

**LA PUBLICIDAD DENIGRATORIA EN EL
PERÚ: MEMORIAS SOBRE LA GUERRA
DE LAS KOLAS AMARILLAS
(HISTORIA DE GÓMEZ, LOS CHAMANES,
LOS COCINEROS Y LA IMPULSADORA)**

Ivo S. Gagliuffi Piercechi* **

Mediante el presente artículo el autor realiza un interesante estudio sobre una de las modalidades de la publicidad desleal: la publicidad denigratoria. El autor parte de una breve revisión histórica de la legislación nacional sobre el tema, para luego pasar a analizar los criterios doctrinarios y los establecidos en la jurisprudencia del INDECOPI. Finalmente, en lo que el autor ha denominado «La Guerra de las Kolas Amarillas», la legislación y los criterios antes examinados serán aplicados al análisis del tratamiento de un grupo de denuncias sobre publicidad denigratoria en el Perú.

* Abogado por la Universidad de Lima. Graduado del Curso de Postgrado por la Universidad de Salamanca en Derecho de la Competencia y Signos Distintivos. Catedrático de la Universidad de Lima.

** Deseo expresar mi agradecimiento a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI por su valioso apoyo en la elaboración del presente artículo, en especial, a Luisa Villanueva y Carlos Jiménez; así como a Luis Miguel León Luna, alumno de la Universidad de Lima, por su eficiente labor de investigación y comentarios.

I. INTRODUCCIÓN

Para Robert Guérin «el aire que respiramos es un compuesto de oxígeno, nitrógeno y publicidad»¹. Una paráfrasis de esta provocadora opinión nos induce a señalar que cuando el compuesto de la publicidad contiene el elemento de la denigración entonces el aire que respiramos se contamina, con las consecuencias perjudiciales que ello provoca, siendo necesario evitar o contrarrestar tales efectos².

El concepto de publicidad se sustenta en un acto de difusión o comunicación pública de información, pero en el plano comercial posee una connotación estratégica sumamente relevante, toda vez que para los agentes económicos se constituye como un instrumento mediante el cual pueden promover, masivamente o en sectores específicos de su especial interés, la contratación de sus bienes o servicios a efectos de captar nueva clientela o mantener la fidelidad de la cartera ya obtenida, desplegando una triple función: informativa, persuasiva y de fomento de la competencia y, al mismo tiempo, reduciendo los costos de acceso a la información en el mercado en beneficio de los consumidores, pues facilita la ubicación y elección de los recursos requeridos para satisfacer sus necesidades³.

Nótese que no hacemos referencia a la publicidad común o general, sino únicamente a aquella que tuviese carácter comercial conforme a los términos expuestos. La importancia de esta distinción reside en que la legislación pertinente estaría diseñada para aplicarse a la publicidad comercial, entendida como instrumento empresarial destinado a informar al público sobre las prestaciones para captar y/o mantener preferencias de los consumidores, descartándose de dicho ámbito a la publicidad institucional, política, entre otras que carezcan de tal contenido o que no tengan incidencia en el mercado⁴.

¹ Epígrafe citado por: RAVENTÓS, Fernando. «Normas de la publicidad». Editado por Loret de Mola, Venegas & Raventós. Lima, 1993.

² La etimología misma del término «denigración» nos permite apreciar que posee una valoración negativa, ya que proviene del latín *denigratio*, que significa «acción de ennegrecer». REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. «Diccionario de la Lengua Española». Vigésima Segunda Edición. Madrid, Espasa, 2001, p. 505.

³ Para Broseta Pont: «La publicidad es uno de los fenómenos más característicos de la sociedad neocapitalista de nuestro tiempo. Constituye un elemento imprescindible para que se pueda desarrollar la competencia en el mercado. Su finalidad fundamental consiste en promover la contratación de bienes y servicios entre productores y consumidores. Mas no sólo favorece a los empresarios, permitiéndoles ampliar y mantener su clientela, sino que también favorece o debe favorecer a los consumidores, a quienes, al menos teóricamente, por medio de la publicidad se les permitirá informarse de la oferta de bienes y servicios existentes, para que puedan elegir los mejores a fin de satisfacer sus necesidades. La función descrita se logra poniendo en práctica una compleja actividad económica, denominada actividad publicitaria o publicidad. Ésta cumple, pues, una función informativa, ilustradora y fundamentalmente «persuasiva» o «seductiva» para los consumidores». BROSETA PONT, Manuel. «Manual de Derecho Mercantil». Madrid, Editorial Tecnos, 1994, p. 155.

⁴ Sobre el particular, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, la «Sala») ha establecido el siguiente precedente de observancia obligatoria: «Para efectos de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 691 y sus normas reglamentarias, constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera indebida, las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras». (Resolución 096-96-TRI-SDC-INDECOPI del 11 de diciembre de 1996. Productos Rema S.A. vs. Luz del Sur S.A.).

Ahora bien, la función persuasiva de la publicidad implica que el empresario que la emplee está en la posibilidad de sustraer clientela a sus competidores, siempre que consiga desviar sus preferencias a los productos o servicios que son materia de la misma, produciendo un «daño concurrencial lícito», el cual no resulta sancionable, sino que, por el contrario, se considera conveniente en la medida que fomenta la competencia en el mercado⁵.

Sin embargo, la publicidad puede revestir diversas modalidades que la tiñen de ilicitud o deslealtad, en la medida en que no se sustenta en el propio esfuerzo del agente económico, su eficiencia empresarial o la calidad y condiciones de sus productos o servicios, constituyéndose como cuestionables medios para mantener o captar clientela⁶. En materia publicitaria existen una serie de modalidades claramente identificadas –en nuestra opinión, todas ellas modalidades de publicidad desleal–, siendo las más comunes la publicidad engañosa, la publicidad subliminal, la publicidad comparativa⁷ y la publicidad denigratoria.

El presente trabajo tiene por finalidad revisar la modalidad de la publicidad denigratoria y, a tal efecto, expondremos brevemente la evolución de la legislación nacional que la regula. Luego, se realizará un análisis de los criterios jurisprudenciales de los órganos funcionales del INDECOPI y doctrinarios relacionados con esta figura, a fin de comprender su naturaleza, bien jurídico protegido y alcances. Por último, se revisará brevemente un grupo de denuncias que nos hemos permitido denominar como la «Guerra de las Kolas Amarillas» que involucraron a empresas de dicho segmento de mercado y que, en nuestra opinión, se constituye como un caso paradigmático sobre la regulación y aplicación de la publicidad denigratoria en el Perú.

El origen de la represión de la publicidad denigratoria en el Perú se podría identificar, en nuestra opinión, en la regulación establecida en la Ley 13270, Ley de Promoción Industrial, del 26 de noviembre de 1959, que en su artículo 100 (literal f) tipificó como acto de competencia desleal la propagación de noticias sobre los negocios de competidores

⁵ Friedman, desde una perspectiva económica advierte que: «La publicidad es un gasto específicamente dirigido a incrementar la demanda y en general los esfuerzos publicitarios de una empresa afectarán a la demanda de todas las empresas del mercado. Por lo tanto, la publicidad es un bien público local para las empresas de una industria. Las externalidades de este tipo de bien público pueden ser tanto beneficiosas (publicidad cooperativa), como dañinas (publicidad depredadora), pero sea cual fuese este resultado depende de la propia naturaleza de los productos fabricados por las empresas y no de cómo éstas actúen». FRIEDMAN, James. «Teoría del Oligopolio». Madrid, Alianza Editorial, 1986, p. 194. Sobre el particular, la Sala ha establecido el siguiente criterio: «(...) una consecuencia natural que surge en un mercado en donde concurren agentes económicos en libre competencia es la pérdida de clientes o proveedores. Los agentes económicos (oferentes) que participan en el mercado se encuentran en constante lucha por la captación de clientes, proveedores e, incluso, trabajadores. Esta lucha no sólo es lícita, sino además deseable y fortalecida en un sistema de libre competencia, pues redundaría en la óptima asignación de recursos y maximización del bienestar de los consumidores. Ello constituye la esencia de la competencia. (...) todo agente que interviene en el mercado es consciente de la existencia de este riesgo por la presencia de otros competidores que en base a su propio esfuerzo empresarial ofrecen propuestas más atractivas, ya sea por ser éstas de mejor calidad o más ventajosas. En ese sentido, todo agente también es consciente de las consecuencias que ello traería, es decir, la posible pérdida de ingresos o, incluso, la posible salida del mercado, es una sanción a la menor eficiencia». (Resolución 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998. Hotelequip S.A. vs. Hogar S.A.).

⁶ Según Bercovitz: «Es preciso, además, evitar que la clientela sea captada por medios que no se basan en la calidad y condiciones de las prestaciones ofrecidas, ni se basan en la eficiencia empresarial, sino en actuaciones que distorsionan el sistema. (...) Queda claro, por consiguiente, que para que el sistema competitivo funcione, y eso es lo que pretende el legislador, hay que obligar a competir a los empresarios, pero no basta con eso. Hace falta, además, impedir que al competir se utilicen medios que desvirtúen el sistema competitivo, al permitir atraer a la clientela mediante actuaciones incorrectas, en el sentido de que no se basan en el esfuerzo del propio empresario ni en la calidad y ventajas de las prestaciones que ofrece». BERCOVITZ, Alberto. «Significado de la ley y requisitos generales de la acción de competencia desleal». En: «La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de enero de 1991». Madrid, Editado por el Boletín Oficial del Estado y la Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992, p. 15.

⁷ Cabe advertir que la publicidad comparativa no es ilegal por sí misma, sino sólo cuando implica un engaño a los consumidores o un descrédito a los competidores. La Sala ha establecido el siguiente precedente de observancia obligatoria: «(...) es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, engañando por implicancia u omisión -; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores. (...)». (Resolución 186-97-TDC-INDECOPI del 2 de julio de 1997. Procter & Gamble del Perú S.A. vs. Productos Sanitarios del Perú S.A.). Cabe señalar que esta resolución ha sido revocada recientemente por el Poder Judicial en vía de acción contencioso administrativa. Distintas perspectivas sobre la licitud de la «publicidad comparativa» en: TATO, Anxo. «La publicidad comparativa». Madrid, Marcial Pons Ediciones, 1996, p. 20; ARACAMA, Ernesto. «Medios distintivos y publicidad comparativa». Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1989.

que dañen el crédito de sus propietarios o que causen temor sobre sus productos, a fin de sustraerles o alejarles la clientela. Sin embargo, el Decreto Ley 18350, Ley General de Industrias, del 27 de julio de 1970, derogó a la citada norma, pero no reguló el tema, generándose un irresponsable vacío legal, no sólo respecto del supuesto de publicidad denigratoria, sino también sobre los actos de competencia desleal en general.

Recién con la expedición del Decreto Supremo 001-71-IC-DS, Reglamento de la Ley General de Industrias, del 25 de enero de 1971, se regula nuevamente el tema, reproduciéndose la misma disposición en su artículo 111 (literal f), pero estableciéndose adicionalmente que la publicidad comparativa se constituía como un acto de competencia desleal (literal g).

El régimen militar consideró conveniente regular también, de manera específica, los contenidos de la publicidad radial y televisiva mediante el Decreto Supremo 05-ED-72, del 11 de mayo de 1972, prohibiendo en su Norma Octava cualquier apreciación que implicase un acto de competencia desleal e, inclusive, cualquier referencia a los competidores (por ejemplo: la denigración), sin importar su naturaleza⁸.

Mediante Decreto Supremo 003-74-OCI, del 12 de noviembre de 1974, se derogó el citado

Decreto Supremo 05-ED-72, pero se mantuvo la misma posición intervencionista, señalándose en sus Normas de Contenidos que la publicidad no debía desacreditar a los competidores (numeral 12), haciéndose por primera vez referencia expresa a la denigración como tal, prohibiéndose el uso en la publicidad de representaciones o palabras que ridiculicen o denigren (numeral 13), porque la publicidad debía «ilustrar modelos constructivos de conducta humana».

Ya con el régimen democrático se dictó el Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ, del 21 de abril de 1981, que derogó al Decreto Supremo 003-74-OCI, reiterando en sus Normas de Contenidos (numeral 9) que la publicidad no debía referirse a bienes o servicios ajenos para desacreditarlos. Sin embargo, podía interpretarse que la publicidad comparativa era legal en la medida que no desacreditase a terceros.

La Ley 23407, Ley General de Industrias, del 28 de mayo de 1982, derogó al Decreto Ley 18350, antigua Ley General de Industrias, y dejó en suspenso su Reglamento, salvo el Título V, dentro del cual se regulaban los actos de competencia desleal (artículo 111), encontrándose entre ellos, –recordemos– la propalación de noticias que dañasen el crédito de los competidores (literal f), así como la publicidad comparativa en general (literal g)⁹.

⁸ Resulta interesante señalar que tal fue el control que realizó el régimen militar sobre la publicidad que, mediante Decreto Ley 20550, del 5 de marzo de 1974, creó el Sistema Nacional de Información (SNI), el cual se encargaría de normar, entre otros aspectos, la publicidad en general. Asimismo, se le encargó la regulación, coordinación y control de las actividades de información y difusión del Sector Público y de los organismos donde el Estado tuviese intereses, centralizando las actividades publicitarias. Así, uno de sus objetivos era «asegurar que la publicidad en el país sea empleada en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo». El organismo rector del SNI fue la Oficina Central de Información (OCI), la cual estaba a cargo de un Jefe con calidad de Ministro de Estado, con voz y voto en el Consejo de Ministros. Posteriormente, con el regreso al régimen democrático, si bien el Decreto Legislativo 178, del 12 de junio de 1981, derogó al Decreto Ley 20550, modificándose el nombre de SNI por el de Sistema Nacional de Comunicación Social, así como el nombre de Oficina Central de Información por el de Instituto Nacional de Comunicación Social, se mantuvo una política de regulación y coordinación respecto del desarrollo de la publicidad comercial, aunque desprovisto del sesgo evidentemente intervencionista de la regulación precedente. Mediante Decreto Supremo 004-81-COM, del 21 de diciembre de 1981, se aprobó el Reglamento del Sistema Nacional de Comunicación Social, por el cual se ratificó que su función consistía en normar y coordinar el desarrollo de las actividades de publicidad comercial.

⁹ Cabe señalar que el Decreto Supremo 047-85-ICTI/IND, de fecha 25 de mayo de 1985, consideró que el numeral 9 del Decreto Supremo 002-81-OCI/OAJ y el artículo 111 (literal g) del Decreto Supremo 001-71-IC/DS podían resultar contradictorios y generar confusión al interpretarlos sistemáticamente, toda vez que mientras el primero sólo prohibía la publicidad comparativa que desacreditase a los competidores, el segundo prohibía la publicidad comparativa en general y, en consecuencia, se sustituyó el texto del segundo estableciéndose que se consideraba acto de competencia desleal únicamente aquella publicidad comparativa destinada a desacreditar a los competidores, es decir, la vertiente de la publicidad denigratoria. No obstante la aclaración expresa que se realizó, mediante Resolución del Consejo Directivo de ITINTEC CDI-003-89-ITINTEC, de fecha 4 de febrero de 1989, se incurrió en una seria contradicción, ya que se declaró como actos de competencia desleal, entre otros, la propalación de noticias que desacreditasen a los competidores, pero también la publicidad comparativa en general. A raíz de esta contradicción, tuvo que dictarse el Decreto Supremo 034-90-ICTI/IND, de fecha 12 de septiembre de 1990, reconociéndose la conveniencia de que el público consumidor esté debidamente informado de las diversas ofertas de productos y servicios existentes en el mercado y, en tal sentido, se permitió expresamente la publicidad comparativa. Esta norma derogó expresamente el artículo 111 (inciso g) del Decreto Supremo 001-71-IC/DS y el Decreto Supremo 047-85-ICTI/IND, así como tácitamente el artículo (literal g) de la citada Resolución del Consejo Directivo de ITINTEC, que declaraba como acto de competencia desleal a la publicidad comparativa.

¹⁰ Mediante Decreto Supremo 039-2000-ITINCI, del 11 de diciembre de 2000 se aprobaron, entre otros, el Texto Único Ordenado de la Ley de Publicidad, recogiendo las modificaciones de las que había sido objeto.

La dispersión de las normas en materia publicitaria y las continuas contradicciones en que incurrieron los legisladores, habrían motivado la expedición de un texto legal que regulase de manera específica la publicidad comercial y, de este modo, se dictó el Decreto Legislativo 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, del 6 de noviembre de 1991 y vigente hasta la actualidad (en adelante, la «Ley de Publicidad»)¹⁰, prohibiéndose expresamente el empleo de la denigración en la publicidad, sea ésta comparativa o no.

Así, el artículo 7 de la Ley de Publicidad, prohíbe la denigración en general en la publicidad, estableciendo lo siguiente:

«Artículo 7°.- Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.

(...)

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

Por su parte, el artículo 8 de la Ley de Publicidad (modificado por la Ley 27311, del 18 de julio 2000), si bien reconoce la legalidad de la publicidad comparativa, establece lo siguiente:

«Artículo 8°.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores»¹¹.

Ahora bien, aunque de manera extemporánea, mediante Decreto Supremo 020-94-MITINCI, del 16 de octubre de 1994, se aprobó el Reglamento de la Ley de Publicidad¹², (en

adelante, el «Reglamento»), en el cual, si bien no existe una regulación expresa a la denigración en la publicidad, se establece en su artículo 5 que en la publicidad comercial se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida que dichos recursos no engañen a los consumidores o no constituyan una infracción a las normas de publicidad, con lo cual se debe interpretar que tales recursos no deben resultar denigratorios en su empleo.

Sin perjuicio de estas disposiciones especiales para la publicidad comercial, debemos revisar el Decreto Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, del 30 de diciembre de 1992 y vigente hasta la actualidad (en adelante, la «Ley de Competencia Desleal»), mediante el cual se regulan los actos de competencia desleal, reprimiéndolos por aplicación de la Cláusula General o por encontrarse expresamente tipificados.

En relación con esta norma conviene destacar que en su artículo 11 se considera a la denigración como un acto de competencia desleal, siendo comprendida bajo los siguientes términos:

«Artículo 11°.- Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes.

Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que

¹¹ La modificación de este dispositivo resulta sumamente importante en relación con la comprensión de la aplicación de la regulación sobre publicidad comparativa en el Perú. En efecto, el texto original de este artículo en la Ley de Publicidad era el siguiente: «Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación en conjunto de los principales aspectos de los productos comparados». Sin embargo, el Área de Estudios Económicos del INDECOPI señaló en su Documento de Trabajo 001-2000, denominado «Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor: Diagnóstico y Propuesta», publicado el 15 de marzo de 2000, que la publicidad comparativa carecía de una regulación uniforme, toda vez que el artículo 12 de la Ley de Competencia Desleal, que tipifica los actos de competencia desleal en la modalidad de comparación, consideraba desleal realizar comparaciones entre la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando se sustenten en afirmaciones falsas o no comprobables. Así, la modificación se sostuvo en lo siguiente: «En la práctica, la existencia de esta norma ha generado confusión entre los agentes económicos, ya que establece criterios de evaluación para las comparaciones mucho más rígidos que los contenidos en las normas sobre publicidad comercial; siendo que, en algunos casos, los criterios de la legislación sobre competencia desleal han sido invocados en los procedimientos en los cuales se ha cuestionado la legalidad de una publicidad comparativa; existiendo el riesgo de que, a través de su aplicación a estos casos, se impida el uso de recursos válidos en la publicidad, tales como el humor, la fantasía, la exageración, así como las apreciaciones subjetivas del anunciante. Por estas razones, se hace necesaria una modificación a la norma correspondiente de la Ley de Competencia Desleal, a fin de que el tratamiento que se hace de las comparaciones sea el mismo que el contenido en la legislación sobre publicidad comercial». Este cambio influyó en los criterios jurisprudenciales emitidos por los órganos funcionales a partir de la entrada en vigencia de la Ley 27311, de fecha 18 de julio de 2000, tal como se verá en el punto III.

¹² En efecto, el artículo 30 de la Ley de Publicidad señaló que su Reglamento debía elaborarse en un plazo de 60 días, pero transcurrieron casi 3 años hasta que dicho mandato fue cumplido.

refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado».

Asimismo, respetando la regla general que permite la comparación entre productos o servicios competidores, –pues ello brinda mayor información a los consumidores o usuarios que es beneficiosa al momento de adoptar una decisión– sólo se prohíbe tal comparación si es que mediante la misma se engaña a los consumidores o se denigra a los competidores, señalando su artículo 12 (modificado por la Ley 27311, de fecha 18 de julio de 2000) lo siguiente:

«Artículo 12°.- Actos de Comparación: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquélla engañe a los consumidores o denigre a los competidores»¹³.

Esta revisión normativa resultará de especial importancia a efectos de comprender el mecanismo de aplicación en virtud al cual debe analizarse y determinarse la licitud o no de la denigración publicitaria, aspecto bastante problemático en la práctica, tal como se verá en los siguientes puntos.

III. EL PRINCIPIO DE NO DENIGRACIÓN EN MATERIA PUBLICITARIA: CONCEPTOS ELEMENTALES Y CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL INDECOPI

III.1 La concurrencia normativa de la Ley de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal respecto de un mismo supuesto: la denigración

De la revisión de los antecedentes normativos se puede apreciar que los supuestos de publicidad desleal se encuentran regulados desde una doble vertiente: la Ley de Publicidad como norma especial y de carácter sectorial, y la Ley de Competencia Desleal como norma general y de carácter supuestamente supletorio.

Esta dicotomía en la regulación de la publicidad desleal ha producido en la práctica serios inconvenientes interpretativos y de evaluación de los actos publicitarios desleales por parte de los órganos funcionales del INDECOPI, toda vez que se ha considerado que, en el caso de la publicidad denigratoria, se aplica de manera exclusiva la Ley de Publicidad (artículo 7), no pudiendo evaluarse bajo el ámbito de la Ley de Competencia Desleal (artículo 11), circunstancia que ha generado un análisis insuficiente y sesgado de los actos reprimibles¹⁴. Así, se ha considerado que el artículo 7 de la Ley de Publicidad posee una diferencia fundamental respecto del artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal que justifica que la publicidad denigratoria sea juzgada únicamente bajo dicho artículo 7, a saber: que éste no exige que la afirmación publicitaria sea falsa, pudiendo ser incluso verdadera para ser sancionable; a diferencia del citado artículo

¹³ El texto original de este artículo en la Ley de Competencia Desleal era: «Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella se sustente en afirmaciones falsas o no comprobables. La comparación no deberá crear confusión, ser engañosa ni denigrante a tenor de lo dispuesto en los Artículos 9°, 10° y 11° de la presente Ley». Sobre el sustento de la modificación de este dispositivo, revisar nota a pie 11.

¹⁴ En efecto, la Comisión ha señalado que: «(...) el artículo 11° del Decreto Ley N° 26122 [Ley de Competencia desleal] no resulta aplicable a los procedimientos en materia publicitaria (...)». (Resolución 13-97-CCD, del 31 de marzo de 1997. Sociedad Aceitera del Oriente S.A. y Richard O. Custer S.A. vs. Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A.). Por su parte, la Sala, en la misma línea: «Con respecto a lo mencionado por la denunciante en relación a la aplicación en el presente caso de lo establecido por el Decreto Ley N° 26122 –Ley de Represión de la Competencia Desleal–, esta Sala considera importante señalar que la materia publicitaria se encuentra regulada de manera específica por el Decreto Legislativo N° 691 [Ley de Publicidad] y, en tal sentido, sólo dicha norma es aplicable a los casos referidos a publicidad». (Resolución 186-97/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 1997. Procter & Gamble del Perú S.A. vs. Productos Sanitarios del Perú S.A.).

11 que además de exigir que la afirmación sea falsa, plantea que debe ser inexacta e impertinente¹⁵.

En nuestra opinión, compartiendo lo señalado por la doctrina española en cuanto al tema (donde se produce un supuesto de técnica legislativa casi idéntico, pues su legislación publicitaria y su legislación de represión de competencia desleal coexisten para los supuestos de publicidad desleal)¹⁶, los actos publicitarios desleales deben ser evaluados bajo la óptica tanto de la Ley de Publicidad como de la Ley de Competencia Desleal, sistemáticamente y no disyuntivamente, toda vez que resulta indiscutible que ambos textos normativos persiguen el desenvolvimiento leal de los agentes económicos en el mercado, es decir, que tienen un objetivo común, siendo en todo caso la Ley de Publicidad una norma sectorial o de regulación de la actividad publicitaria, pero ello no permite evaluar los actos de competencia desleal en dicho sector con criterios excepcionales, pues a fin de cuentas son actos desleales realizados mediante una «estructura publicitaria»¹⁷.

En resumen, y teniendo en cuenta lo revisado líneas arriba, consideramos que actualmente la legislación nacional regula la denigración en la publicidad comercial de manera específica mediante la Ley de Publicidad (artículo 7°) y su Reglamento y, de manera genérica, mediante la Ley de Competencia Desleal (artículo 11°), pero ello no libra a la autoridad de aplicar sistemáticamente los criterios establecidos en ambos bloques normativos, pudiendo apreciarse en consecuencia que la regla legal consiste en que se encuentra prohibido el uso de la denigración o el menoscabo del crédito de los agentes de mercado, sus marcas, productos o avisos, directamente o por implicación, en la publicidad comercial, sea ésta comparativa o no, por la vía del humor, la fantasía, la exageración o cualquier otra, salvo que las afirmaciones empleadas sean verdaderas, pero, al mismo tiempo, exactas y pertinentes.

III.2 Acerca de la denigración como acto desleal y su clasificación

La denigración se constituye como un acto desleal mediante el cual se transmite un

¹⁵ Así, la Comisión ha señalado que: «La norma en referencia [artículo 7° de la Ley de Publicidad] describe la publicidad denigratoria como aquella que se encuentra dirigida a producir descrédito mediante el desprecio, el ridiculo u otra vía, sin añadir como requisito que las frases o imágenes denigratorias deban ser verdaderas o falsas, o inexactas o impertinentes, hecho que contrasta con el tratamiento otorgado a la denigración como acto de competencia desleal en el artículo 11° del Decreto Ley N° 26122 [Ley de Competencia Desleal]. Por esta razón, la doctrina señala que debe entenderse que la legislación ha dotado de contornos más amplios a la figura de la denigración publicitaria que a la denigración como ilícito concurrencial». (Resolución 009-2002/CCD, del 30 de enero de 2002. The Coca Cola Company vs. Pepsico Inc. Sucursal del Perú y otros). Lo curioso es que para sustentar este último criterio, la Comisión cita al profesor español Carlos Fernández-Nóvoa, específicamente las páginas 63 y 64 del libro «Estudios de Derecho de la Publicidad»; sin embargo, dicho reconocido autor hace referencia a la derogada Ley 61/1964, Estatuto de la Publicidad español, estando actualmente vigente la Ley 34/1988, Ley General de Publicidad, del 15 de noviembre de 1988: «Al prescindirse del requisito de que las alegaciones denigratorias hayan de ser falsas, el párrafo 2° del artículo 10 del E. Pub. [Estatuto de la Publicidad] dota de contornos muy amplios a la figura de la denigración. Esta amplitud de contornos permite englobar la publicidad comparativa dentro del inciso del párrafo 2° del artículo 10 del E. Pub. que se refiere a la denigración. De esta manera, el ordenamiento español se inserta en aquellos sistemas que incluyen esta modalidad publicitaria dentro de la «denigración indirecta». FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. «Estudios de Derecho de la Publicidad. (Homenaje da Facultade de Dereito ó Autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa Catedrático de Dereito Mercantil nos XXV años de cátedra)». Santiago de Compostela, Editado por la Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 63.

¹⁶ Otamendi denuncia el carácter contingente de esta concurrencia normativa y la dificultad de su delimitación de la siguiente manera: «Más grave resulta que siendo la Ley General de Publicidad una ley especial respecto a la LCD —ésta se ocupa del ilícito desleal mientras que aquella requiere que el ilícito desleal sea además específicamente publicitario— la definición de qué es publicidad (toda forma de comunicación ..., ex artículo 2 LGP) resulta tan amplia que parecería que la LCD es una ley residual y de cierre, cuando no inútil; la mayor parte de los actos desleales suponen una comunicación, porque difícilmente se puede denigrar, confundir, comparar, etc., sin que se produzca necesariamente comunicación. ¿A qué viene entonces la LCD, si se define en la Ley General de Publicidad como publicidad todo acto de comunicación? Dado que ambas leyes se ignoran, los problemas de delimitación entre unas y otras normas pueden parecer insolubles o de muy difícil solución». OTAMENDI, Juan José. «Comentarios a la Ley de Competencia Desleal». Pamplona, Editorial Aranzadi, 1994, pp. 408-409.

¹⁷ La doctrina española tiene una posición casi unánime sobre la necesidad de efectuar una interpretación sistemática de las normas, cuando no de derogar la Ley de Publicidad. Para Portellano: «(...) este conflicto entre la Ley General de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal debe ser resuelto de la siguiente manera: se mantiene vigente la Ley General de Publicidad, pero sus normas en aquellos puntos en los que se aprecie una falta de sintonía no meramente gramatical con la Ley de Competencia Desleal, han de ser interpretadas de acuerdo con las pautas suministradas por la Ley de Competencia Desleal. Dos razones abonan esta afirmación. En primer lugar, desde el punto de vista de la idoneidad para la regulación, porque el legislador ha considerado que el modelo social de competencia es el más idóneo para la consecución de una competencia eficaz y no falseada. En segundo lugar, porque aunque se alegara que, a pesar de los términos empleados por el artículo 6.b) LGP, la citada ley, en realidad, parte del modelo social de competencia, a través de la aplicación de la Ley de Competencia Desleal sería aplicable la eliminación de privilegios para ciertas categorías de competidores que aún permanecen en la Ley General de Publicidad y que son incompatibles con un modelo que busca una competencia intensa». PORTELLANO, Pedro. «La imitación en el Derecho de la Competencia Desleal». Madrid, Editorial Civitas, 1995, pp. 408-409.

mensaje o manifestación, con soporte publicitario o no, destinada, como pretensión principal, a desacreditar o menoscabar el crédito 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 denigrado¹⁸.

En realidad, el principal bien jurídico protegido contra los actos desleales de denigración no lo constituye la reputación o el crédito de la persona o los productos y servicios del competidor denigrado, ni la influencia del acto sobre los consumidores –aunque son sumamente importantes–, sino esencialmente 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 métodos desleales que impiden una formación racional en la toma de decisiones por parte

de los consumidores, desincentivando el esfuerzo propio de los agentes económicos y fomentando el indebido recurso de desacreditar el esfuerzo de los demás (que influye en la obtención de reputación) para posicionarse en el mercado, características que desnaturalizan la competencia, sin perjuicio que, en nuestra opinión, la denigración en sí resulta repudiable por el mero hecho de que implica un ataque innecesario y, además, porque podría institucionalizar como conducta racional la agresión indebida en las actividades económicas, influyendo directamente en el aspecto cultural de una nación¹⁹.

Ahora bien, la denigración posee diferentes tipos o clases que, en nuestra opinión, pueden establecerse en los siguientes términos:

a) Dependiendo del soporte comunicacional: la denigración puede constituirse como (i) denigración publicitaria: debido a que emplea estructuras publicitarias para transmitir su mensaje, es decir, medios de comunicación públicos (supuesto previsto en el artículo 7 de la Ley de Publicidad); o, (ii) denigración común, es decir, aquella que, si bien es transmitida a terceros, no emplea para ello estructura publicitaria alguna (supuesto previsto en el artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal)²⁰. Cabe precisar que

¹⁸ Para De La Cuesta: «Por medio de la denigración se intenta la merma o el menoscabo de la reputación, fama o aprecio de que goza aquello que se denigra. En la comunicación publicitaria la denigración afecta a la persona del agente en el mercado, a su organización, a los bienes que produce o comercializa, a su actividad y al modo de ejercerla, a los signos que distinguen. La denigración consiste, pues, en la acción lesiva del crédito comercial, que es el crédito de que gozan en el mercado quienes operan en él o sus productos o servicios. Pero para que exista denigración no es necesario que el crédito comercial del denigrado haya sufrido efectivamente la merma o el menoscabo; basta con que lo manifestado por el anunciante denigrador sea apto para producir el menoscabo del crédito comercial del denigrado». DE LA CUESTA, José. «Curso de Derecho de la Publicidad». Navarra, EUNSA, 2002, p. 179. Por su parte, la Sala define a la denigración en los siguientes términos: «La denigración es definida como cualquier aseveración, verdadera o falsa, relativa a un competidor, dirigida a desacreditarlo. En otras palabras, la denigración se puede configurar tanto con afirmaciones falsas como con afirmaciones verdaderas sobre un competidor, sobre sus productos o sus servicios. En este último supuesto –esto es, cuando se difunda información verdadera–, la ley exige además que tal información sea pertinente y exacta, dentro del contexto en que ésta se difunde». (Resolución 51-97-TDC-INDECOPI, del 21 de febrero de 1997. (Transporte Cesaro Hermanos S.A. vs. International Inspector Service Ltd.).

¹⁹ Según Massaguer: «Aun cuando la represión de la denigración como acto desleal puede considerarse pieza de un Derecho general de protección de la reputación de las personas, no puede desconocerse que el bien jurídico protegido inmediatamente por el Derecho contra la competencia desleal no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. En este contexto, en efecto, la protección de la reputación se explica por cuanto tiene de necesario para asegurar un mercado altamente competitivo y transparente, y en particular para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores, así como el éxito basado en la eficiencia de sus propias prestaciones por parte de los agentes económicos que concurren en el mercado». MASSAGUER, José. «Comentarios a la Ley de Competencia Desleal». Madrid, Civitas Ediciones S. L., 1999, p. 294.

²⁰ La Sala ha establecido que: «(...) considera conveniente precisar que en caso que se hubiera comprobado la falsedad de las afirmaciones, o si éstas siendo verdaderas fuesen impertinentes o inexactas, si se habría configurado un acto de denigración, a pesar de que el facsímil constituya una comunicación privada entre dos empresas, que no ha sido objeto de difusión al público. Esto debido a que el artículo 11° del Decreto Ley N° 26122, que tipifica los actos de denigración, señala que para la configuración de la denigración basta (i) la propagación de noticias o (ii) la realización –esto puede ser un acto de comunicación privada– o (iii) difusión –estos pueden ser un acto de difusión pública– de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado». (Resolución 51-97-TDC-INDECOPI, del 21 de febrero de 1997. Transporte Cesaro Hermanos S.A. vs. International Inspector Service Ltd.).

esta clasificación no implica que la denigración publicitaria no deba juzgarse bajo el ámbito conjunto de la Ley de Publicidad y la Ley de Competencia Desleal.

Asimismo, resulta importante advertir que la publicidad denigratoria es independiente de la modalidad de publicidad comparativa, sin perjuicio de que en la práctica suele emplearse esta última como soporte publicitario de aquélla. En efecto, la denigración publicitaria puede realizarse sin requerir que el anunciante efectúe una comparación de sus productos con los del denigrado, sino que basta que se refiera a dichos productos.

b) Dependiendo del grado de alusión: la denigración puede ser (i) denigración directa: cuando se alude directamente, es decir, con plena identificación o determinación de la persona, los productos o servicios, los signos distintivos, entre otros elementos del agente económico; o, (ii) denigración indirecta: cuando se alude por implicación al competidor, mediante el empleo de frases, sonidos, coyunturas que permiten descarte u otros factores que lo hacen identificable o determinable en cuanto a su persona, prestaciones o signos distintivos²¹.

Cabe señalar que la capacidad de identificar al agente o agentes económicos materia de denigración resulta de especial relevancia, toda vez que para que se produzca su menoscabo o descrédito, éstos deben estar en la posibilidad de saber o comprender a quiénes se hace referencia, esto es, a quién o qué se pretende denigrar²². Para lograr tal identificación o determinación, no obsta el hecho de que la denigración esté destinada a un competidor específico o a un grupo amplio de competidores, basta que sean identificables ellos o sus prestaciones en el mercado por mecanismos de asociación directa o indirecta e, inclusive, por descarte²³.

c) Dependiendo del tono denigratorio: la denigración puede ser (i) denigración de tono material, cuando se encuentra referida a la organización, productos o servicios, signos distintivos, establecimientos, avisos, entre otros elementos materiales o no personales del denigrado; o, (ii) denigración de tono personal: la cual se subdivide en: (a) denigración *lato sensu*, cuando la denigración incide, directa o indirectamente, en la actividad empresarial del denigrado; y, (b) denigración de tono estrictamente personal, cuando la denigración incide sobre aspectos del denigrado que no

²¹ Sobre el particular, la Comisión ha señalado: «(...) en el presente caso, las alusiones de la conducta del programa GISELA respecto a que el personaje infantil denominado MARGARA, MARGARITA O MARGARACHA vivía en un pote y aquellas relativas a su estado de salud en comparación con el personaje llamado FERNandito [la mantequilla del anunciante tenía la marca «FERN»], hacen referencia por implicación a las margarinas y afectan negativamente la percepción que tiene el público respecto de las margarinas como producto, expresando menosprecio con respecto al envase en que se comercializan algunas margarinas y aludiendo a que dicho producto no sería nutritivo para los niños; en tal sentido, debe declararse fundada la denuncia por infracción al artículo 7° del Decreto Legislativo N° 691». (Resolución 37-96-CCD, del 7 de mayo de 1996. Industrias Pacocha S.A. vs. New Zealand Milk Products Perú S.A.). En otro caso, la Comisión señaló: «(...) la afirmación «OTROS» incluyendo un recuadro en el que se aprecia una barra de fierro de construcción que se rompe al ser doblada, denigra al producto de la denunciante, el mismo que resulta individualizable al participar conjuntamente la denunciante y la denunciada aproximadamente del 95% del mercado actual de dicho producto». (Resolución 259-94-CCD, del 23 de junio de 1994. Aceros Arequipa S.A. vs. Empresa Siderúrgica del Perú - SIDERPERÚ).

²² Sobre la denigración, la Comisión ha establecido lo siguiente: «(...) para que se configure este supuesto, deberá analizarse si las afirmaciones cuestionadas están referidas a un competidor en sentido amplio, el mismo que puede ser identificado o, al menos, identificable por parte de los destinatarios de la misma; ya que, de lo contrario, no podría analizarse si son susceptibles de menoscabar el crédito de dicho competidor». (Resolución 26-2001-CCD, del 28 de febrero de 2001. Corporación Misti S.A. vs. Fertilizantes Solubles S.A.C. - FERTISOL).

²³ La Sala ha señalado que: «(...) dependiendo del contexto en el cual son difundidas, afirmaciones como «el auténtico», «el legítimo del mercado internacional» y «el original» empleadas en relación a un producto determinado podrían llegar a constituir afirmaciones objetivas cuyo uso sería susceptible de generar descrédito injustificado ante el consumidor en relación con la calidad de otros productos similares que compiten en el mercado, aun cuando no fueran identificados directamente. Ello porque podrían dar a entender a un consumidor razonable que el resto de productos, distintos a aquellos distribuidos por el que difunde esas afirmaciones, sería de dudosa procedencia o, como en este caso, de (sic) carentes de calidad». (Resolución 303-2000-TDC, del 16 de mayo de 2000. Asociación de Empresas Envasadoras de Gas vs. Repsol YPF Comercial del Perú S.A.).

tienen relación alguna con su actividad empresarial²⁴.

Conviene señalar que existe una discusión doctrinaria sobre el hecho de que si bien la denigración de tono material se refiere a aspectos materiales del denigrado, dichos aspectos tienen una relación indiscutible con la persona misma de éste, motivo por el cual se constituiría, simultáneamente, en una denigración de tono personal. En nuestra opinión, debe entenderse que la denigración afecta ambas esferas (material y personal), siendo irrelevante a cuál de ellas afecta en mayor medida, siempre que exista un menoscabo a la reputación relacionada con su actividad económica²⁵.

III.3 Metodología para determinar la existencia de denigración sancionable

A fin de determinar la existencia de un acto de denigración publicitaria sancionable, los órganos funcionales del INDECOPI siguen una serie de pasos adquiridos en la experiencia que le ha brindado el ejercicio de sus funciones. Así, el primer paso consiste en determinar si nos encontramos ante un acto que sea

considerado²⁶ como publicidad comercial. Esta determinación responde a la revisada dicotomía normativa que existe en nuestra legislación para evaluar los actos publicitarios desleales, debido a que si se establece que se trata de una publicidad comercial, entonces se juzga en base a la Ley de Publicidad, en tanto que si se establece que se trata de un acto desleal carente de estructura publicitaria se juzga conforme a las disposiciones de la Ley de Competencia Desleal. Reiteramos que, en nuestra opinión, esta distinción comprendida en el primer paso de análisis que aplican los órganos funcionales del INDECOPI carecería de relevancia práctica al momento de resolver el conflicto de intereses, pues siempre se deberá aplicar la Ley de Competencia Desleal, ya sea que tenga o no carácter publicitario el acto desleal bajo análisis.

En caso se determine que se trata de un acto con estructura de publicidad comercial, entonces el segundo paso consiste en realizar un análisis superficial e integral del anuncio, a fin de establecer el mensaje que se pretende transmitir mediante el mismo²⁷, teniéndose como pauta interpretativa la que le otorgaría

²⁴ Fernández-Nóvoa enseña que: «La alusión a las mercancías o servicios de un competidor se produce en diversas modalidades publicitarias. El empresario anunciante puede decir lisa y llanamente que la mercancía ajena es de mala calidad o presenta ciertos inconvenientes, en cuyo caso nos encontramos ante la denigración publicitaria. (...) Cuando en los anuncios de un empresario se alude a la conducta o a las características personales del competidor, la publicidad adquiere un tono personal». FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. «Estudios de Derecho de la Publicidad...». pp. 93-95. Massaguer explica que la prohibición de la publicidad de tono estrictamente personal se basa en un doble objetivo: «De un lado y como sucede con carácter general en el ámbito de la denigración, se trata de salvaguardar la razonabilidad económica del comportamiento de los consumidores: estas manifestaciones de tono estrictamente personal, en efecto y como principio, no procuran datos acerca del valor de las actividades, productos o servicios o establecimientos, esto es, no recaen sobre los extremos en que se funda el mérito de las prestaciones de los oferentes, la maximización de las utilidades de los demandantes y el funcionamiento eficiente del mercado. De otro lado, tras esa reacción no puede dejar de apreciarse una particular manifestación de la tutela constitucional de la dignidad e intimidad de las personas: la *exceptio veritatis* es inhábil para amparar un menoscabo de la dignidad o una intromisión en la vida íntima o en la vida privada de las personas». MASSAGUER, José. *Op. Cit.* pp. 305-306.

²⁵ Ver: MADRENAS I BOADAS, Carme. «Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal. La parcialidad de la publicidad y los costes de la competencia». Madrid, Editorial Civitas, 1990, pp. 163-165.

²⁶ La Comisión ha establecido que: «(...) a fin de determinar si una comunicación constituye un supuesto de publicidad comercial, deben concurrir dos requisitos: (i) en primer lugar, que constituya una comunicación pública; esto es, que haya sido difundida fuera del ámbito de las relaciones internas del anunciante con sus trabajadores y proveedores y, (ii) que dicha comunicación sea susceptible de llevar al destinatario del mensaje a decidir acerca de la contratación del producto o servicio al cual se hace referencia en dicho anuncio». (Resolución 36-97-CCD del 15 de julio de 1997. *Editores de Medios Publicitarios y otros vs. Inter. World Network Perú S.A. y otro*).

²⁷ La Comisión ha establecido que: «(...) a fin de determinar si un anuncio es denigratorio, corresponderá hacer una interpretación integral y superficial del mismo a fin de determinar cuál es el mensaje que dicho anuncio pretende transmitir. Debemos señalar que, en caso de una interpretación realizada en estos términos no lleve a dicha conclusión, corresponderá a la denunciante presentar los medios probatorios que acrediten que el anuncio materia de análisis infringe las normas de publicidad en defensa del consumidor. Es importante señalar que la existencia de un mensaje publicitario denigratorio constituye una circunstancia que debe ser evaluada por la Comisión en cada caso concreto, de forma tal que de una apreciación superficial e integral del anuncio materia de evaluación se aprecie que el anuncio genera un descrédito comercial para el producto competidor». (Resolución 40-2002-CCD, del 9 de mayo de 2002. *Indian Import Export EIRL vs. Crosland Técnica S.A.*)

al mensaje un «consumidor razonable»²⁸. Cabe señalar que la decisión de realizar el mencionado análisis superficial e integral no es exclusiva para el análisis de casos sobre presunta denigración publicitaria, sino que resulta extensiva a cualquier denuncia sobre publicidad desleal o engañosa, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Publicidad.

Una vez determinado el contenido del mensaje, entonces debe evaluarse si el mismo tiene carácter denigratorio o no, siendo esta etapa la que depara la mayor problemática, pues en muchas ocasiones, los anunciantes, concientes sobre la ilicitud de su conducta, estructuran el mensaje de tal forma que no resulte denigratorio por obviedad, empleando una gran sutileza al denigrar. Esta dificultad es reconocida por los propios órganos funcionales del INDECOPI, los cuales han optado—en nuestra opinión inadecuadamente—por evaluar sólo los casos donde la denigración resulta evidente, intentando justificarse dicha posición en que se constituiría tal mensaje denigratorio como un daño concurrencial lícito²⁹.

Consideramos que, en primer lugar, debe evaluarse todo mensaje denigratorio, sea evidente o no, siendo inconveniente sostener

que estaría en el límite del daño concurrencial lícito, pues, como ya lo hemos señalado, ello atenta contra la competencia económica, incentivando a los agentes inescrupulosos a emplear su ingenio para estructurar mensajes que puedan evadir el control legal y, asimismo, debe considerarse que su aceptación impediría la consecución de una cultura de mercado en la sociedad. En segundo lugar, el mensaje denigratorio no debe justificarse por contar con un carácter subjetivo o no, posición que ha llevado a los órganos funcionales del INDECOPI a no sancionar actos de denigración publicitaria bajo la perspectiva de considerar que se trataban de apreciaciones subjetivas o personales del anunciante³⁰, situación que no puede admitirse, ya que, por lo general, la denigración se sustenta en un juicio de valor impropio del denigrador e, incluso, aunque dicho juicio se base en hechos verdaderos, el mensaje denigratorio debe cumplir con los requisitos de ser exacto y pertinente, a fin de no resultar sancionable, conforme al artículo 11 de la Ley de Competencia Desleal³¹.

Así, puede apreciarse que el mensaje denigratorio debe ser juzgado desde un triple condicionamiento. La primera condición consiste en determinar si la afirmación del

²⁸ Sobre el criterio de «consumidor razonable», la Comisión lo delimita en la Resolución 94-95-CPCD, del 30 de noviembre de 1995. *Bolsa de Valores de Lima vs. Quienes resulten responsables*. Cabe señalar que la Comisión en una oportunidad determinó la denigración en virtud al criterio no de «consumidor razonable», sino de «consumidor especializado» por la especial naturaleza de los productos y el público destinatario de los mismos: «(...) los enemas que aparecen en el folleto tachados con un aspa pertenecen a las únicas empresas competidoras de dicho producto en el mercado peruano, según consta en el informe Pharmaceutical Market Perú, publicado por IMS AG. – CHAY de Suiza, siendo que al ser claramente identificable por el consumidor especializado al cual va dirigido el anuncio, existe denigración en los términos del citado artículo 7°. Resolución 299-94-INDECOPI-CONASUP, del 15 de setiembre de 1994. *Distribuidora Albis S.A. vs. Farmoandina S.A.*».

²⁹ La Comisión ha declarado: «En cuanto a este tema, cabe señalar que la competencia mercantil no está exenta de situaciones en las que un comerciante considera que ciertas frases, imágenes, sonidos o cualquier otro tipo de manifestaciones o exigencias difundidas por un competidor agravan o denigran la calidad de sus productos o la propia imagen comercial. Sin embargo, definir los actos de denigración depende la mayoría de las veces de criterios subjetivos, vinculados muchas veces con la percepción de quien juzga los anuncios. Por ello, la Comisión tiene en cuenta que la particular naturaleza de la competencia mercantil es susceptible de generar pugnas intensivas entre unas empresas y otras por hacerse de un determinado mercado y, por ello, al interpretar las normas que reprimen la denigración a nivel publicitario y como acto de competencia desleal, han restringido su aplicación a los casos más evidentes, dejando a salvo aquellas manifestaciones o expresiones que, no obstante ser a veces subidas de tono, se encuentran dentro de los límites del daño concurrencial, es decir del perjuicio que se causan las empresas entre sí por el sólo hecho de competir en un mismo mercado». (Resolución 13-97-CCD, del 31 de marzo de 1997. *Sociedad Aceitera del Oriente S.A. y Richard O. Custer S.A. vs. Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A.*)

³⁰ La Comisión ha señalado lo siguiente: «(...) la Comisión considera que la referida afirmación contenida en el anuncio materia de denuncia [Llame ahora mismo y le entregamos el auténtico, el original, Aceite de Rosa Mosqueta COESAM, recuerde bien la marca, si no es COESAM, no es Aceite de Rosa Mosqueta] no denigra al producto de la denunciante, en la medida que la misma es percibida por un consumidor como una apreciación subjetiva del anunciante que busca resaltar las características de su producto, sin hacer ninguna referencia a la aptitud para el uso del producto de la denunciante ni presentándolo como un producto inferior al suyo. En este sentido, la afirmación en cuestión está referida al producto de marca «COESAM» y no a la categoría de productos «aceite de Rosa Mosqueta»; no siendo susceptible de generar el descrédito del producto comercializado por el denunciante o de aquellos elaborados y/o distribuidos por terceros». (Resolución 42-1999-CCD, del 25 de mayo de 1999. *Quality Products S.A. vs. Inversiones Profesionales S.A. y Vita 2000 Perú EIRL.*)

³¹ La Comisión ha establecido lo siguiente: «(...) para determinar si una afirmación es verdadera, exacta y pertinente tendrá en cuenta lo siguiente: el carácter objetivo o subjetivo de las afirmaciones, la vigencia o antigüedad de su difusión y la época en que se produjeron, la veracidad de los hechos a los que se hace referencia en las afirmaciones bajo análisis, entre otras circunstancias de tiempo, lugar y modo que se presenten en cada caso particular». (Resolución 029-2000-CCD, del 16 de mayo de 2000. *Callpac S.A. vs. Telefónica del Perú S.A.A.*)

denigrador se sustenta en un hecho verdadero o falso, de tal manera que si es falso será considerado denigratorio «a priori», siendo irrelevante demostrar su exactitud o pertinencia, pues será notoria la deslealtad del anunciante, no pudiendo alegar desconocimiento o negligencia, ya que la publicidad conlleva un enorme grado de responsabilidad, la cual es mayor cuando se realizan afirmaciones sobre un tercero³². Ahora bien, si la afirmación del denigrador es verdadera, entonces deberá procederse a determinar si es exacta y pertinente; y, en tal sentido, como puede apreciarse, no se admite la *exceptio veritatis* como principio absoluto, es decir, que no basta con que el mensaje sea verdadero para que se considere que el mismo no es denigratorio.

La segunda condición consiste en determinar si la afirmación contenida en el mensaje denigratorio es exacta o no. Esta condición es ciertamente difícil de separar respecto de la condición de verdad, pues aplicando la lógica lo que es exacto es verdadero y, en tal sentido, podría sostenerse que el condicionamiento de veracidad y exactitud respecto de las afirmaciones contenidas en un mensaje denigratorio, lejos de reflejar pautas diferentes, consisten en una tautología. Sin embargo, la exactitud puede separarse de la veracidad en mérito a la apreciación que perciban los destinatarios del mensaje, es decir, que si bien la afirmación puede ser exacta no transmite un mensaje que se corresponda enteramente con la realidad de las cosas o, en otras palabras, que reproduzca un panorama sesgado sobre la afirmación que desea transmitir, como sería el caso de difundir encuestas de consumidores verdaderas sosteniendo supremacía en un segmento del mercado, en desmedro del competidor, pero luego de un período en que dichas estadísticas ya no reflejarían la correcta distribución del mercado debido al eventual repunte de éste³³.

La tercera condición consiste en determinar si la afirmación contenida en el mensaje denigratorio, a pesar de su eventual veracidad y exactitud, es pertinente o no³⁴. La pertinencia dependerá del hecho de que el mensaje contenga información relevante o valiosa para sus destinatarios o, en todo caso, en el carácter de las afirmaciones, es decir, en la moderación o no al emplear términos, expresiones o situaciones reales o ficticias que hagan referencia expresa o tácita sobre el competidor, situación que por lo general está relacionada con el uso del humor, la fantasía o la exageración, vías que pueden ser cuestionables por su desproporción, siendo ofensivas o denigrantes.

En resumen, como puede apreciarse, si bien existe un mecanismo para evaluar el carácter denigratorio o no de los mensajes publicitarios, la práctica evidencia que los anunciantes recurren a métodos cada vez más sofisticados de denigración, lo cual se ve impulsado debido a la carencia de lineamientos claros o uniformes sobre el tema.

IV. MEMORIAS SOBRE LA «GUERRA DE LAS KOLAS AMARILLAS» (HISTORIA DE GÓMEZ, LOS CHAMANES, LOS COCINEROS Y LA IMPULSADORA)

Un supuesto que consideramos paradigmático sobre la determinación de la denigración en un mensaje publicitario y que podría denominarse la «Guerra de las Kolas Amarillas», es aquel compuesto por las diversas denuncias seguidas entre Corporación Inca Kola Perú S.A. (en adelante, «CIKSA»), productor de la gaseosa amarilla «INCA KOLA» y Embotelladora Rivera S.A. (en adelante, «RIVERA»), productor de la gaseosa amarilla «TRIPLE KOLA».

³² La Sala ha establecido lo siguiente: «En este orden de ideas, la Sala al igual que la Comisión considera que, el hecho de difundir afirmaciones engañosas respecto de las características de un producto colocándolo en una situación falsa de superioridad y, a los productos de la competencia, en una situación no acreditada de inferioridad respecto a los efectos sobre la salud del consumidor, desacredita injustificadamente ante los ojos del consumidor al género de productos «uña de gato de corteza molida», dando una impresión de que tales productos tienen efectos perjudiciales para la salud de los consumidores». (Resolución 633-2001-TDC-INDECOPI, del 21 de setiembre de 2001. Hersil S.A. Laboratorios Industriales Farmacéuticos vs. Liofilizadora del Pacífico S.R.Ltda. y Omniagro S.A.).

³³ La Sala ha señalado lo siguiente: «(...) de un análisis de la citada información se concluye, al igual que lo hizo la Comisión, que infringe el principio de veracidad y no denigración en la publicidad comparativa contenidos en el artículo 8 de la Ley de Publicidad; puesto que al utilizar las cifras de lectoría de diferentes periodos de El Tiempo en unidades distintas, sin informarle, se indujo a error al consumidor y se desacreditó al diario El Tiempo». (Resolución 185-2001-TDC-INDECOPI, del 12 de mayo de 2001. Diario El Tiempo S.A. vs. Editora Correo S.A.).

³⁴ La Sala ha establecido el siguiente criterio: «(...) no es pertinente difundir la marca de un producto cuando éste es mostrado a través de un anuncio, en un estado que pueda menoscabar su crédito en el mercado, aun cuando dicho anuncio no constituya una publicidad comercial. Así, por ejemplo, no resultaría pertinente mostrar la marca de un automóvil destruido en un accidente de tránsito, en un comercial que busca alertar a la población respecto del peligro de manejar en estado de ebriedad, aun cuando se tratase de una publicidad institucional promovida por un taller de reparaciones mecánicas». (Resolución 096-96-TRI-SDC-INDECOPI, del 11 de diciembre de 1996. Productos Rema S.A. vs. Luz del Sur S.A.).

IV.1 Primer ataque de RIVERA: el caso «Gómez»

La «Guerra de las Kolas Amarillas» se inicia con una campaña publicitaria de RIVERA compuesta por diversos spots televisivos en los que un personaje llamado «Gómez», ficticio supervisor de labores de planta de CIKSA, identificada por implicación, confundía el producto INCA KOLA con el nuevo producto TRIPLE KOLA elaborado por RIVERA, lanzado en el mercado de las «kolas amarillas», no obstante que Gómez se trataba de un «experto» sobre el producto INCA KOLA.

CIKSA denunció a RIVERA ante la Comisión el 19 de setiembre de 2000. Según CIKSA, se denigraba su crédito comercial ridiculizando a los funcionarios de su empresa, pues el mensaje consistía en que éstos ni siquiera conocían el producto que comercializaban.

Mediante Resolución 071-2000-CCD, del 16 de noviembre de 2000, la Comisión declaró infundada la denuncia, señalando que no existía denigración, puesto que el «consumidor razonable» percibiría que en los anuncios intervenían personajes ficticios que consideraban que los productos tendrían un sabor similar y, asimismo, agregó que CIKSA no había demostrado con medio probatorio alguno que se hubiese afectado su prestigio, o el de sus productos o el de sus trabajadores.

En nuestra opinión, la decisión de la Comisión podría ser discutible en cuanto al empleo lícito de la fantasía y/o el humor en la campaña publicitaria de RIVERA, pero resulta ciertamente cuestionable que se le hubiese exigido a CIKSA que presentase medios probatorios sobre la materialización de un supuesto desprestigio en el mercado, sin precisar siquiera la naturaleza o características de los mismos.

IV.2 La defensa de CIKSA: mensaje a la opinión pública y spots

CIKSA, ante el ataque publicitario de RIVERA, decidió defenderse con lo siguiente: (i) un

«Mensaje a la Opinión Pública» mediante el cual se precisaba por implicación que CIKSA no producía TRIPLE KOLA, debiendo rescatarse la frase: «No tenemos ninguna responsabilidad sobre la calidad de los insumos o los niveles de higiene de su embotellamiento»³⁵; y, (ii) diversos spots televisivos en contextos similares a los de la campaña publicitaria de RIVERA, mediante los cuales se denigraba el producto TRIPLE KOLA al considerársele inferior, rescatándose la frase: «No te conformes con menos».

RIVERA denunció a CIKSA con fecha 4 de octubre de 2000. Según RIVERA, tanto el «Mensaje a la Opinión Pública», así como los spots televisivos resultaban denigratorios, toda vez que desacreditaban su producto TRIPLE KOLA y su imagen corporativa.

Mediante Resolución 77-2000-CCD, del 7 de diciembre de 2000, la Comisión declaró infundada la denuncia, considerando que respecto al «Mensaje a la Opinión Pública» un consumidor razonable interpretaría que las afirmaciones contenidas en dicho anuncio se limitan a informar que CIKSA no tiene relación comercial con RIVERA y, respecto de las demás afirmaciones contenidas en los spots publicitarios, consideró que éstas serían apreciaciones subjetivas de CIKSA.

En nuestra opinión, esta decisión de la Comisión también sería cuestionable en la medida que no evaluó debidamente las expresiones denigratorias empleadas por CIKSA al transmitir un mensaje de inferioridad y probable insalubridad del producto TRIPLE KOLA elaborado por RIVERA.

IV.3 El contraataque de CIKSA: el caso «Chamanes y Cocineros»

Ante este «empate estratégico», CIKSA pasó a la ofensiva, difundiendo dos spots televisivos:

(i) «Chamanes»: en el cual, en un presunto «Congreso Nacional de Chamanes», se apreciaba a varios de éstos escupiendo o

³⁵ «MENSAJE A LA OPINIÓN PÚBLICA: Durante las últimas semanas, los peruanos hemos visto la campaña publicitaria de una gaseosa que pretende presentarse como «igual» a Inca Kola. Al respecto, y en defensa de los intereses del consumidor, queremos manifestar lo siguiente:

1. Inca Kola ha sido, y sigue siendo, la bebida preferida de los peruanos. Esa preferencia se ha construido durante 65 años, con esfuerzo honesto y dedicación, embotellando productos de calidad, atendiendo a las necesidades de la familia peruana y generando en el camino decenas de miles de puestos de trabajo.
2. Es completamente falso que esta otra bebida sea igual a Inca Kola y lamentamos el tono engañoso de su publicidad.
3. Aclaramos que Inca Kola no tiene nada que ver con dicho producto, el cual no fabricamos, ni distribuimos ni comercializamos. No tenemos ninguna responsabilidad sobre la calidad de sus insumos o los niveles de higiene de su embotellamiento.
4. Invocamos a la opinión pública a no dejarse confundir por esta publicidad. Inca Kola sólo hay una. Lima, septiembre del 2000 INCA KOLA – El sabor de lo nuestro».

esparciendo un líquido por la boca, ello en el marco de una ceremonia de curación (acto usual y conocido de dichos rituales) y, ante los elogios de la prensa reunida por el carácter impresionante de la ceremonia, uno de los chamanes contesta con evidente fastidio: «¡Cuál ceremonia! ¡Nos cambiaron la INCA KOLA por esta imitación barata!», enseñando un vaso con un líquido amarillo; y,

(ii) «Cocineros»: en el cual, en la sucia y descuidada cocina de un presunto restaurante, se apreciaba a dos cocineros que, igual de sucios y desaliñados, ante los pedidos del mozo para que elaboren diversos platos de comida, éstos los preparaban con insumos de dudosa calidad (ceviche de lenguado con pejesapo; lomo fino con carne de burro), pero cuando el mozo solicita una INCA KOLA, uno de los cocineros le propone al otro cambiarla por una «imitación barata», enseñando botellas de kola amarilla que, si bien no se exhibía su marca, se podía entender por implicación que se trataba de TRIPLE KOLA o, en todo caso, de cualquier otra gaseosa del género «kolas amarillas» existentes en el mercado. Ante esta propuesta, el otro cocinero responde: «¡No te pases, somos malos pero no tanto!».

RIVERA denunció a CIKSA y otros con fecha 26 de junio de 2001. Según RIVERA, los spots televisivos desprestigiaban y denigraban a su producto TRIPLE KOLA, así como a todo el género de gaseosas amarillas existentes en el mercado.

Mediante Resolución 079-2001-CCD, de fecha 25 de setiembre de 2001, la Comisión declaró fundada la denuncia, pues consideró que los citados anuncios denigraban a todo el género de gaseosas amarillas de bajo precio, afectando el prestigio e imagen de los productos de RIVERA al usar una reacción que no es natural ante un producto que no es del agrado del consumidor, no siendo necesaria la presentación de pruebas que lo acrediten, ya que el mensaje denigratorio fluía de una interpretación natural del anuncio, presentando a los productos competidores como si tuviesen una calidad inferior.

Sin embargo, mediante Resolución 811-2002/TDC-INDECOPI, del 18 de octubre de 2002, la Sala revocó la resolución de la Comisión, señalando lo siguiente: (i) que en los anuncios no se había hecho referencia directa a RIVERA sino «únicamente a un grupo de bebida gaseosas identificadas como «imitadoras baratas» de INCA KOLA» (sic); y, (ii) que el término «imitación barata» no era peyorativo,

sino verdadero, pues el vocablo debía interpretarse en su acepción relativa al bajo costo o menor precio, y que los anuncios habrían hecho uso legítimo del recurso humorístico en la publicidad.

En nuestra opinión, esta decisión es bastante cuestionable y preocupante, toda vez que los denigrados eran identificables como productores del género de «kolas amarillas» e, inclusive, consideramos que estaba identificado el producto «TRIPLE KOLA» de RIVERA, pues al analizar el contexto en el que se desarrolló la campaña publicitaria de CIKSA, se advertía sin dificultad que se trataba de una respuesta a la precedente campaña publicitaria de RIVERA. Asimismo, el vocablo «imitaciones baratas», no tenía una connotación económica (menor precio), sino exclusivamente peyorativa a fin de transmitir un mensaje de menor o dudosa calidad de los productos denigrados. Por otro lado, el empleo del humor en la publicidad no es cuestionable, salvo que mediante tal estructura publicitaria se denigre a terceros, tal como ocurrió, según nuestro punto de vista, en el presente caso, motivo por el cual la vía del humor no puede ser pretexto para justificar actos evidentemente denigratorios.

IV.4 El último disparo de RIVERA: el caso «Impulsadora»

Ante esta situación, RIVERA difundió un nuevo spot televisivo denominado «Impulsadora», consistente en una escena en un supermercado en la cual una señora elegía una botella de TRIPLE KOLA, motivando que una ficticia impulsadora de INCA KOLA (caracterizada como una estereotipada «rubia tonta»), al percatarse de ello, le ofreciera el producto de CIKSA, mediante una presunta publicidad comparativa sobre las ventajas y desventajas de ambos, pero con la particularidad de que dicha comparación era absolutamente desventajosa para el propio producto INCA KOLA que pretendía venderle a la señora («Señora, señora buenas. Mejor por qué no se lleva ésta que le conviene más [exhibiendo una INCA KOLA]. Para empezar, la botella es retornable; es decir, cada vez que quiera comprar una nueva debe llevar una botella vacía a la bodega para que se la vendan. Y por si fuera poco señora, ésta trae menos y cuesta más, pero ¿Qué es un poco más de dinero en estos tiempos, no?, ¿Qué tal? ¿Se anima?»), ante lo cual la señora le responde despectivamente: «¿Dónde vives mamita?».

CIKSA denunció a RIVERA con fecha 22 de octubre de 2001. Según CIKSA el spot televisivo de RIVERA, entre otros presuntos actos desleales, resultaba denigratorio, toda vez que se vulneraba el principio de no denigración al presentar una impulsadora, representante del propio producto INCA KOLA, ridiculizando al mismo.

Mediante Resolución 016-2002, del 4 de marzo de 2002, la Comisión declaró infundada la denuncia, pues en el anuncio se habría realizado una contraposición de ventajas y desventajas apelando al humor y la fantasía, lo cual no sería denigratorio.

Cabe señalar que existió voto en discordia de los señores José Perla Anaya, Ramón Bueno-Tizón y Fernando Cantuarias, pero ante el empate en la votación, el voto dirimente de la Presidenta de Comisión inclinó la balanza. Estos miembros de Comisión consideraron que el anuncio ridiculizaba el producto INCA KOLA, posición que compartimos plenamente, ya que se realizó un indebido empleo del humor, pues el mismo contenía un mensaje denigratorio destinado a afectar no sólo el producto de CIKSA, sino a caricaturizar incluso su imagen corporativa, teniendo en cuenta que CIKSA estaba completamente identificado por el uso de su marca INCA KOLA.

Mediante Resolución 707-2002/TDC-INDECOPI, del 6 de setiembre de 2002, la Sala corrigió la decisión en mayoría de la Comisión, revocándola y declarando fundada

la denuncia, coincidiendo con el voto en discordia de los miembros de la Comisión.

Así culminó la primera «Guerra de las Kolas Amarillas», y sinceramente esperamos que la actual «paz» se mantenga, debido a que los consumidores hemos sido testigos, en nuestra opinión, de campañas publicitarias denigratorias realizadas por ambas empresas, las cuales, lejos de fomentar una cultura de mercado basada en la competencia que permiten desplegar la calidad o bondades de los propios productos, han reposado en innecesarias referencias negativas entre los competidores, las cuales no pueden camuflarse en la vía del humor para ser justificadas.

Los órganos funcionales del INDECOPI han tenido una inigualable experiencia práctica con el despliegue de esta «Guerra de las Kolas Amarillas» para sentar criterios aleccionadores que permitan disuadir a los agentes económicos de emplear la denigración en su publicidad, pero consideramos que el panorama carece aún de la suficiente claridad, debido a la disparidad de los pronunciamientos emitidos. Así, dichos órganos tienen una difícil tarea al enfrentarse a la denigración, la cual, en nuestra opinión, no debería tener espacios vacíos o ambiguos donde desenvolverse al margen de la efectiva competencia económica, ya que es un acto repudiable y que puede perjudicar incluso una cultura de mercado que necesita respirar un aire más puro en el Perú.