considerar que otras empresas representaban una real competencia para denunciada.

[6] TUO de la LPAG (aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS).
Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo
(…)
5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.

- La campaña publicitaria denominada “A mí también me ha pasado” ha ocasionado graves daños a la empresa que no fueron consideradas por la Comisión al momento de resolver.

- La Comisión no analizó en conjunto la campaña publicitaria difundida por la denunciada.

a. Respecto a la cláusula general

- Se creó el sitio web www.mehapasado.pe con la finalidad de ridiculizar a sus más cercanos competidores al mostrar videos denigrantes que satirizaban la atención al público brindada por Telefónica y al permitir que los usuarios pudieran efectuar comentarios sin control alguno sobre los servicios que brindan tanto Telefónica como América Móvil. En consecuencia, se deshonraba a los competidores sobre la base de situaciones creadas y manipuladas por Directv;

- La Comisión no efectuó una interpretación integral de la publicidad ya que no consideró que después que los usuarios plasmaran sus experiencias y comentarios en el sitio web www.mehapasado.pe se podían visualizar cuatro videos que contenían diferentes escenas en las que una señorita de atención al cliente de una empresa no identificada atendía las quejas de consumidores en función de la experiencia de los usuarios del sitio web.

- Las respuestas brindadas por la referida persona respecto a: mala calidad de la señal HD”, “amarrado a mi paquete”, “capacidad de grabación” y “el deco se congela” contenían explicaciones inverosímiles y absurdas;

- No cuestionaba la creación de una base de datos en la que se pueda dar a conocer las falencias de los competidores ni con la existencia de foros privados en los que se viertan opiniones, pero no es una conducta leal el hecho que la misma denunciada habilite un foro sin control alguno, haciendo públicos los peores comentarios de supuestos clientes de Telefónica, al mismo tiempo que se exhibía la publicidad de Directv;

– Así como no existía control sobre la fidelidad de los datos proporcionados por los usuarios registrados y respecto a la veracidad de los reclamos consignados, tampoco existía un control sobre el contador configurado al final de cada reclamo, pues una misma persona podía hacer click indistintamente.

b. Respecto a los actos de engaño, denigración y comparación indebida

– La denunciada durante la campaña publicitaria comparó sus decodificadores con aquellos que Telefónica ya no comercializaba en el mercado, además de que dio a entender a los consumidores que solo ellos mantenían un riguroso estudio de calidad de este tipo de productos, permitiendo concluir que los decodificadores de los competidores carecían de dicho control.

– También sometía sus decodificadores a un control de calidad e incluso la compra de este tipo de productos se realizaba a proveedores que eran calificados bajo una estricta evaluación y que en muchos casos eran los mismos proveedores de Directv;

– De los anuncios publicitarios se advertía el mensaje de que en el mercado no era posible encontrar alternativas tecnológicas similares; en consecuencia, los consumidores podían considerar erróneamente que solo los decodificadores de Directv pasaban por un estricto control de calidad mientras los de la competencia carecían de dicho control.

– Para que la comparación efectuada por Telefónica sea lícita, el anunciante debía contar con pruebas que sustenten la veracidad de la información que se trasladaba al público, en este caso.

– El anuncio denominado “Miss” permitía entender que los paquetes de servicio de televisión por cable con el sistema HD que ofrecían las empresas competidoras de Directv no permitían ver contenidos en alta definición y, por tanto, que la calidad de la imagen que ofrecía la empresa denunciada era cinco veces superior, afirmación que no había sido acreditada.

– La multa de 6 UIT impuesta por la Comisión a Directv era insuficiente y no reflejaba el verdadero nivel del daño causado a Telefónica.

Dicho recurso fue concedido el 18 de julio de 2012 disponiendo que sea elevado a la Sala del Tribunal del INDECOPI.

ANÁLISIS

La resolución final de la Comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, en el plazo de diez días hábiles.

El recurso de apelación se interpone cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la Comisión como autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico, el Tribunal del INDECOPI.

1.6 CONTESTACIÓN A LA APELACIÓN

El 9 de noviembre de 2012 Directv contestó a la apelación de Telefónica exponiendo los fundamentos de sus descargos, asimismo señaló:

Su mercado relevante fue delimitado de forma incorrecta por la denunciante en los sectores socioeconómicos A y B; sin tener en consideración que la actividad de Directv abarcaba todo el mercado peruano;

a. Respecto a la cláusula general

– La creación del sitio web www.mehapasado.pe no era diferente a los creados por los propios internautas a nivel mundial (Facebook, twitter, blogs, entre otros) o a los foros de opinión implementados por otras empresas de comunicaciones. Estos esquemas permitían a los consumidores transmitir, difundir e intercambiar sus

reclamos, quejas o sugerencias de una forma rápida y no configuraban actos de competencia desleal;

- No tenía la obligación de verificar la identidad de los usuarios ni la veracidad, vigencia, exhaustividad y/o autenticidad de los datos que los usuarios proporcionaran sobre sí mismos.

- La implementación de un espacio abierto para que los consumidores expresen su opinión de insatisfacción sobre los servicios brindados por los proveedores de la competencia no configura un acto de competencia desleal;

- Telefónica no acreditó que el sitio web www.mehapasado.pe haya incluido frases o comentarios que infrinjan la cláusula general prevista en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044.

b. Respecto a los actos de engaño

- El anuncio televisivo denominado "Rock" buscaba llamar la atención de los consumidores disconformes con el servicio de proveedor de televisión de paga en lo referido a los decodificadores, debido a que en ocasiones estos perdían la señal o la imagen de la pantalla se quedaba inmóvil de manera imprevista.

- Si bien en el anuncio no se hacía referencia a algún competidor específico, Telefónica era uno de los proveedores de televisión de paga que había tenido problemas con la pérdida de señal de sus decodificadores.

- En los anuncios no se cuestionaba la falta de controles de calidad estrictos de los equipos usados por Telefónica, sino únicamente se limitan a resaltar las virtudes de los equipos de Directv.

- En la frase “Nuestros exclusivos decos pasan por un estricto control de calidad”, la exclusividad no se refería a los controles de calidad, sino a los decodificadores de Directv;

- Con anterioridad a la difusión de los anuncios, los equipos de Directv eran sometidos a estrictos controles de calidad, por lo que se cumplió con el deber de substanciación previa.

c. Respecto a los actos de denigración

- Los anuncios publicitarios materia de análisis no tenían la aptitud de causar menoscabo de la reputación empresarial de Telefónica, toda vez que no fueron elaborados pensando en un competidor específico, sino que, por el contrario, estos presentaban diversas ventajas sin hacer referencia explícita a otro operador de televisión de paga;

- En el mercado nacional la oferta de televisión de paga no se encontraba constituida solo por tres empresas, pues solo en Lima existían más de diez principales empresas y en provincias la oferta era mucho más variada. Además, debía considerarse que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgó concesiones a nivel nacional para la prestación de servicios de televisión de paga a más de trescientas empresas;

- La campaña publicitaria se enfocó en resaltar las ventajas de la oferta de Directv, pero sin compararlas con las de algún operador en particular;

- Los anuncios de la campaña habían recurrido en todo momento a licencias publicitarias como el humor, la fantasía y la exageración para llamar la atención de aquellos clientes disconformes con el servicio que recibían de sus respectivos operadores, sin hacer mención a uno en particular, por lo que no podría causar daño en la reputación comercial de algún agente económico.

- Debía considerarse el casi inexistente impacto que tuvo el contenido de la página web en función del número de visitantes que tuvo.

d. Respecto a la comparación indebida

- Si bien en el anuncio televisivo denominado “Fútbol” se incluyeron referencias a equipos comercializados por empresas de la competencia, ello se debía a exigencias de naturaleza legal. Fuera de dichas exigencias, se puede comprobar que no existía referencia a competidor alguno, sino que los anuncios se manejaban claramente en la ficción.

- Toda publicidad tenía una vocación comparativa, sin embargo, ello no la convertía per se en publicidad comparativa.

- El mensaje trasmitido señalaba que Directv ofrecía un servicio de HD que era cinco veces más nítido que la clásica señal analógica o SD y que todo consumidor que contratara un paquete HD podría disfrutar de los canales HD del citado paquete; a diferencia de otros proveedores que ofrecían señales HD, pero proporcionaban decodificadores digitales que no soportaban la señal HD.

- Directv no informó que su señal de HD era superior a la señal de Telefónica en 5 veces ni que la competencia brinda una pésima imagen.

- El anuncio “Rock” se limitaba a informar el control de calidad realizado por Directv sin indicar que se trataba de la única empresa que lo hace. Se taraba de una afirmación objetiva, verificable y no comparativa.

1.7 RESOLUCIÓN DE LA SALA

El 21 de febrero de 2013, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia, mediante Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI, declaró:

- Revocar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida, supuesto de infracción previsto en el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal y, reformándola, declarar fundada la denuncia en el referido extremo.

- Declarar la nulidad de la resolución emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión I y de la resolución apelada, en los extremos referidos a la imputación y la emisión del pronunciamiento final, respectivamente, de: (i) actos de engaño; y, (ii) actos de denigración, referidos a los mensajes derivados de los anuncios televisivos que conformaban la campaña publicitaria de Directv Perú S.R.L.

- Revocar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia por actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, supuesto de infracción previsto en el artículo 11° del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal y, reformándola, declarar fundada la denuncia en el punto referido a la información contenida en los videos difundidos en el sitio web www.mehapasado.pe.

- Revocar la resolución apelada en el extremo que declaró infundada la denuncia por infracción a la cláusula general prevista en el artículo 6° del Decreto Legislativo 1044 y, reformándola, declarar fundado el referido extremo de la denuncia.

- Ordenar a Directv las siguientes medidas correctivas:

  - El cese definitivo e inmediato de la difusión de anuncios publicitarios denominados “Miss” y “Rock”, así como de cualquier otro de naturaleza similar que contenga el mismo mensaje publicitario;

  - El cese definitivo e inmediato de la difusión de los cuatro anuncios publicitarios alojados en el sitio web www.mehapasado.pe, así como de otros de naturaleza similar que contengan el mismo mensaje publicitario calificado como denigratorio.

  - El cese definitivo e inmediato de la utilización del sitio web www.mehapasado.pe, en tanto sirva para fomentar la consignación de experiencias negativas respecto al servicio de televisión por cable ofrecido por Telefónica Multimedia S.A.C. y estas sean expuestas permanentemente ante los consumidores, conforme al diseño ejecutado por Directv.

- Declarar improcedente el pedido de Telefónica para incrementar la multa impuesta a Directv Perú S.R.L. por la difusión del anuncio denominado “Fútbol”.

- Sancionar a Directv con una multa de 125.36 UIT.

ANÁLISIS

La resolución del Tribunal, a través de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1[7], agota la vía administrativa, por lo que no corresponde la interposición de recurso alguno en la vía administrativa y únicamente podrá interponerse contra ésta una demanda contenciosa administrativa en el plazo de tres meses de notificada dicha resolución.

La Sala como órgano revisor respecto a los extremos cuestionados a través de la apelación formulada puede pronunciarse respecto a la confirmación, revocación o nulidad de los mismos.

2. OPINIÓN CRÍTICA DE LAS PRINCIPALES PIEZAS DEL PROCEDIMIENTO

2.1 SOBRE LA CALIFICACIÓN DE LOS ACTOS DENUNCIADOS

El inciso 1) artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1044 define a los actos de comparación como aquellos a través de los cuales, un agente económico presenta las ventajas de su oferta respecto a la de los competidores. Si bien es cierto que dicho concepto no limita la realización de actos de comparación a la difusión de un anuncio publicitario, lo cierto es que los agentes económicos para resaltar las bondades de su oferta suelen recurrir a la publicidad, no solamente por su finalidad persuasiva sino porque muchas veces resulta ser de alcance masivo y, por lo tanto, garantiza que el mensaje llegue a una gran cantidad de destinatarios.

Sin embargo, por ser la publicidad persuasiva, muchas veces el anunciante procura convencer al consumidor refiriéndose implícitamente a los demás de la competencia, por lo que se podría afirmar que toda publicidad tiene implícitamente una orientación comparativa. Sin embargo, la pregunta que surge es: ¿todo anuncio publicitario es

[7] Actualmente se denomina Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

comparativo? Consideramos que la respuesta es negativa, ya que para que exista comparación (indebida o no) tiene que existir una alusión directa o indirecta a la oferta de un tercero, vale decir que el destinatario del anuncio debe reconocer a qué competidor se está refiriendo. En otras palabras, para estar frente a un supuesto de publicidad comparativa, el consumidor debe percibir directamente el mensaje de confrontación entre los productos o servicios que el anunciante compara. Si esto no ocurre no estaremos frente a una publicidad comparativa independientemente que resulte ilícita o no (podría incurrir en actos desleales en la modalidad de denigración engaño aprovechamiento indebido de la reputación ajena, etc.).

Lo señalado coincide con el criterio aplicado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución N° 152-2018/SDC-INDECOPI de fecha 12 de julio de 2018 según el cual:

> "(…) este tipo de publicidad comparativa cuenta con dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora".

Es por ello que uno de los argumentos más importantes en los descargos de Directv consistió que en los anuncios cuestionados no hacía alusión a competidor alguno por lo que los hechos denunciados no debieron tipificarse como actos de comparación. Sin embargo: Si bien, Directv no hizo alusión a competidor alguno, debemos considerar que en ese entonces el mercado de televisión de paga o de televisión por cable fundamentalmente se repartía entre Telefónica y América Móvil, los cuales al tener un mayor número de consumidores era lógico desprender que los problemas que dichos anuncios presentaban se referían a ambas empresas.

En el anuncio televisivo denominado "Rock"[8] sí existía una vocación comparativa, por tanto, los hechos relativos a la presunta inducción a error a los consumidores

[8] Respecto a los hechos denunciados mediante este anuncio, la Secretaría Técnica de la Comisión los calificó como presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de engaño ya que el mensaje que

respecto de la calidad de los decodificadores ofrecidos por la denunciada para la prestación del servicio de televisión por cable debieron ser tipificado como un acto de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida según lo establecido por el artículo 12° del Decreto Legislativo N° 1044.

De la misma forma, en los anuncios televisivos se advertía mensajes que podían afectar la reputación o imagen empresarial de Telefónica[9] respecto a la calidad de la imagen del servicio de televisión por cable, de los decodificadores y de la capacidad de grabación de estos equipos. Sin embargo, dichas informaciones que cuestionaban los servicios de la denunciante se difundieron contraponiéndola con la oferta de Directv ya que invitaba a los consumidores a contratar su servicio.

En consecuencia, dichos anuncios eran comparativos ya que resaltaban las ventajas de la oferta de la denunciada respecto a Telefónica, ya que daba a entender a los consumidores que su servicio no presentaba los problemas que tenían los consumidores de Telefónica o de otras empresas competidoras.

Por lo tanto, al efectuar la imputación de cargos (haber incurrido presuntamente en actos de competencia desleal) de acuerdo a los hechos denunciados por Telefónica respecto a los anuncios publicitarios televisivos por la modalidad de actos de comparación indebida y no incluir a los actos de denigración por lo que en este extremo de la Resolución de formulación de cargos la Secretaría Técnica incurrió en la causal de nulidad prevista en el artículo 10.1 de la Ley N° 27444[10], al igual que la Comisión ya que este órgano resolutivo estaba en la obligación de corregir la mencionada imputación.

---

desprendería los consumidores era que sólo los decodificadores ofrecidos por Directv pasaban por un estricto control de calidad, cuando en realidad Telefónica también sometía a sus decodificadores a un control de calidad exhaustivo.

[9] La Secretaría Técnica calificó la difusión de dichos anuncios televisivos como presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, ya que Directv recurrió a afirmaciones que menoscaban la imagen y reputación de Telefónica, al asociarla a la prestación de servicios y venta de productos de mala calidad.

[10] Actualmente se encuentra vigente el Texto Único Ordenado de la Ley N| 27444, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

2.2 RESPECTO A LOS ACTOS DE COMPARACIÓN INDEBIDA

Ya habiéndose determinado que en los anuncios televisivos conformantes de la campaña publicitaria de Directv eran comparativos respecto al servicio que brindaba Telefónica, corresponde determinar si dicha comparación era licita al cumplir los requisitos establecidos en el inciso 2) del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044, vale decir: que dichas afirmaciones comparativas sean veraces y objetivas, exactas y pertinentes en la forma y en el fondo.

Para ello es preciso considerar que en los anuncios televisivos que conforman la campaña publicitaria se enfatizaba tres mensajes:

- El servicio de televisión por cable brindado por Directv era de mejor calidad que el de Telefónica porque el servicio brindado por esta empresa no permitía ver los contenidos en alta definición, lo que sí se presentaba en el caso de Directv.

- La calidad de los decodificadores de Directv impedía que la imagen de la señal de televisión por cable se congele, a diferencia de lo que sucedía con los de Telefónica.

- El servicio de televisión por cable brindado por Directv tenía la capacidad para grabar más del triple de la programación, en contraposición al servicio brindado por Telefónica.

Al analizar dichos mensajes y considerando lo actuado en el procedimiento, se advierte que Directv no acreditó la veracidad de los mencionados mensajes. Es decir, no cumplió con probar que el servicio de la denunciante no permitía ver contenidos en alta definición (considerando además que la comparación se efectuó respecto a productos que no eran equiparables, dado que Directv se estaría refiriendo a comparación con un producto de una tecnología anterior); ni que la imagen del servicio de televisión por cable ofrecido por Telefónica se congelara durante la transmisión de los contenidos[11].

[11] Respecto al anuncio televisivo denominado "Fútbol", Directv reconoció la comisión de un acto de comparación indebida debido a que incurrió en error al momento de la impresión del texto legal incluido en el

Considerando que la información que se trasladó al mercado mediante los dos mensajes señalados no cumplía con el requisito de licitud referido a la veracidad de la información, no era necesario evaluar los otros requisitos, ya qu4e todos son concurrentes. En consecuencia, correspondía declarar fundada la denuncia en los extremos correspondientes a los anuncios televisivos denominados “Miss” y “Rock” ya que en ellos la denunciada incurrió en actos de comparación indebida.

2.3 RESPECTO A LOS ACTOS DE DENIGRACIÓN

La Secretaría Técnica imputó a Directv haber incurrido en de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, debido a que en el sitio web www.mehapasado.pe se difundieron cuatro videos cuya finalidad era afectar la imagen comercial de Telefónica al presentarla como una empresa que brindaba un servicio deficiente además de ser deshonesta con sus clientes, al utilizar explicaciones inverosímiles sobre las supuestas fallas de su servicio. Respecto a ello Directv señaló al (igual como lo hizo en los actos de comparación indebida) que no existió alusión a Telefónica.

Si bien artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044 cuando define a los actos de denigración no hace referencia expresa a la existencia de una alusión inequívoca como requisito para que se configure un acto de competencia desleal (como sí lo hace en los actos de comparación y equiparación indebida), lo cierto es que para que se menoscabe la imagen comercial del afectado, el consumidor debe saber a quién se está refiriendo. En este sentido, resulta aplicable lo señalado respecto al desarrollo de la alusión inequívoca que se hizo sobre la existencia de actos de comparación indebida. Vale decir, la participación en el mercado de Telefónica y la forma cómo Directv hace referencia a los problemas que afrontan los consumidores de televisión de paga que no son sus consumidores permiten concluir que los videos difundidos a través del sitio web www.mehapasado.pe aludían inequívocamente a la empresa denunciante.

---

anuncio cuestionado, al referirse al decodificador “Prime”, el cual no contaba con la posibilidad de grabar contenidos. Es por ello que la Comisión declaró fundada en parte la denuncia en este extremo y sancionó con una multa de 6 UIT, debido a que no se comparó productos equivalentes en cuanto a su funcionalidad, lo que suponía que la información que se trasladó a los consumidores fue inexacta.

. Ahora bien, se advierte que la explicación que brinda una funcionaria a los clientes sobre las fallas del servicio que ofrecía la empresa para la cual labora resultaban inverosímiles y absurdas, siendo que en la parte superior derecha de la pantalla se aprecia una silla de tipo mecedora que se mueve a una velocidad que se incrementa conforme la referida persona brindaba las explicaciones, hasta terminar explotando.

Si bien Directv recurrió al humor como licencia publicitaria presentando explicaciones absurdas de la funcionaria sobre problemas referidos al servicio de televisión por cable brindado en paquete de tres (amarrado al trío), a la falta de capacidad del decodificador, a la calidad de la señal de los canales y a la falta de calidad en alta definición de la señal; la presencia de la mecedora traspasa el límite de no denigrar establecido por el Decreto Legislativo N° 1044 ya que presenta a Telefónica como una empresa deshonesta[12].

En consecuencia, Directv incurrió en actos de denigración contra la empresa denunciante mediante la difusión de los cuatro vídeos difundidos en su sitio web al dar a entender a los consumidores que Telefónica era deshonesta al atender los reclamos de sus clientes.

2.4 RESPECTO A LA INFRACCIÓN A LA CLÁUSULA GENERAL

El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044 incluye la cláusula general según la cual serán calificados como prohibidos y sancionados todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten objetivamente contrarios a la buena fe empresarial, esto es, que estén destinados a captar clientela y mejorar su posicionamiento en el mercado por medios distintos a la eficiencia económica. Si bien implícitamente se invoca dicha cláusula cuando se entiende que se ha incurrido

[12] La Sala consideró que la exposición publicitaria de los referidos videos representaba la atención brindada por la funcionaria de Telefónica recurriendo a la ironía, trasladando información de carácter subjetivo al mercado, incapaz de ser corroborada con la realidad. En este sentido, el especial énfasis en la forma de exposición de las respuestas, la vestimenta y la evocación de la espera con la representación de una mecedora que se acelera hasta explotar, que grafica la situación de espera de los consumidores, hacía de los videos una expresión que incide directamente de manera negativa en la imagen empresarial de Telefónica. A pesar de ello, considero que el límite legal de no denigrar fue traspasado por Directv únicamente respecto a la aparición de la mecedora.

en cualquiera de las modalidades que dicha norma prevé, se formula cargo como presunta "infracción a la cláusula general cuando la conducta presuntamente infractora no coincide con ninguna de las modalidades que la ley establece entre los artículos 8° al 18°

En el presente caso, Telefónica alegó que en el marco de la campaña publicitaria "A mí también me ha pasado", Directv creó un sitio web denominado www.mehapasado.pe, que constituía una plataforma electrónica destinada a recibir los comentarios de los usuarios respecto a las condiciones en que diferentes proveedores (uno de ellos la denunciante) les brindaban el servicio de televisión por cable. Por lo tanto, según Telefónica, se había vulnerado la buena fe empresarial, ya que en dicho sitio web se recogió comentarios ofensivos conducidos por ideas negativas que serían expuestas por Directv a través de los videos mencionados anteriormente[13].

Discrepamos sobre la conclusión que al respecto arribó la Comisión ya que en dicha plataforma virtual a diferencia de otro portal que permitía la difusión de comentarios de usuarios respecto a cualquier tema, incluido el referido al servicio de televisión por cable que se ofrecía en el mercado, en el sitio web www.mehapasado.pe se había incluido cuatro videos que difundían la idea de que Telefónica brinda un servicio deficiente y que era deshonesta con sus clientes al momento de afrontar los reclamos de estos últimos, por lo que era pertinente concluir que el propósito de su creación fue que los consumidores de las competidoras (una de ellas, Telefónica) difundan experiencias negativas, por lo que se trataba de un comportamiento que afectaba la concurrencia de Telefónica en el mercado. Esto último constituía una conducta que tenía como finalidad obstruir la participación de Telefónica en el mercado. Respecto a ello, es importante señalar que la Sala en la Resolución N° 3542-2012/SC1-INDECOPI de fecha 21 de diciembre de 2012, consideró que:

> (…) cuando la atracción de consumidores se realiza mediante actuaciones que distorsionan y obstruyen el funcionamiento del proceso competitivo, aquellas resultan contrarias al deber general de conducta que representa el

[13] Los vídeos difundían deficiencias que presentaba el servicio brindado por las competidoras relacionadas con la forma de comercialización del servicio (paquete de tres), la calidad de la señal que reciben los usuarios y la capacidad de grabación de los decodificadores.

> actuar conforme a la eficiencia económica y a la corrección que debe guiar la pugna competitiva, siendo que, en este caso, nos encontramos ante una conducta contraria a la buena fe empresarial prevista y sancionada por la cláusula general. De este modo, el Derecho de Represión de la Competencia Desleal se concibe en nuestro sistema jurídico como un ordenamiento limitador y sancionador de aquellas actividades económicas realizadas por medios desleales, que afectan no solo a los competidores, sino que alteran las condiciones en que opera el mercado en general.

En consecuencia, correspondía declarar fundada la imputación por infracción la cláusula general.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

1.1 Ley de Promoción de Industrias

La primera norma que reguló la Represión de la Competencia Desleal en nuestro país fue la Ley N° 13270 – Ley de Promoción de Industrias de 1959 la cual incluyó en el capítulo sobre Propiedad Industrial una primera definición sobre acto de competencia desleal, como aquel que resulta contrario a la buena fe comercial o al normal desenvolvimiento de las actividades industriales y comerciales. Esta norma fue derogada por el Decreto Ley N° 18350 – Ley General de Industrias de 1970 que no incluyó regulación alguna sobre la represión de la Competencia Desleal.

1.2 Reglamento de la Ley General de Industrias

Decreto Supremo N°001-71-IC/DS – Reglamento de la Ley General de Industrias de 1971, incluyó nuevamente el concepto de competencia desleal, de forma idéntica a la Ley N° 13270, dentro del capítulo de Propiedad Industrial.

1.3 Decreto Ley N° 26122 – Ley sobre la Represión de la Competencia Desleal

Publicado en el año 1992, constituye la primera norma específica sobre Represión de la Competencia Desleal adoptando modelo social, el cual se caracteriza porque considera como bien jurídicamente protegido al proceso competitivo.

El artículo 6° de dicha norma consideró como acto de competencia desleal toda aquella conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. Según Aramayo (2013, p. 54), la referencia a “buena fe

comercial" confirmaba el carácter de naturaleza extracontractual que tienen los actos de competencia desleal en la legislación peruana.

Su artículo 5° estableció que la deslealtad de la conducta concurrencial implicaba necesariamente una transgresión a la buena fe comercial objetiva. Es decir, para que un acto sea calificado como desleal no era necesario analizar si el agente económico actuó con intencionalidad; no exigiéndose que la conducta haya ocasionado un perjuicio real en el mercado, bastando que existiese un riesgo de que la conducta desleal produjese u ocasionase un daño en el mercado.

1.4 Decreto Legislativo N° 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor

Esta norma reguló la fiscalización de la actividad publicitaria de forma independiente al Decreto Ley N° 26122 originando una dualidad normativa innecesaria. En este sentido, si el acto de competencia desleal (engaño, denigración, comparación, indebida, etc.) tenía lugar a través de la difusión de un anuncio publicitario se aplicaba la norma materia del presente comentario., caso contrario se recurría la Decreto Ley N° 26122. Según Samaniego (2009, p. 167) la utilización de una norma dependiendo del soporte que se utilizaba (si era a través de la publicidad o no) no parecía un criterio suficiente para mantener vigentes dos normas que en lo sustantivo regulaban las mismas conductas.

2. MARCO LEGAL ACTUAL

2.1 Constitución Política del Perú

El Título III de nuestra actual Constitución Política, establece que la Economía Social de Mercado es el régimen bajo el cual el Estado orientaría la actividad económica del país. Dicho régimen presenta entre sus principios rectores a la defensa de la competencia y la protección al consumidor. La garantía de dichos principios justifica la regulación normativa de la represión de la competencia desleal, la cual, al proteger a los diferentes actores del mercado, uno de ellos al consumidor.

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

En la actualidad, los actos de competencia desleal se encuentran regulados en la misma norma, publicada el 26 de junio del 2008 y en vigencia desde el 26 de julio de ese mismo año. Esta norma define al acto de Competencia Desleal como: “aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”. De esta forma, señala expresamente, que la buena fe empresarial que se exige es de carácter objetivo por lo que la deslealtad de una determinada conducta no se determina en atención a que dicha conducta no responde a su propia eficiencia, sino a un actuar vulnerando las exigencias de la buena fe.

Al igual que su norma antecesora, prevé que la comisión de un acto de competencia desleal no requiere acreditar que el agente económico haya actuado de forma intencional y que para determinar la ilicitud basta con verificar que la conducta es adecuada para generar un daño potencial en perjuicio de los competidores, los consumidores o el orden público.

3. ANÁLISIS DOCTRINARIO DE FIGURAS JURÍDICAS PRESENTES EN EL EXPEDIENTE Y AFINES NACIONAL Y/O EXTRANJERO.

3.1 El orden público económico

Sobre el orden público señala DOLORIER (2013):

El orden público podría ser definido como el conjunto de normas jurídicas que el Estado considera de cumplimiento ineludible y de cuyos márgenes no puede escapar ni la conducta de los órganos del Estado ni la de los particulares, sobre cuya voluntad el Estado compromete sus atribuciones coercitivas y coactivas por defender el interés general de toda la colectividad que el ordenamiento entiende prioritario proteger por encima de los intereses particulares (p.206).

En el ámbito económico, el orden público está compuesto por reglas básicas que inspiran y gobiernan la organización y funcionamiento económico de cada país. El

orden público económico refleja el concepto de libertad económica que tiene una sociedad y que contiene su constitución. Regula, por lo tanto, las relaciones de mercado entre los particulares y entre estos y el Estado. En tal virtud, el propósito de todo orden público económico es hacer posible el intercambio económico, generando confianza y seguridad a los actores del mercado, tanto empresas como consumidores.

3.2 La competencia

En el actual régimen de Economía Social de Mercado indica: “La existencia de la competencia y sus manifestaciones juegan un rol central en el desarrollo de los mercados y el bienestar de los consumidores y, por tanto, de la sociedad” (EYZAGUIRRE, 2007, p. 46).

El actual régimen económico asume que la libre iniciativa privada y la competencia en el mercado lograrán que se satisfagan las necesidades de los consumidores de la manera más eficiente, ya que este podrá elegir entre las diferentes opciones que existe en el mercado. En el presente caso, el procedimiento administrativo incluye a dos empresas competidoras que concurrían en el mercado del servicio de televisión por cable.

3.3 La competencia desleal

Respecto a los actos de competencia desleal, como aquellas conductas que afectan el proceso competitivo, CALLE (2009) señala:

> Existen determinadas situaciones o conductas que pueden distorsionar el proceso competitivo, como los actos de engaño, confusión, explotación indebida de la reputación ajena, entre otros actos de competencia desleal, lo cual justifica la intervención del Estado con el fin de desincentivar y sancionar dichas conductas y, de esa manera, lograr un eficiente funcionamiento de los mercados (p. 25).

La represión de los actos de competencia desleal se justifica en procurar que la concurrencia en el mercado respete la buena fe empresarial, en otras palabras, busca

salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella que se basa en el esfuerzo y eficiencia empresarial; de tal forma que tenga más posicionamiento en el mercado aquel agente económico que presenta la mejor oferta, lo cual, claro está, beneficia también a los consumidores.

3.4 El modelo social de Represión de la Competencia Desleal

Al respecto señala SAINZ DE AJA (2007):

> (…) en la actualidad y en virtud de la concepción "institucional" o "social" de la competencia desleal, propia del Estado social, esta tiene por objeto la protección de la competencia en sí misma considerada. En este sentido, parece oportuno recordar las palabras con las que el artículo 1° de la ley española de competencia desleal presenta la finalidad del legislador: "La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado" (p. 40).

El modelo social recogido por Decreto Legislativo N° 1044 protege el proceso competitivo lo cual implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado, vale decir: los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, se protege no solamente del interés de los concurrentes en el mercado, sino, además, del interés de los consumidores. En el presente caso, al sancionar los actos desleales en que incurrió Directv no solamente debe considerarse la afectación que produjo a Telefónica, sino a los consumidores y al funcionamiento del mercado de televisión por cable.

3.5 Decreto Legislativo N° 1044

Sobre la mencionada norma, SAMANIEGO (2009) señala:

> La utilización de la norma dependiendo del soporte que se utilizaba (si era través de la publicidad o no) no parecía un criterio suficiente para mantener dos normas que, en lo sustantivo, regulaban las mismas conductas. Incluso, no solo no se justificaba la existencia de dos normas, sino que existía el

> riesgo de que se utilizaran criterios distintos para juzgar una misma conducta". (p. 165).

La autoridad encargada de la aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal en primera instancia es la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI en las que se desconcentren dichas funciones, según la competencia territorial que sea determinada. Asimismo, en segunda instancia la autoridad competente es la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI.

3.6 Finalidad de la norma de represión de la competencia desleal

El vigente Decreto Legislativo N° 1044 establece en su artículo 1° que tiene como finalidad reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Al respecto ARAMAYO (2013) afirma:

> La normativa represora de la competencia desleal deja de ser un ordenamiento primariamente concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse progresivamente en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado (p. 20).

Por lo tanto, es importante considerar que las disposiciones del actualmente vigente Decreto Legislativo N° 1044 están orientadas a evitar la afectación del proceso competitivo, lo cual incluye garantizar una leal competencia, y la defensa de los derechos de los consumidores, ya que son estos últimos los que premian con su preferencia a aquella que consideran como la mejor oferta existente en el mercado para satisfacer una determinada necesidad (en el presente caso, el servicio de televisión por cable).

3.7 La defensa del consumidor y la represión de la competencia desleal

Sobre la vinculación existente entre ambas disciplinas jurídicas, SAMANIEGO y HOLZ (2009) señalan:

> Las normas de protección al consumidor y la competencia desleal protegen bienes jurídicos distintos, aun cuando podría ser el caso que los hechos sean los mismos. Las normas de competencia desleal, en lo relativo a los anuncios, protegen el valor que los anuncios tienen como fuente de información y como elemento que coadyuva a un correcto funcionamiento del mercado. En cambio, las normas de protección al consumidor buscan que el consumidor reciba un trato adecuado en las transacciones que celebre (p. 342).

En el ámbito de la protección al consumidor, es exigible al proveedor que brinde toda la información relevante al consumidor ya que el Código de Protección y Defensa del Consumidor reconoce a este último el derecho de acceso de a la información.

Dicha obligación no se traslada al ámbito de publicitario (fiscalizado por la norma de represión de la competencia desleal) ya que el anunciante a través de la actividad publicitaria no solamente procura informar al consumidor sino convencerlo a que adquiera sus productos o contrate su servicio. Es por ello que el requisito legal está constituido por la exigencia de no incurrir en algún acto desleal (como en este caso: la denigración, la comparación indebida y la infracción de la cláusula general, considerando que esta última exige que toda conducta desarrollada por un agente económico no vulnere la buena fe empresarial)

3.8 Infracción a la Cláusula general

STUCCHI (2007) ha señalado, refiriéndose a la tipificación respecto a la presencia conjunta de una cláusula general con supuestos específicos de deslealtad en el Decreto Legislativo que:

> (…) queda claro que la cláusula general es el tipo sancionador, mientras que las conductas enunciadas alimentan su aplicación. La existencia y aplicación

> de la cláusula general revela que, lejos de ser la prohibición subsidiaria que se aplica únicamente a conductas no enunciadas –en una tipificación simple–, se aplica plenamente a las conductas enunciadas (…) informando íntegramente su tipicidad y determinando su condición de conductas ilícitas (p.293).

Para que una conducta sea considerada como desleal, basta únicamente que contravenga la Cláusula General prevista en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044, es decir, que sea objetivamente contraria a la buena fe empresarial, siendo esta premisa la que tipifica en esencia los actos desleales. Además, dicha norma incluye un listado enunciativo o ejemplificativo de actos, a fin de orientar a los administrados con mayor certeza sobre las conductas que se entienden que infringen dicha Cláusula General. Cuando un determinado acto no coincide en dicho listado enunciativo se tipifica como infractora a la cláusula general, caso contrario se menciona la modalidad específica. Ambos supuestos ocurrieron en el presente caso.

3.9 Publicidad comercial

RODRÍGUEZ (2014) al comentar la definición legal de publicidad que prevé el Decreto Legislativo N° 1044 afirma:

> (…) en el plano normativo nacional, el artículo 59 inciso d) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo 1044 (LRCD), establece que se considera publicidad comercial a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte y que sea objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales (p. 10).

La definición legal permite advertir la función persuasiva que tiene la publicidad, por la cual el anunciante (en el presente caso Directv) es convencer al destinatario para que elija su producto o servicio. Para lograr este objetivo, el Decreto Legislativo N° 1044,

permite al anunciante, con la finalidad de resaltar los atributos de su oferta, recurrir a licencias como la exageración, el humor y la fantasía. Otra función que se le reconoce a la publicidad es la de informar, ya que, para convencer al destinatario de la publicidad, los anunciantes tienen que informar sobre las bondades de su oferta (como ocurrió en el presente caso con la calidad de imagen, la capacidad de grabación de los decodificadores, etc.

3.10 Finalidad informativa de la publicidad

Al respecto RODRÍGUEZ (2012) señala:

> La publicidad es ciertamente un mecanismo de persuasión. Sin embargo, es más que eso. Es una herramienta importante de divulgación de información. En efecto, "un consumidor puede indirectamente recibir utilidad de un bien, sin embargo, tal utilidad depende no solo de la cantidad del bien, sino también del conocimiento del consumidor sobre sus verdaderas o alegadas propiedades" (pp. 77-78).

El papel que juega la información en la publicidad es complejo, ya que la magnitud de la revelación de información es variable y depende en buena medida de la naturaleza del producto o servicio anuncia. En este sentido, La actividad publicitaria permite a los anunciantes asociar su producto o servicio a un paquete de información que, de lo contrario, no podría generar espontáneamente beneficios para éstos.

3.11 El principio de veracidad publicitaria

La prohibición de los actos de engaño específicamente a través de la actividad publicitaria tiene como finalidad garantizar el denominado principio de veracidad, respecto al cual DURAND (2007) sostiene:

> La consagración del Principio de Veracidad tiene por objeto proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran en el mercado, pues lo que se pretende es que la información contenida en los anuncios publicitarios de los bienes y servicios de los proveedores sea veraz.

> En ese sentido, corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal el supervisar que los anuncios no contengan información falsas ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. (p.207 – 208).

El principio de veracidad publicitaria es uno de los principios que regulan la difusión de anuncios publicitarios que busquen promover la compra de bienes y o la contratación de servicios. Mediante este principio se impone a los anunciantes la obligación de que el contenido de los anuncios que lancen al mercado se ajuste a la realidad y se prohíbe que estos sean capaces de generar engaño contra los consumidores o los induzca a error. Conforme a ello, el contenido objetivo del material publicitario debe ser susceptible de ser comprobado, es decir, el anunciante debe limitarse a realizar afirmaciones respecto a los productos o servicios que previamente hayan sido comprobadas o acreditadas.

3.12 Interpretación de los anuncios publicitarios

El Decreto Legislativo Nº 1044, Ley de Represión de la Competencia desleal, vigente, partir de junio de 2008, actual norma que regula la fiscalización de la actividad publicitaria establece en su artículo 21º lo siguiente:

> 21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.
> 21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

De lo señalado se desprende que para poder establecer si un anuncio infringe lo dispuesto en las normas publicitarias vigentes, éste debe ser analizado de forma conjunta, toda vez que es de esta manera como un consumidor aprehende el mensaje publicitario que podría influir en sus posteriores decisiones de consumo (PERLA; 2005, p. 91).

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la interpretación de un anuncio publicitario debe prescindir de lo que el anunciante entiende o desea dar a entender con la publicidad de sus productos o servicios, ya que lo relevante y el punto de partida para analizar todo anuncio es la percepción que tienen aquellos a quienes va dirigido. Tratándose en el presente caso de una campaña publicitaria la interpretación debió realizarse sobre los mensajes difundidos en todos los anuncios que la integraban.

3.13 Publicidad comparativa

Los anuncios televisivos difundidos por Directv fueron considerados como publicidad comparativa por parte de la Sala, sobre dicho tipo de publicidad, BENAVIDES y LORCA afirman:

> (…) en la publicidad comparativa el anunciante contrapone la propia oferta a la oferta del competidor con el fin de mostrar la inferioridad de los productos o servicios ajenos con respecto a los propios. El anunciante se esfuerza por poner de manifiesto las diferencias existentes entre los productos o servicios propios frente a los productos o servicios ajenos. De este modo, al resaltar que las prestaciones propias son superiores a las ajenas, en la publicidad comparativa se pone de manifiesto los defectos de las prestaciones ofrecidas por el competidor (p. 164).

La publicidad comparativa se caracteriza porque en ella se hace referencia no sólo a los productos o servicios propios de la empresa anunciante, sino también a los productos o servicios ajenos. Además, de que la referencia conjunta a los servicios o

productos propios y ajenos tiene como finalidad primordial la de entablar una comparación entre éstos.

3.14 Actos de denigración

La Secretaría Técnica de la Comisión imputó entre otros cargos a Directv haber incurrido en actos de denigración mediante sus anuncios publicitarios. Sobre dicha modalidad de competencia desleal, GAGLIUFFI (2003) señala:

> La denigración se constituye como un acto desleal mediante el cual se transmite un mensaje o manifestación, con soporte publicitario o no, destinada, como pretensión principal, a desacreditar o menoscabar el créd.1to o la reputación de una persona natural o de una persona jurídica, su organización, sus productos o servicios, su publicidad, sus signos distintivos, entre otros elementos relacionados con su actividad comercial o que puedan incidir en la misma, ya sea directa o indirectamente (por implicación), y sin importar la vía utilizada (humor, fantasía, exageración); siendo su pretensión accesoria la sustracción de la clientela del denigrado, lo cual se obtendría no en virtud a la eficiencia del actor en el mercado o a la calidad de sus prestaciones, sino como consecuencia del impacto negativo en la imagen del denigrado (pp. 305 -306).

La sanción de los actos de denigración se justifica en la protección de la reputación o imagen comercial del competidor y de la competencia económica que debe regir el mercado en sí, puesto que mediante dichos actos se trasgrede el principio de leal competencia al servirse el denigrador de un acto ajeno a la eficiencia económica (buena fe empresarial) para obtener más consumidores.

Telefónica en su denuncia señaló que Directv había recurrido a publicidad de tono excluyente al afirmar que sus decodificadores eran los únicos que habían pasado por estricto control de calidad. Al respecto TATO (1996) afirma:

> Es toda alegación con un contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza, y a través de la

> cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan la posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su caso, por un circulo limitado de competidores (p. 50).

3.15 Las medidas correctivas en el procedimiento sancionador

En El presente caso la Comisión y la Sala dispusieron como medida correctiva, el cese del anuncio publicitario en los cuales, a consideración de dichos colegiados, Directv incurrió en actos desleales. De acuerdo con PALACIOS Y LUQUE (2008)

> Las medidas correctivas consisten básicamente en órdenes de cese – obligaciones de hacer o no hacer, incluso bajo determinadas condiciones – que puede imponer la Agencia de Competencia. Como suele ocurrir con los conceptos jurídicos, la mejor forma de entender esta figura, y aplicarla correctamente, es a través de la consideración de sus objetivos (p. 435).

Las medidas correctivas en los procedimientos sancionadores están orientadas a corregir los efectos de la conducta infractora. No se trata de mecanismos indemnizatorios, sino que se son medidas tendientes a eliminar los efectos o riesgos producidos por la infracción que se ha determinado. De esta forma, las medidas correctivas pueden constituir órdenes destinadas al cese del acto infractor y a la prohibición expresa de reiterar su comisión.

3.16 Derecho de defensa del administrado

Al respecto TAMAYO (2009) afirma que:

> "(…) el conocimiento sobre el presunto hecho infractor (lo cual implica no solo la conducta sino cuándo se realizó y las circunstancias en que esta se habría cometido) y las consecuencias jurídicas (sanciones por imponer) permiten al administrado presentar sus argumentos de defensa, así como los medios probatorios que considere pertinentes. (p. 452).

Considerando que la finalidad del procedimiento administrativo sancionador es determinar si el administrado imputado incurrió en infracción, corresponde a este último la posibilidad de ejerza su derecho de defensa a través de la presentación de sus descargos y los medios probatorios correspondientes. En el presente, caso la Secretaría Técnica otorgó un plazo de diez días hábiles para que Directv presente sus descargos.

3.17 Multa administrativa

La multa administrativa supone la existencia de una sanción de igual naturaleza, diferente de las que se determinan por la misma administración cuando se trata de contribuciones fiscales y parafiscales, que son consecuencia del poder impositivo del Estado (OSSA, 2009, p. 560).

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia al concluir en sus respectivas resoluciones sobre la comisión de infracción administrativa impusieron al imputado una sanción de multa. Esta última es una sanción real de tipo pecuniaria cuyo monto obedece a criterios de graduación que establece el Decreto legislativo N° 1044 en su artículo 53° en aplicación del ´principio de razonabilidad establecido por el artículo 230° 3) de la LPAG.

3.18 Recurso de apelación

Sobre dicho recurso: CORTEZ (2012) señala:

> El recurso de apelación está basado en la distribución jerárquica de los órganos de la Administración. Supone la posibilidad de sustituir la autoridad superior a la inferir en relación con los actos recurridos. Entre los poderes implícitos en la organización jerárquica está el de revisar los superiores, las actuaciones de los inferiores (p. 30).

El Decreto Legislativo N° 1044 en su artículo 46° establece que el único recurso que se puede interponer contra la resolución de la comisión de fiscalización de la

competencia desleal es el de apelación. En el presente caso Telefónica. interpuso recurso de apelación contra la resolución de la Comisión con la finalidad de que la Sala revoque la decisión de primera instancia.

3.19 Carga de la prueba

La carga de la prueba al final resulta en indicar quién tiene la facultad de demostrar la invalidez de las pruebas presentadas, más que la facultad de exhibir pruebas (Céspedes, 2011, p. 28).

En el procedimiento sancionador que incluye el caso materia de análisis inicialmente la carga de la prueba le corresponde a la administración pública quien tiene que establecer la existencia de una presunta infracción, en este caso, la inclusión de una información engañosa en un producto. Una vez que ocurra ello y como parte del derecho de defensa del administrado, éste tiene que presentar medios probatorios que demuestren que este último no es responsable.

3.20 Potestad sancionadora de la administración pública

Al respecto IVANEGA (2008) afirma:

> La potestad sancionadora de la Administración se traduce en la aplicación de correcciones a los administrados…se ha sostenido que se trata de una potestad ejercida respecto de determinadas actividades sometidas al poder de policía y a un régimen jurídico de sujeción, fiscalización y control (p. 114).

Con el actualmente vigente Decreto Legislativo N° 1044, los actos de competencia desleal, son sancionados. De esta forma el INDECOPI disuade que los agentes económicos sigan incurriendo en actos que afectan el leal proceso competitivo. Es así que la Comisión (respecto solo a un extremo) y la Sala al encontrar que el denunciado había incurrido en infracción al haber realizado actos de competencia desleal ejerció su potestad sancionadora.

3.21 Procedimiento administrativo sancionador

Morón (2011) afirma que:

> “De acuerdo a lo indicado con anterioridad, se tiene que la finalidad perseguida difiere en uno y otro caso dado que la potestad sancionadora se dirige a reprimir ciertas conductas o a disuadir del incumplimiento de la normativa vigente, en tanto que la intervención de empresas no exhibe necesariamente ese matiz represivo limitándose a remover una situación objetiva contraria al interés público (p. 685).

De acuerdo a la Ley de Represión de la Competencias Desleal el procedimiento regulado por dicha norma tiene naturaleza sancionadora, por lo que además de La potestad sancionadora de parte de los órganos resolutivos del INDECOPI se debe procurar el cumplimento de principios rectores como el debido procedimiento y, por ende, el derecho de defensa, lo cual ocurrió en el presente caso.

CAPÍTULO III

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

---

1. DERECHO A LA INFORMACIÓN DE LOS CONSUMIDORES

"El derecho a la información de los consumidores a ser informados no se limita a la simple indicación de las propiedades y características del producto o servicio ofrecido, sino que se encuentra directamente vinculado a los medios por los cuales el proveedor hace accesible dicha información al consumidor. La accesibilidad se identifica con la obligación misma de informar, pues la finalidad última de esta obligación es que el consumidor tenga la oportunidad de conocer las características o condiciones del producto o servicio ofrecido".

Resolución 1851-2008/TDC.

Sala de Defensa de la Competencia.

Lima, 15 de setiembre de 2008.

2. FINALIDAD DE LA NORMA DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

"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".

Resolución N° 001-2016-LIN-CD1/INDECOPI. Lineamientos de Competencia Desleal y Publicidad Comercial.

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

Lima, 22 de junio de 2016.

3. FINALIDAD DE LA PUBLICIDAD

"El fin primario o inmediato de la publicidad es crear una imagen sobre una determinada persona, producto o servicio, por lo que debe entenderse como campaña de publicidad a aquel conjunto de actos publicitarios en interés del mismo anunciante, que se realizan respecto de un mismo bien y que tienen por objeto un mismo mensaje. Los anuncios y demás expresiones publicitarias deben ser imputadas al anunciante, tal y como el consumidor medio las interpreta, tomándose en consideración el hecho que el público

queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. En un mercado donde la información es asimétrica, la emisión de comerciales cuyo contenido es inexacto o engañoso desorienta al consumidor induciéndolo a tomar decisiones de consumo equivocadas, al mismo tiempo que atrae de manera desleal a la clientela de las empresas competidoras, situación que no se condice con la competencia leal que debe prevalecer en el mercado y que el INDECOPI tiene la obligación de cautelar".

Resolución Nº 0701-2014/SDC-INDECOPI.

Sala de Defensa de la Competencia,

Lima, 24 de mayo de 2014.

4. CRITERIOS PARA INTERPRETAR UN ANUNCIO PUBLICITARIO

" Asimismo, debe recordarse que quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante para delimitar el mensaje. De tal manera, al ser el consumidor quien, en su condición de destinatario e intérprete de la publicidad, define bajo sus propios parámetros el mensaje publicitario, resulta importante delimitar el contexto en el cual el consumidor interactúa, así como el contexto bajo el cual el anuncio es difundido".

Sala de Defensa de la Competencia N° 1,

Resolución N° 1169-2012/SC1-INDECOPI.

Lima, l21 de mayo de 2012.

5. ANÁLISIS SUPERFICIAL E INTEGRAL DE LA PUBLICIDAD

"La consecuencia de este examen superficial con que percibe el consumidor el anuncio genera, asimismo, que la interpretación del mensaje deba necesariamente atender al contenido integral que es plasmado en la pieza publicitaria y no a un análisis pormenorizado que analice cada frase o figura del anuncio de manera desvinculada. En otras palabras, la autoridad administrativa no puede obviar que el consumidor tiene un acercamiento integral y fugaz al anuncio y, por tanto, el mensaje publicitario debe ser obtenido a partir del significado que en conjunto el público objetivo al cual va dirigido el anuncio atribuye tras visualizar todos los elementos, figuras, frases y demás elementos comprendidos en el anuncio".

Resolución Nº 1829-2011/SC1-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia N° 1.

Lima, 14 de diciembre de 2011.

6. RESTRICCIÓN A LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA

"Las normas que establezcan limitaciones a la actividad publicitaria deben ser aplicadas restrictivamente y, por tanto, ante varias interpretaciones posibles deberá optarse por la menos gravosa, de manera que se limite en la menor medida el ejercicio de estos derechos fundamentales.

Resolución N° 1736-2008/TDC-/INDECOPI.

Sala de Defensa de la Competencia.

Lima, 27 de agosto de 2008.

7. INFRACCIONES A LAS NORMAS PUBLICITARIAS

"Las infracciones a las normas de publicidad son objetivas, es decir, para la configuración de la infracción no es necesario que se acredite la existencia de un daño efectivo o un comportamiento doloso, es suficiente que exista un perjuicio potencial e ilícito a los consumidores o a la publicidad como institución. Ello se debe a que, cuando un consumidor razonable descubre luego de leer o apreciar un anuncio que las restricciones genéricamente señaladas en el mismo desnaturalizan de manera significativa lo que podía esperar de la oferta, entonces la confiabilidad de los anuncios y de la publicidad como institución se ve dañada, y con ello, los beneficios que la publicidad pueda generar en el mercado disminuyen."

Sala de Defensa de la Competencia,

Resolución N° 0219-2008/TDC-INDECOPI.

Lima, 11 de febrero de 2008.

8. LÍMITE DE NO ENGAÑAR RESPECTO A LAS AFIRMACIONES OBJETIVAS

"En el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar previsto en la ley las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas. Ello se debe a que solo respecto de afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas es que se puede exigir al anunciante que, en cumplimiento del deber de substanciación previa, proporcione los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores".

Resolución Nº 680-2014/SDC-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Lima, 28 de agosto de 2014.

9. DEFINICIÓN DE ACTOS DE ENGAÑO

"El artículo 8.1 del Decreto Legislativo 1044 desarrolla y define a los actos de engaño como actuaciones contrarias al principio de veracidad. En ese sentido, la referida norma establece que los actos de engaño son aquellos que inducen a error a otros agentes de mercado sobre la naturaleza, características, calidad, cantidad y, en general, sobre los atributos o beneficios que presentan determinados bienes o servicios".

Sala de Defensa de la Competencia Nº 1,

Resolución Nº 1830-2011/SC1-INDECOPI

Lima, 14 de diciembre de 2011.

10. LA ACTIVIDAD PROBATORIA EN LOS ACTOS DE ENGAÑO

"La carga de acreditar la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los bienes anunciados corresponde a quien las haya difundido como anunciante. Asimismo, el anunciante deberá cumplir con una exigencia destinada a contar con las pruebas que acrediten la veracidad de sus afirmaciones objetivas con anterioridad a la difusión del anuncio, conforme al deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 del Decreto Legislativo 1044".

Resolución Nº 1830-2011/SC1-INDECOPI.

Sala de Defensa de la Competencia Nº 1,

Lima, 14 de diciembre de 2011.

11. EXIGENCIA RESPECTO A LAS AFIRMACIONES PUBLICITARIAS OBJETIVAS

"Toda información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, evitando que se desvíen indebidamente las preferencias de los consumidores en virtud de las falsas expectativas que se han generado sobre las condiciones del servicio anunciado."

Sala de Defensa de la Competencia Nº 1.

Resolución Nº 1829-2011/SC1-INDECOPI.

Lima, 14 de diciembre de 2011.

12. ELEMENTOS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

"La publicidad comparativa cuenta con dos elementos característicos: i) la referencia conjunta a la oferta propia y a la ajena; y, ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es

presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora. Para que exista publicidad comparativa, es necesario que haya una referencia inequívoca a uno o varios competidores determinados".

Resolución N° 547-2004/TDC-INDECOPI.

Sala de Defensa de la Competencia.

Lima, 10 de diciembre de 2003.

13. ALUSIÓN INEQUÍVOCA EN LOS ACTOS DE COMPARACIÓN

"Además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con lo establecido expresamente por el segundo párrafo del artículo 12.1 del Decreto Legislativo 1044, para verificar la existencia de un acto de equiparación se requiere percibir del anuncio una "alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico"15. En efecto, no basta una alusión impersonal al resto del mercado para que exista un acto de comparación bajo los términos de la ley, pues ésta exige que de entre todos los competidores se deba identificar inequívocamente a uno determinado".

Resolución N° 929-2011/SC1-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Lima, 26 de abril de 2011.

14. INFRACCIÓN A LA CLÁUSULA GENERAL

"No obstante, cuando la atracción de consumidores se realiza mediante actuaciones que distorsionan y obstruyen el funcionamiento del proceso competitivo, aquellas resultan contrarias al deber general de conducta que representa el actuar conforme a la eficiencia económica y a la corrección que debe guiar la pugna competitiva, siendo que, en este caso, nos encontramos ante una conducta contraria a la buena fe empresarial prevista y sancionada por la cláusula general. De este modo, el Derecho de Represión de la Competencia Desleal se concibe en nuestro sistema jurídico como un ordenamiento limitador y sancionador de aquellas actividades económicas realizadas por medios desleales, que afectan no solo a los competidores, sino que alteran las condiciones en que opera el mercado en general".

Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Lima, 21 de diciembre de 2012.

15. COMPETENCIA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

"El artículo 25 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi –Decreto Legislativo 1033 establece que corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal velar por el cumplimiento del Decreto Legislativo 1044 y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores".

Resolución N° 0027-2013/SDC-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Lima, 10 de enero de 2013.

16. IMPUTACIÓN DE CARGOS

"La formulación de cargos constituye un trámite esencial del procedimiento sancionador por cuanto permite al administrado informarse de los hechos imputados y su calificación como ilícitos, a efectos de poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa en el marco de un debido procedimiento".

Resolución N° 0504-2013/SPC-INDECOPI.

Sala Especializada en Protección al Consumidor,

Lima, 28 de febrero de 2013.

17. EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD APLICABLE A LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

"La atribución de responsabilidad en los procedimientos administrativos sancionadores debe ajustarse al principio de tipicidad. De acuerdo con esta garantía prevista en el artículo 230 de la Ley 27444 solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, sin admitirse interpretación extensiva o analógica, pues la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos debe ser restrictiva para no afectar los derechos de los administrados denunciados".

Resolución N° 3542-2012/SDC-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Lima, del 21 de diciembre de 2012.

18. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

"En cuanto al beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, éste puede ser entendido como la diferencia entre los ingresos obtenidos mediante la realización de la conducta infractora y lo que el infractor habría obtenido sin infringir la norma. Así, por ejemplo, en el caso de un anuncio publicitario que infringe el principio de veracidad al promocionar características de un producto que difieren de la realidad; el beneficio ilícito será ese diferencial entre los ingresos obtenidos por la comercialización del producto anunciado durante la vigencia del anuncio infractor y los ingresos que habría obtenido el anunciante por la comercialización de ese mismo producto sin infringir la norma".

Resolución N° 072-2010/SC1-INDECOPI.

Sala de Defensa de la Competencia N° 1.

Lima, 20 de enero de 2010.

19. BENEFICIO ILÍCITO COMO CRITERIO DE GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.

"En este sentido, esta Sala considera que un dato más objetivo que se podría utilizar a efectos de establecer los beneficios ilícitos derivados de la conducta infractora debería ser la utilización de las ventas brutas obtenidas35 por la empresa infractora respecto del producto anunciado durante la comisión de la infracción. Ciertamente, esta Sala considera que esta remisión a las ventas brutas obtenidas por los agentes infractores resulta un "punto de inicio" teóricamente aceptado, pues existirán algunos casos en los que, por la naturaleza de la infracción publicitaria cometida y las condiciones de mercado bajo las cuales es ofertado el producto, el agente simplemente no hubiera generado venta alguna de no haber incurrido en una conducta desleal".

Resolución N° 0059-2009/SC1-INDECOPI.

Sala de Defensa de la Competencia Nº 1

Lima, 9 de febrero de 2009.

20. MEDIDA CORRECTIVA

"Al imponer una medida correctiva debe procurarse dictar un remedio que corrija el mal funcionamiento del mercado sin intervenir desmedidamente en los derechos de los empresarios, esto es, respetando el principio de proporcionalidad".

Resolución Nº 3665-2012/SDC-INDECOPI.

Sala Especializada en Defensa de la Competencia,

Lima, 28 de diciembre de 2012.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el análisis respecto de los fundamentos de la denuncia de Telefónica y descargos de Directv, así como de los pronunciamientos emitidos tanto por la Comisión y la Sala, se desprende las siguientes conclusiones**:**

- Se entiende por campaña publicitaria al conjunto de anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de ventas, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal.

- En la época del expediente materia del presente trabajo en el mercado de telecomunicaciones, específicamente de televisión de paga o por cable, existía una participación predominante de Telefónica, empresa que contaba con un significativo número de consumidores, por lo que en las afirmaciones publicitarias de Directv respecto a la oferta de sus competidores se hacía alusión implícita a la empresa denunciante.

- Los anuncios publicitarios televisivos denominados “Rock” Miss y Futbol constituían publicidad comparativa ya que haciendo alusión implícitamente a Telefónica tenían como finalidad, destacar las bondades del servicio de televisión de paga ofrecido por Directv respecto a la denunciante. En este sentido, los cargos formulados por la Secretaría Técnica respecto a dichos anuncios debieron ser tipificados como presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de comparación indebida. Dicho error originó la nulidad parcial, tanto de la resolución de formulación de cargos como de la resolución final emitida por la Comisión

- Los actos de comparación realizados en un contexto de concurrencia en el mercado son lícitos en la medida que cumplan con los requisitos contenidos en el inciso 2) del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044. En el presente caso, dichas afirmaciones comparativas no cumplieron con el requisito de veracidad y exactitud ya que la denunciada no acreditó que el servicio brindado por Telefónica presentara las deficiencias resaltadas a través de los anuncios materia de denuncia**.**

- Los cuatro anuncios contenidos en el sitio web www.mehapasado.pe al incluir la figura de la mecedora después de las explicaciones absurdas que presentaba la funcionaria de la empresa frente a los reclamos de su clientes, proyectaba la imagen de una empresa deshonesta o indiferente frente a sus consumidores por lo que al menoscabar su prestigio o imagen comercial y no satisfacer los requisitos señalados en el párrafo anterior, Directv incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de denigración.

- Se califica un acto de competencia desleal como infracción a la cláusula general cuando dicha conducta no coincide con las modalidades contenidas en el listado enunciativo que establece el Decreto Legislativo N° 104, como ocurrió en el presente caso con la creación del sitio web www.mehapasado.pe que permitía que los usuarios de Telefónica difundieran sus comentarios negativos sobre dicha empresa considerando que en el mismo sitio se incluían anuncios donde se cuestionaba el servicio que brindaba dicha empresa además de la difusión de los anuncios televisivos mencionados anteriormente. Es por ello que correspondía que la Sala considere que dicha conducta por parte de Directv sea calificada como desleal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- DURAND CARRION, Julio. (2007) *"Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú".* Fondo Editorial de la Universidad san Martín de Porres, Lima, pp. 207-208.

- EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. "Los Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia Desleal". En: *El Derecho de la Competencia Desleal. Apuntes de Derecho y Economía.* UPC. Lima, 2007, pág. 46.

- MORÓN URBINA, Juan. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2011, p. 685.

- OSSA ARBELAES, Jaime., Derecho administrativo sancionador, una aproximación dogmática. Legis, Bogotá, 2009, pág. 560.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo y SOSA HUAPAYA, Alex, *Con Licencia para Anunciar, Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Editorial Asociación Civil THEMIS, Lima, 2014, p. 10.

- SAINZ DE AJA, Borja (2007) *"El Derecho de la competencia desleal".* En: El Derecho de la Competencia Desleal. Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Lima, p. 40

- TAMAYO YOSHIMOTO, Liliana. "El procedimiento administrativo sancionador", En: *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Universidad Peruanas de Ciencias Aplicadas, Lima, 2009, p. 452.

- TATO PLAZA, Anzo. La Publicidad Comparativa (Madrid: Marcial Pons, 1996), 50.

Revistas

- ARAMAYO BAELLA, Abelardo, *Competencia Desleal y regulación Publicitaria.* INDECOPI, Colección por el Vigésimo aniversario. Lima, 2013, p. 20.

- BENAVIDES TORRES y LORCA VISCONTI, Sandra.[1] Publicidad Comparativa: ¿Depende del Cristal con que se Mira? (2004) Eduardo Derecho & Sociedad 24.

- CALLE CASUSOL, Juan. (2009) "Competencia desleal y publicidad, el modo social como base de la unificación normativa". En: *Actualidad Jurídica, Tomo 190.* Editorial Gaceta Jurídica, Lima, p. 25.

- CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. "La prueba y su regulación en el procedimiento administrativo general y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: La prueba en el Procedimiento Administrativo, Gaceta Jurídica, Lima, 2011, pág. 28.

- CORTEZ TATAJE, Juan "Recursos administrativos en el procedimiento administrativo general". En: *Estudio sobre los medios impugnatorios en los procedimientos administrativos y tributarios*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, pág. 30.

- DOLORIER TORRES, Javier. (1994). Orden público económico, orden publico laboral y los límites a la autonomía colectiva. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (27-28)

- GAGLIUFFI PIERCECHI, I. (2003). La publicidad denigratoria en el Perú: memorias sobre la guerra de las Kolas amarillas (historia de Gómez, los chamanes, los cocineros y la impulsadora). *THĒMIS-Revista De Derecho*, (46

- IVANEGA, Miriam (2008). "Consideraciones acerca de las potestades administrativas en General y de la Potestad Sancionadora". En: *Revista de Derecho Administrativo*. Círculo de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, p. 114.

- PALACIOS PAREJA, Enrique A. y LUQUE OYARCE, Miguel Ángel (2008). *"Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: La experiencia peruana".* En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Editorial Palestra. Lima, p. 435.

- PERLA ANAYA, José (2005) . *"Criterios de interpretación de las Normas Publicitarias"*. En Themis 36, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 91.

- RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo [1] Mal diagnóstico: las contraindicaciones de la prohibición de publicidad de productos farmacéuticos. Gustavo M. Rodríguez García (2012) Revista de economía y derecho UPC.

- SAMANIEGO PIMENTEL, Percy y CÓRDOVA SAIKI, Eduardo (2009) *"Comentarios a la Ley de Represión de la Competencia Desleal".* En: Actualidad Jurídica N 108. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, p. 165.

- SAMANIEGO PIMENTEL, Percy y HOLZ RINCÓN, Johanna. "La publicidad y el principio de sustanciación previa, a partir de la STC Exp. N° 00185-2007-PA/TC". En: *Gaceta Constitucional* Tomo 18. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2009, p. 342.

- STUCCHI LÓPEZ RAIGADA, Pierino, «La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados», Themis Nº 59 (2007): p. 293.