

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS
BACKUS Y JOHNSTON S.A.A.
DENUNCIADA : AJEPER S.A.
MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
PROCESAL
ADHESIÓN A LA APELACIÓN
PUBLICIDAD ADHESIVA
PRINCIPIO DE VERACIDAD
PRINCIPIO DE LEALTAD
EXPLOTACIÓN INDEBIDA DE LA REPUTACIÓN
AJENA
MEDIDA COMPLEMENTARIA
COSTOS Y COSTAS
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

SUMILLA: *en el procedimiento seguido por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra Ajeper S.A. por la comisión de diversas infracciones al Decreto Legislativo 691, la Sala ha resuelto:*

- (i) declarar improcedente el recurso de adhesión a la apelación presentado por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009 en el extremo referido a la graduación de la multa impuesta a Ajeper S.A., puesto que la determinación de la magnitud de la sanción constituye una potestad pública respecto de la cual el denunciante no tiene interés tutelable;*
- (ii) confirmar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra Ajeper S.A. por infracción del principio de veracidad establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, así como por infracción del principio de lealtad recogido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 691 al haberse verificado la explotación indebida de la reputación ajena, supuesto previsto en el artículo 14 del Decreto Ley 26122. La razón es que la denunciada no ha presentado medios probatorios idóneos que permitan sustentar el mensaje adhesivo objetivo transmitido en la campaña publicitaria “Desafío Franca”;*
- (iii) revocar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009 en el extremo de la medida complementaria ordenada, en tanto que se ha corroborado que el mandato dispuesto por la Comisión no ha*

respetado el principio de proporcionalidad en su formulación. En consecuencia, se ordena a Ajeper S.A. el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores u otros de naturaleza similar en los cuales promoció su producto “Franca”, en tanto: i) presenten afirmaciones que no se encuentren suficientemente sustentadas; o, ii) aludan con un mensaje adhesivo a la cerveza “Cristal” comercializada por la denunciante, basándose en información que no constituya un sustento objetivo válido;

- (iv) confirmar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI que ordenó a Ajeper S.A. el pago de la costas y costos incurridos por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. en la tramitación del presente procedimiento; y,***
- (v) confirmar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI en el extremo que impuso a Ajeper S.A. una multa de treinta y cinco (35) Unidades Impositivas Tributarias.***

SANCIÓN: 35 UIT

Lima, 10 de septiembre de 2009

I ANTECEDENTES

1. El 15 de julio de 2008, Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en adelante, Backus) denunció a Ajeper S.A. (en lo sucesivo, Ajeper) por la presunta infracción de los artículos 4, 7 y 8 del Decreto Legislativo 691 –Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, así como por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena, supuesto recogido en el artículo 14 del Decreto Ley 26122 –Ley de Represión de la Competencia Desleal.
2. En su denuncia, Backus señaló que:
 - (i) la campaña publicitaria “Desafío Franca” –conformada por pautas televisivas y radiales, paneles publicitarios y pruebas de degustación al paso– tenía por finalidad asociar la cerveza “Franca” con la cerveza “Cristal” a partir de un atributo subjetivo como lo es el sabor, con el propósito de apropiarse de manera parasitaria de su reputación;
 - (ii) los anuncios cuestionados no constituían supuestos de publicidad comparativa sino de publicidad adhesiva, debido a que su mensaje estaba destinado a transmitir la idea que “Franca” y “Cristal” tienen un sabor indistinguible;

- (iii) el anuncio televisivo introductorio de la campaña era capaz de inducir a error a los consumidores pues pretendía dotar de un carácter científico inexistente al mensaje cuestionado, mostrando a tal efecto información de un estudio estadístico realizado por la consultora Conecta Asociados S.A.C. (en adelante, Conecta), no obstante que el sabor no es un atributo mensurable; y,
 - (iv) el estudio efectuado por Conecta, por su naturaleza, presentaba defectos que impedían otorgarle valor científico.
3. Mediante Resolución 1 del 23 de julio de 2008, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en lo sucesivo, la Comisión) admitió a trámite la denuncia contra Ajeper imputando que la campaña cuestionada presuntamente buscaba transmitir el mensaje publicitario de que “Franca” y “Cristal” tienen un sabor equiparable, presentando información referida a un estudio estadístico que no sería susceptible de acreditar el referido mensaje, de naturaleza subjetiva.
4. En ese sentido, calificó los hechos como una presunta infracción del principio de veracidad en publicidad simple y en publicidad comparativa, supuestos contemplados en los artículos 4 y 8 del Decreto Legislativo 691, respectivamente; así como una presunta contravención del principio de lealtad por explotación de la reputación ajena, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 691, interpretado de acuerdo con el artículo 14 del Decreto Ley 26122.
5. En sus descargos presentados el 4 de agosto de 2008, Ajeper sostuvo que:
- (i) en los anuncios cuestionados no se afirma que los sabores de “Cristal” y “Franca” sean similares o indistinguibles, siendo que el mensaje que se desprende es que existió un empate técnico pues *“en una prueba ciega de sabor entre ‘Franca’ y ‘Cristal’, a una mitad de encuestados le gusta más el sabor de ‘Franca’ y a otra mitad el sabor de ‘Cristal’”*;
 - (ii) la campaña denunciada no calificaba como publicidad adhesiva sino que constituía publicidad comparativa puesto que: i) existía una referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a la de otro competidor (“Cristal”); y, ii) la finalidad de dicha referencia conjunta era “presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora (la preferencia de casi el 50% por el sabor de “Franca” sobre la base de una prueba técnica ciega de sabor realizada a 600 consumidores de cerveza)”;
 - (iii) Conecta realizó un tipo de prueba de uso común en el mercado (en adelante, Prueba de Preferencias), consistente en un estudio

cuantitativo que se ajustó a un estricto y detallado protocolo establecido en la “Paired Comparison Test (Internacional Method)” de la Sociedad Americana de Químicos Cerveceros¹, cuya observancia fue garantizada por un Notario Público; y,

- (iv) en el *scroll* del anuncio introductorio se informaba claramente a los consumidores de las características técnicas de las “pruebas ciegas” realizadas, por lo que no se inducía a error.
6. Mediante Memorando 639-2008/CCD de 8 de septiembre de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, la GEE) que informara si la Prueba de Preferencias presentada por Conecta puede servir de base estadística para informar, a nivel nacional, que las cervezas “Franca” y “Cristal” tienen un sabor similar o tienen el mismo nivel de aceptación en los consumidores.
7. En respuesta a dicha solicitud, la GEE remitió a la Secretaría Técnica de la Comisión el Informe 135-2008/GEE del 4 de noviembre de 2008, en el cual concluyó que la Prueba de Preferencias presentada por la imputada incurrió en una serie de errores metodológicos en su implementación. Asimismo, la GEE indicó que los resultados obtenidos habían sido usados incorrectamente, pues a partir de la prueba efectuada no era *“posible señalar que las dos [cervezas] demostraron tener un excelente sabor”*.
8. Dicho estudio fue debidamente notificado a Ajeper, quien presentó un escrito el 25 de noviembre de 2008, acompañando un documento elaborado por Conecta denominado “Análisis del Informe elaborado por la Gerencia de Estudio Económicos de Indecopi”, en el cual cuestionaba las conclusiones contenidas en el Informe 135-2008/GEE².
9. Mediante Memorando 0855-2008/CCD del 27 de noviembre de 2009, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la GEE que analice, de un lado, las observaciones formuladas por Ajeper al Informe 135-2008/GEE y, de otra parte, si el estudio de Conecta puede servir de base válida para afirmar la existencia de un “empate técnico”.
10. En atención a dicho requerimiento, la GEE emitió el Informe 176-2008/GEE del 22 de diciembre de 2008, en el cual se pronunció sobre las objeciones de

¹ American Society of Brewing Chemists.

² Sobre el particular, Ajeper manifestó que la GEE exigía la aplicación obligatoria de la Norma Técnica ISO 5495-2005 (Sensory Analysis – Methodology – Paired comparison test) para calificar la validez de los estudios efectuados por Conecta, a pesar de que este tipo de instrumentos son voluntarios. Asimismo, la denunciada señaló que las pruebas realizadas por Conecta eran del tipo denominado “Pruebas Hedónicas” o “Test del Consumidor”, por lo cual no se les aplicaba el marco de análisis establecido en la Norma Técnica ISO 5495-2005 invocada por la GEE. Finalmente, refirió que la participación de un notario público que de fe de lo acontecido era suficiente para validar el proceso seguido.

Ajeper, precisando que el estudio de Conecta había incurrido en algunas deficiencias de orden estadístico³ y procedimental⁴ que no permitían afirmar la existencia de un empate técnico. Asimismo, se reiteró en que los resultados obtenidos en el estudio habían sido usados incorrectamente, pues la cualidad “excelente” no fue materia de prueba. Finalmente, la GEE agregó como argumento adicional que la Prueba de Preferencias no se ajustaba a los estándares establecidos por las normas técnicas ASTM E 1958-07 Standard Guide for Sensory Claim Substantiation y ASTM E 2263-04 Standard Test Method for Paired Preference Test.

11. El 7 de enero de 2009, Ajeper presentó un escrito en el cual cuestionó las conclusiones del Informe 176-2008/GEE⁵. Sobre el particular, la denunciada manifestó haber definido los parámetros estadísticos necesarios y, asimismo, refirió que no era necesaria la presencia de un especialista adicional a un Notario. De otro lado, Ajeper sostuvo que no eran aplicables las normas técnicas referidas por la GEE, pues dichos instrumentos eran voluntarios.
12. Mediante Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Backus contra Ajeper por la infracción del principio de veracidad establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, así como por la infracción del principio de lealtad por explotación de la reputación ajena contenido en el artículo 7 del citado cuerpo legal e interpretado conforme el artículo 14 del Decreto Ley 26122; ordenó en calidad de medida complementaria el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores u otros de naturaleza similar en tanto presenten afirmaciones que no se encuentren sustentadas con medios probatorios idóneos y aludan a los productos de Backus con base en información que no tenga condición objetiva o no constituya un sustento válido; dispuso el pago de las costas y costos del procedimiento; y, sancionó a Ajeper con una multa de treinta y cinco (35) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
13. La Comisión sostuvo lo siguiente:
 - (i) el anuncio introductorio configura un supuesto de publicidad adhesiva, en tanto procura referir un “empate técnico” en las preferencias y equiparar el atributo del “excelente sabor” entre la cerveza “Franca” y “Cristal”, siendo que el estudio elaborado por Conecta era presentado

³ La GEE manifestó que Conecta no había fijado las variables estadísticas denominadas Error de Tipo I y Error de Tipo II al inicio del experimento.

⁴ Puntualmente, la ausencia de un especialista distinto de un notario que supervise la realización de las pruebas por las contingencias que pudieran aparecer.

⁵ Como sustento de su cuestionamiento adjuntó un nuevo informe elaborado por Conecta (ver a fojas 537 a 539 del expediente).

por Ajeper como *“una base supuestamente objetiva para arribar a la citada conclusión, que constituye el elemento central del mensaje publicitario”*;

- (ii) los anuncios radiales, gráficos y las pruebas de degustación son piezas publicitarias accesorias y complementarias elaboradas con el objeto de reforzar el mensaje contenido en el anuncio televisivo introductorio, constituyendo “invitaciones a comparar” dispuestas a efectos de romper el supuesto empate técnico;
 - (iii) conforme a las conclusiones contenidas en los dos informes elaborados por la GEE, el estudio de Conecta no era un sustento idóneo para acreditar la veracidad del mensaje adhesivo, pues no contaba con rigor metodológico para sustentar el supuesto “empate técnico” en las preferencias de los consumidores y, de otro lado, el que las cervezas “Franca” y “Cristal” tengan un “excelente sabor”; y,
 - (iv) la campaña “Desafío Franca” importa tanto la adhesión de “Franca” al atributo del excelente sabor supuestamente presente en la cerveza “Cristal”, como una invitación a comparar dicho atributo, propiciando la explotación indebida de la notoriedad y recordación obtenidas por el producto de Backus en sus más de cien años de comercialización.
14. El 26 de enero de 2009, Ajeper formuló apelación contra la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI reiterando lo alegado a lo largo del procedimiento y agregando lo siguiente:
- (i) la Comisión resolvió el caso sobre una interpretación distinta a la acogida en la Resolución de imputación de cargos, puesto que la denuncia se inició por haber transmitido como supuesto mensaje que “Franca” contaba con un sabor equiparable al de “Cristal”, y se resolvió considerando que Ajeper informó que “Franca” cuenta con el mismo “excelente sabor” que “Cristal”;
 - (ii) los anuncios posteriores a la pieza publicitaria introductoria no eran complementarios de ésta, pues no hacían referencia a que “Franca” compartiera con “Cristal” un excelente sabor. En ese sentido, eran meras invitaciones a comparar que, como tales, no se encontraban sujetas a las reglas de licitud aplicables a la publicidad adhesiva o comparativa y, por lo tanto, no configuraban un supuesto de explotación indebida de la reputación ajena;
 - (iii) la Comisión no abordó los cuestionamientos puntuales efectuados a los informes técnicos elaborados por la GEE;

- (iv) la medida complementaria dispuesta no era proporcional debido a que establecía restricciones relacionadas no solo con la cerveza “Cristal” sino respecto de los productos de Backus;
 - (v) solicitó que se deje sin efecto la orden de pago de costos y costas, y,
 - (vi) la multa de treinta y cinco (35) UIT era excesiva, debido a que la Comisión ha utilizado como argumento el supuesto grave daño causado a Backus, no obstante que dicha empresa ha reportado el incremento en su participación de mercado.
15. El 2 de marzo de 2009, Backus absolvió el traslado de la apelación y solicitó su adhesión al recurso interpuesto por Ajeper con la finalidad de que se aumente el monto de la multa dispuesta. La denunciante sustentó su petición en la mayor gravedad de la infracción y en el hecho que, para graduar la sanción, no se había hecho referencia a la publicidad implementada a través de las pruebas de degustación.
16. El 4 de junio de 2009, la imputada solicitó a la Sala que se le conceda el uso de la palabra. De igual manera, por escrito del 24 de junio de 2009, Backus pidió que se le otorgue la posibilidad de exponer oralmente sus argumentos.
17. El 6 de agosto de 2009, se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada, con la asistencia de los representantes de ambas partes, quienes reiteraron sus argumentos.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

18. Esta Sala debe determinar lo siguiente:
- (i) si la resolución apelada resolvió sobre la base de un mensaje publicitario distinto al imputado y, de ser el caso, si dicha circunstancia le ha producido alguna afectación a Ajeper;
 - (ii) si corresponde tener por adherida a Backus en el extremo que solicitó el incremento de la multa impuesta;
 - (iii) si corresponde confirmar la decisión de la Comisión de declarar fundada la denuncia contra Ajeper por la difusión de publicidad adhesiva ilícita, contraria a los principios de veracidad y lealtad;
 - (iv) en caso que se verifique la existencia de las infracciones declaradas por la Comisión, si el mandato de la medida complementaria resulta proporcional;

- (v) si corresponde ordenar el pago de las costas y costos en caso que se halle responsable a la denunciada; y,
- (vi) si la multa de treinta y cinco (35) UIT fue adecuadamente graduada, en caso que se constate una conducta infractora de Ajeper.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. El mensaje publicitario imputado y el mensaje publicitario determinado en la resolución apelada

- 19. Ajeper ha sostenido en su apelación que la Comisión emitió un pronunciamiento final sobre la base de un mensaje publicitario que fue incorporado de oficio en el trámite del procedimiento, y cuyo contenido difiere del imputado tanto en la denuncia de Backus como en la resolución de admisión a trámite. A criterio de la denunciada, dicha circunstancia constituía un vicio puesto que la autoridad administrativa no puede sustentar su decisión en una interpretación del anuncio publicitario distinta a la imputada en el admisorio de la denuncia.
- 20. De una revisión de los términos de la denuncia, se aprecia que Backus manifestó que los anuncios cuestionados transmitían a los consumidores la idea de que la cerveza “Franca” tiene un sabor equiparable o que es muy parecido al de la cerveza “Cristal”. El referido mensaje publicitario propuesto por la denunciante fue acogido por la Comisión, pues la Resolución 1 del 23 de julio de 2008 imputó los cargos a Ajeper señalando que los anuncios denunciados:

“(…) buscaban asociar los atributos subjetivos y no comprobables de las cervezas “Franca” y “Cristal”, relacionados con el sabor de ambas cervezas (...) buscarían transmitir la idea de que ambos productos tienen un sabor equiparable o ‘casi indistinguible’”. (subrayado agregado)

- 21. Por su parte, en la Resolución 004-20009/CCD-INDECOPI la Comisión consideró que las piezas publicitarias cuestionadas difundidas por Ajeper:

“(…) tienen como finalidad equiparar ambos productos [“Cristal” y “Franca”], informando a los consumidores que ambas cervezas tienen ‘un excelente sabor’, presentándose al estudio elaborado por Conecta como una base supuestamente objetiva para arribar a la citada conclusión, que constituye el elemento central del mensaje publicitario.” (subrayado agregado)

- 22. En los dos textos transcritos se constata un distinto contenido de los mensajes publicitarios, basado precisamente en el aspecto del “excelente sabor”. En efecto, si en la imputación de cargos la Comisión llanamente consideró como mensaje que los consumidores expuestos a la publicidad de

Ajeper entendían que “Franca” y “Cristal” son equiparables por tener el mismo o parecido sabor; en su pronunciamiento final estimó que el mensaje publicitario transmitido por la denunciada consistía en afirmar que “Franca” y “Cristal” son equiparables por haber demostrado tener el mismo “excelente sabor”.

23. El mensaje publicitario denunciado y recogido en el acto administrativo que dio inicio al presente procedimiento sancionador difiere del mensaje publicitario plasmado en el acto administrativo por el cual la Comisión dio fin al procedimiento en primera instancia, específicamente, por la referencia al “excelente sabor”. En ese sentido, conviene analizar si dicha circunstancia le ha producido a Ajeper una eventual afectación al debido procedimiento.
24. Entre los mínimos procesales que conforman el contenido esencial del debido procedimiento se encuentra el derecho a obtener una decisión motivada, derecho que, a su vez, se encuentra conformado entre otros principios por el de congruencia⁶.
25. En el marco de un procedimiento administrativo, el deber de congruencia no implica la sujeción de la autoridad a resolver en virtud de lo estrictamente alegado por las partes. Como señala el profesor Morón Urbina, *“el acto de inicio (petición o resolución administrativa) del procedimiento no produce el efecto delimitador del contenido de las siguientes actuaciones procesales, como sucede en el proceso judicial. Por ello, la Administración debe pronunciarse no solo sobre lo planteado en la petición inicial, sino también sobre otros aspectos que hayan surgido durante la tramitación del expediente, provengan del escrito inicial, de modificaciones cuantitativas o cualitativas posteriores al petitorio, o de la información oficial a que se tuviere acceso y consten en el expediente.”*⁷
26. En tal sentido, la necesidad de arribar a un pronunciamiento acorde con el Principio de Verdad Material⁸ genera que sea el contenido mismo del

⁶ En esta línea, en la Sentencia recaída en el Expediente 8327-2005-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha manifestado que “(...) por lo que se refiere a la denuncia de violación del principio de congruencia, este Tribunal ha recordado que, en efecto, el respeto de dicho principio procesal forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones (...)”.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 77.

⁸ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo IV.- Principios del Procedimiento Administrativo**

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

(...)

1.11. Principio de Verdad Material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

(...)

expediente y no los extremos planteados por el administrado denunciante⁹ – aun cuando hayan sido recogido en la resolución inicial– lo que constituya el verdadero límite del requisito de congruencia de las resoluciones administrativas.

27. Lo que afecta el debido procedimiento del administrado sería que la autoridad administrativa decida sobre aspectos respecto de los cuales el denunciado no ha mostrado su parecer. En otras palabras, la autoridad puede e incluso debe incorporar aspectos no deducidos en la petición inicial, siendo que viciaría de nulidad su pronunciamiento en caso no conceda al administrado imputado la posibilidad de formular de manera adecuada sus alegaciones.
28. El razonamiento expuesto se encuentra recogido expresamente en el propio artículo 5.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁰, en el cual se establece que el objeto o contenido de un acto administrativo debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue la posibilidad de exponer su posición al administrado.
29. A diferencia de los pronunciamientos invocados por Ajeper en su apelación¹¹, en el presente caso el elemento del “excelente sabor” respecto del cual son supuestamente equiparables “Franca” y “Cristal” no apareció de manera sobrevenida en la resolución que dio fin al procedimiento en primera instancia. En efecto, la imputada fue puesta en conocimiento de esta precisión del mensaje publicitario el 7 de noviembre de 2008, con ocasión de la notificación del Informe 135-2008/GEE¹². Luego de ello, Ajeper contó con más de dos meses hasta la expedición de la Resolución 004-2009/CCD-

⁹ Por el Principio de Verdad Material, “(...) la Administración debe ajustarse a los hechos reales, a la verdad material prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no, resulta que la carga procesal de averiguar esos hechos y cualesquiera otros que resulten necesarios para la correcta solución del caso, recae sobre ella. Si la decisión administrativa no se ajusta a tales hechos reales, aunque ello resulte de una falta de información no subsanada por el particular, el principio de la verdad material lleva a igual conclusión: el acto que no se ajusta a la verdad de los hechos se encuentra viciado”. (subrayado agregado) GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 4: El Procedimiento Administrativo. Lima: Ara Editores, 2003, pp. VII-2 – VII-3.

¹⁰ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, 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 éstos que hayan sido apreciadas de oficio, siempre que otorgue posibilidad de exponer su posición al administrado y, en su caso, aporten las pruebas a su favor.

¹¹ Ajeper hizo específica referencia a la Resolución 0499-2008/TDC-INDECOPI del 12 de marzo de 2008 y a la Resolución 044-2008/TDC-INDECOPI para sustentar este extremo de su impugnación. En dichos pronunciamientos, la Sala declaró la nulidad de las resoluciones de la Comisión tras constatar que recién en el pronunciamiento definitivo se contempló un mensaje publicitario distinto del imputado.

¹² Ver cargo de notificación a foja 383 del expediente.

INDECOPI para formular pruebas y deducir sus alegaciones contra el aspecto particular del “excelente sabor”; advirtiéndose, por ejemplo, que en su escrito del 25 de noviembre de 2008 ejerció su derecho de defensa sobre este elemento concreto en los siguientes términos:

“(…) [se] indica que se habría hecho un uso incorrecto de los resultados del Experimento Franca, pues de este sólo sería posible afirmar cual es la proporción de los consumidores que prefiere una u otra cerveza, no siendo posible señalar que las dos demostraron un excelente sabor. Nuevamente, la Gerencia de Estudios Económicos realiza una apreciación errónea, incluso sin realizar un análisis integral y superficial del anuncio materia de denuncia, de donde se desprende claramente que siendo el resultado de la prueba ciega de sabor un empate técnico, es decir, que el sabor de las dos cervezas ha sido preferido por una proporción similar de consumidores que participaron en la prueba; es válido mencionar como una apreciación de que ambas cervezas tienen un excelente sabor, por lo que no se induce a error a los consumidores.”
(subrayado agregado)

30. Del texto precitado se aprecia que Ajeper ha ejercido su derecho de defensa respecto del elemento del “excelente sabor”, señalando concretamente que su uso es lícito pues, a su criterio, dicha frase resulta un elemento marginal una vez efectuada una interpretación integral y superficial del anuncio.
31. En consecuencia, durante el trámite del procedimiento la autoridad administrativa encargada de la instrucción advirtió el aspecto del “excelente sabor” a partir del Informe 135-2008/GEE y de la revisión de los anuncios que obran en el expediente, verificándose que Ajeper ejerció debidamente su defensa sobre dicho elemento introducido de oficio.
32. Bajo las razones expuestas, corresponde desestimar los argumentos deducidos por Ajeper en este extremo de su apelación.

III.2. La adhesión a la apelación solicitada por Backus

33. En su escrito presentado el 2 de marzo de 2009, Backus solicitó su adhesión al recurso de apelación interpuesto por Ajeper en el extremo de la multa impuesta. En dicha oportunidad, precisó que el monto de treinta y cinco (35) UIT que la Comisión impuso como sanción no se condecía con la gravedad de la infracción –que implicaba el aprovechamiento indebido de la reputación de Cristal–. Asimismo, precisó que se había omitido considerar la publicidad implementada a través de pruebas de degustación a efectos de graduar la sanción aplicable a Ajeper por la difusión de la campaña “Desafío Franca”.
34. La Directiva 002-1999/TRI-INDECOPI establece que la adhesión a la apelación tiene lugar cuando una resolución produce agravio a más de una parte que interviene en un procedimiento, constituyendo un instituto procesal

que permite que la parte que no apeló busque que el superior jerárquico reforme la decisión expedida en su propio beneficio y en contra de la parte apelante.

35. El Código Procesal Civil, de aplicación supletoria a este tipo de procedimientos¹³, establece como requisito para la interposición de un medio impugnatorio que el fallo recurrido ocasione algún agravio al recurrente, esto es, que lo perjudique respecto de algún interés tutelable¹⁴.
36. En el caso de un procedimiento por infracción a las normas que reprimen los comportamientos desleales, el denunciante interviene pues tiene interés en que cese la conducta presuntamente ilícita; de este modo, su pretensión está dirigida a que la Comisión califique la conducta como una infracción y que dicte las medidas correctivas para que cesen los efectos perjudiciales de la presunta conducta infractora¹⁵.
37. En este contexto, los límites de la actuación del denunciante se ponen de manifiesto en lo que respecta al monto de la multa impuesta por la Comisión. En efecto, el interés del denunciante, aunque pueda involucrar la declaración de una conducta como infracción y estar dirigido a obtener su cesación o no ocurrencia, no alcanza al monto específico de la sanción impuesta, dado que la determinación de su magnitud no representa en modo alguno una pretensión legítima por parte de un particular. Debe recordarse que la sanción administrativa persigue una finalidad pública por parte del Estado, como es desincentivar conductas ilícitas, y no un afán retributivo por parte de un particular.
38. En este contexto, es de notar que Backus no ha cuestionado en su solicitud de adhesión a la apelación el que la Comisión no haya declarado la ilegalidad de alguna conducta desarrollada por Ajeper o que no existiera un mandato

¹³ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL. DISPOSICIONES FINALES. PRIMERA.-** Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

¹⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL Artículo 356.- Clases de medios impugnatorios.-** Los remedios pueden formularse por quien se considere agraviado por actos procesales no contenidos en resoluciones. La oposición y los demás remedios sólo se interponen en los casos expresamente previstos en este Código y dentro de tercero día de conocido el agravio, salvo disposición legal distinta.

Los recursos pueden formularse por quien se considere agraviado con una resolución, o parte de ella, para que luego de un nuevo examen de ésta, se subsane el vicio o error alegado.

Artículo 358.- Requisitos de procedencia de los medios impugnatorios.- El impugnante fundamentará su pedido en el acto procesal en que lo interpone, precisando el agravio y el vicio o error que lo motiva. El impugnante debe adecuar el medio que utiliza al acto procesal que impugna.

¹⁵ A partir de la configuración del procedimiento administrativo sancionador, se considera que la intervención del denunciante y/o del interesado en este tipo de procedimientos está destinada a la tutela de la legalidad. Como señala Soriano, "(...) el interés legítimo perseguible en estos supuestos no es otro que el de la mera actuación y aplicación de la legalidad. Es decir, que para el sujeto interesado en la apertura de un expediente frente a un tercero es el puro cumplimiento de la Ley el que le otorga la satisfacción solicitada." SORIANO, José Eugenio. *Derecho Público de la Competencia*. Madrid: Idelco y Marcial Pons, 1998, p. 425.

de cesación al respecto. Ciertamente, el denunciante ha cuestionado la no inclusión de los anuncios consistentes en las pruebas de degustación de “Franca” únicamente para solicitar el aumento de la sanción impuesta y no a efectos de impugnar algún aspecto respecto del cual tenga un interés por el agravio generado¹⁶.

39. Dado que la facultad de imponer sanciones y determinar su cuantía se restringe al Estado, y en vista que los particulares no se benefician de la multa impuesta, corresponde declarar improcedente el recurso de adhesión a la apelación presentado por Backus.

III.3. El mensaje publicitario de los anuncios cuestionados

40. El artículo 2 del Decreto Legislativo 691 es el que establece las pautas de interpretación de los anuncios, precisando que su análisis se debe efectuar de manera integral y teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influido mediante un examen superficial de la pieza publicitaria, tomando a partir del significado que en conjunto un consumidor atribuiría a todos los elementos comprendidos en el anuncio¹⁷.
41. La diversificación de los productos y servicios ofrecidos en el mercado, los intereses particulares de los consumidores y las características de los medios de comunicación generan que los anunciantes opten por una estrategia de medios. Así, los agentes económicos deciden articular su estrategia de mercadotecnia respecto de un producto o servicio determinado recurriendo a diversos recursos, como lo son los anuncios televisivos, gráficos, radiales u otros mecanismos de promoción no convencional.
42. En algunos casos, la difusión de varios anuncios de los mismos productos y servicios por un anunciante, en un espacio geográfico y temporal determinado, a través de diversos medios de comunicación, al ser aprehendidos complementariamente permiten verificar la existencia de un mismo mensaje publicitario destinado a promover directa o indirecta la adquisición de productos o contratación de servicios. En aquellos supuestos en que se compruebe este único “paquete informativo y persuasivo”, la

¹⁶ Resulta pertinente señalar que dicha modalidad publicitaria fue inclusive merituada por la Comisión al abordar el análisis de la responsabilidad de Ajeper y disponer las medidas complementarias. En efecto, este tipo de anuncios fue expresamente descrito en la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI en el apartado 2.3.

¹⁷ **NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 2.-** Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados. Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros.

autoridad administrativa estará frente a una unidad de análisis denominada campaña publicitaria¹⁸.

43. En la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI, la Comisión señaló que los anuncios cuestionados por Backus (descritos en el ANEXO 1) podían ser divididos en dos tipos: la pauta televisiva introductoria y los anuncios posteriores. No obstante aceptar la existencia de anuncios de naturaleza distinta, la Comisión estimó que ambos tipos de anuncios debían ser analizados de manera complementaria, pues de una revisión conjunta se podía advertir un único mensaje, conforme al cual se transmitía que las cervezas “Franca” y “Cristal” eran equiparables por haber demostrado tener un “excelente sabor” en la Prueba de Preferencias llevada a cabo por la consultora contratada por Ajeper; siendo de cargo de los consumidores romper el referido empate.
44. Ajeper, si bien estuvo de acuerdo con la Comisión en dividir los anuncios en dos tipos, alegó en su apelación que la pauta televisiva introductoria era la única que a su juicio aludía al empate técnico entre “Franca” y “Cristal”, puesto que los anuncios posteriores eran meras invitaciones a comparar que no transmitían el mismo mensaje cuestionado. Para la apelante, de los anuncios cuestionados únicamente se desprendía *“la existencia de un empate técnico”* entre “Franca” y “Cristal” en la Prueba de Preferencias de sabor, y *“que es al consumidor al que le toca romper ese empate para lo cual los invita a participar en el Desafío Franca”*.
45. Con ocasión de la promoción de su cerveza “Franca”, Ajeper desplegó desde el 11 de julio de 2008 una estrategia publicitaria que se tradujo en la emisión simultánea de dos diferentes anuncios televisivos, una pieza publicitaria radial, paneles en paraderos, así como la utilización de pruebas de degustación.
46. A juicio de esta Sala, estos anuncios, efectivamente, podían ser divididos en dos tipos de acuerdo con la información que se desprende de su contenido.
47. Así tenemos que en la pieza publicitaria introductoria, el elemento central consiste en afirmar que, en una prueba técnica o científica, los consumidores encuestados arribaron a un similar nivel de preferencias entre “Cristal” y “Franca”, habiendo incluso constatado que ambas cervezas contaban con un “excelente sabor”. En efecto, el elemento del empate técnico obtenido en un test de preferencias es respaldado por el uso de diversas imágenes, como son la aparición de dos figuras de *chopps* lado a lado a las cuales se superpone la

¹⁸ Cabe señalar que con independencia de que se verifique la existencia de un único mensaje, de conformidad con el precedente de observancia obligatoria aprobado por Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI, ello no enerva el hecho que la información cuya ausencia pueda inducir a error a los consumidores deba figurar en los diversos anuncios publicitarios de una campaña pues los consumidores no necesariamente están expuestos a todos los medios que conforman una campaña.

palabra “empate”, o la recreación de la prueba realizada en una secuencia del anuncio.

48. Asimismo, a criterio de esta Sala la frase “*Ambas demostraron tener un excelente sabor*” referida en la pauta publicitaria, no constituye un elemento marginal que no sea captado por los consumidores como pretende sostener Ajeper, pues es mencionada de manera enfática por el personaje presentador del anuncio, transmitiendo la idea de que dicho elemento en particular ha sido también mensurado en la Prueba de Preferencias, comprobándose que ambas cervezas tienen el mismo “excelente sabor”.
49. Por su parte, los demás anuncios concuerdan en un punto central, cual es el transmitir a los consumidores la propuesta de probar el sabor de “Franca” para compararlo con “Cristal” y elegir cuál es la cerveza de su preferencia, rompiendo así el supuesto empate comunicado en el anuncio televisivo introductorio. “Prueba, compara y elige” constituye la frase que se consigna de manera recurrente en los paneles gráficos y es también la misma frase utilizada en la pauta radial.
50. No obstante esta división artificial, a criterio de esta Sala los anuncios que secundaron a la pieza televisiva introductoria tuvieron un carácter estrictamente complementario de ésta, pues sirvieron para reforzar la idea de la existencia de un empate en el cual se verificó el excelente sabor de “Franca” y “Cristal”. La invitación en la segunda pieza publicitaria televisiva a realizar una prueba de sabor para romper un supuesto empate –que no puede ser otro que el predicado respecto del excelente sabor que supuestamente compartía el producto de Ajeper con “Cristal”–, así como la utilización de la cerveza “Cristal” en las pruebas de degustación realizadas en la vía pública, confirman la referencia específica al supuesto empate técnico de “Franca” con el producto de Backus.
51. La estrategia de Ajeper de invitar a comparar el sabor para así establecer preferencias y romper un supuesto empate solo cobra racionalidad en la medida que el anunciante ha transmitido que existe un empate respecto de un competidor del mercado (en este caso, “Cristal”). De lo contrario, frases como “*¿Ya te animaste a romper el empate?*” –utilizada en la segunda pauta televisiva– carecerían de contenido informativo para los consumidores, quienes no entenderían a qué empate se hace referencia.
52. Bajo lo señalado, queda claro que los anuncios posteriores a la pieza inicial no son meras piezas aisladas, sino que constituyen parte de una única campaña publicitaria donde cada anuncio está dispuesto de manera interdependiente. En efecto, si vistos de forma desligada de la pauta televisiva introductoria los anuncios posteriores son solo meras invitaciones a

confrontar mercancías¹⁹, no sujetas por su distinta naturaleza a las pautas de enjuiciamiento aplicables a la publicidad comparativa o adhesiva; en el contexto de la campaña publicitaria que hemos descrito, son anuncios de refuerzo que sirven para transmitir como mensaje publicitario la existencia de una prueba técnica que arrojó como resultado una situación de equiparidad que se traduce en un supuesto empate entre “Cristal” y “Franca” en las preferencias de los consumidores, habiéndose en dicha prueba determinado que ambas cervezas tienen un mismo “excelente sabor”.

III.4. La publicidad adhesiva

53. Conforme al mensaje publicitario descrito en el apartado precedente, esta Sala aprecia que a través de la campaña publicitaria “Desafío Franca”, Ajeper procura equiparar su cerveza con la comercializada por Backus, informando a los consumidores que “Franca” sería equiparable a “Cristal” en tanto compartiría la cualidad de tener un “excelente sabor”, según lo observado en pruebas de sabor en las cuales los encuestados reflejaron un similar nivel de preferencias.
54. Esta asimilación de características entre “Franca” y “Cristal” efectuada en la campaña publicitaria denunciada permite verificar un supuesto de publicidad adhesiva, modalidad publicitaria por la cual *“el anunciante equipara los productos o servicios propios a los productos o servicios del competidor; con el fin de aprovecharse del goodwill y renombre de que gozan las mercancías del competidor, el anunciante resalta, por diferentes medios, las características comunes a sus mercancías y a las mercancías del competidor”*²⁰.
55. El género publicitario de la publicidad adhesiva es claramente distinguible de la publicidad comparativa. La Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2003, que aprobó un precedente de observancia obligatoria acerca de la licitud de la publicidad comparativa, señaló lo siguiente sobre ambas figuras:

“(…) si bien es cierto que ambas –la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva– contienen una referencia conjunta al producto anunciado y al

¹⁹ Como sostiene Tato Plaza, “(…) es claro que la invitación a comparar no puede ser calificada, normalmente, como publicidad comparativa. En la invitación a comparar, en efecto, el anunciante se limita a incitar al público a que compare sus productos con los competidores. Por lo tanto, no hace el mismo la comparación, sino que deja ésta en manos del público; el anunciante se limita a solicitar a los consumidores que confronten las distintas ofertas.” TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 55.

En la misma línea, Lorenzetti señala que por la invitación a comparar “el anunciante invita al público para que compare, limitándose a solicitar a los consumidores que comparen las distintas ofertas. No es publicidad comparativa”. LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Volumen 3. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2000, p. 110.

²⁰ FERNÁNDEZ NÓVOA, Carlos citado por TATO PLAZA, Anxo; *Op. cit.*; p. 45.

producto competidor, es más cierto aún que en la publicidad comparativa, la finalidad de dicha referencia conjunta es la diferenciación de ambas ofertas a fin de resaltar las ventajas propias frente a las desventajas del competidor; mientras que, por el contrario, en la publicidad adhesiva, la finalidad de la referencia conjunta es la equiparación de ambas ofertas, es decir, resaltar las semejanzas y negar las diferencias.”

56. Establecer la referida distinción resulta necesario pues, a lo largo del procedimiento, Ajeper ha señalado que la publicidad cuestionada configura un supuesto de publicidad comparativa y no de publicidad adhesiva. A su criterio, no existiría una mera equiparación de ofertas sino una referencia a “Cristal” con el objeto de resaltar la ventaja de “Franca”, cuál es la “preferencia de casi el 50% por el sabor de Franca sobre la base de una prueba técnica de sabor realizada a 600 consumidores de cerveza”.
57. El que “Franca” obtenga el 50% de las preferencias en el marco de la Prueba de Preferencias realizada con la cerveza “Cristal” no refleja algún tipo de ventaja comparativa a su favor, pues presupone que “Cristal” cuenta con el otro 50% de preferencia. Más bien, muestra la existencia de un equilibrio o empate del cual no resulta posible asumir diferencial competitivo alguno y colocando al producto “Franca” en un escenario de preferencias asimilable al de “Cristal”, acentuando la similitud y negando las diferencias, lo cual es propio de la definición de publicidad adhesiva que hemos referido en líneas precedentes.
58. Ahora bien, la Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI señala que la equiparación de ofertas basada en hechos comprobables en la realidad, y que, a la vez, sea veraz, no calificará como un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Esto último debido a que una equiparación de naturaleza objetiva, en la medida que sea comprobada, cumple una función informativa, produciendo un efecto beneficioso sobre el mercado al reducir las asimetrías y los costos de búsqueda de información para el consumidor. Conforme a esta interpretación, recogida y precisada en el Decreto Legislativo 1044 actualmente vigente²¹, solo los mensajes publicitarios adhesivos que se

²¹ **LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 11.- Actos de denigración.-**

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

Artículo 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.-

basen en aspectos eminentemente subjetivos o aquellos que, siendo objetivos, no se encuentren suficientemente sustentados, serán ilícitos e implicarán un aprovechamiento indebido de la reputación del competidor equiparado.

59. En el presente caso, la referencia al atributo del “excelente sabor” sobre el cual se efectúa la adhesión de las ofertas no se establece a “juicio del anunciante”, sino que se predica sobre la base de una Prueba de Preferencias en la que se habría obtenido dicho resultado. Es por esta referencia a un estudio técnico en el cual se habría comprobado dicha condición que el mensaje publicitario de la campaña cobra carácter objetivo. Por ello, corresponde en el siguiente apartado analizar si es que la Prueba de Preferencias que sustenta la campaña “Desafío Franca” cuenta con la suficiente rigurosidad en su implementación y en la utilización de sus conclusiones.

III.5. El cumplimiento del requisito de veracidad en la publicidad adhesiva cuestionada

60. La Comisión se valió de las conclusiones expresadas por la GEE en sus dos informes técnicos para sustentar su análisis sobre la rigurosidad de la metodología, procedimientos seguidos y utilización de las conclusiones del Estudio de Locación Central (Prueba de Preferencias) realizado por Conecta, consultora contratada por Ajeper. De tal manera, la primera instancia refirió en la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI que hacía suyas las conclusiones contenidas en los Informes 135-2008/GEE y 176-2008/GEE, pues dichos estudios demostraban que la Prueba de Preferencia no contaba con el rigor metodológico para sustentar, de un lado, que existe un “empate técnico” entre las preferencias de los consumidores de “Franca” y “Cristal” y, de otro lado, que dichas cervezas comparten la característica de tener un “excelente sabor”.
61. Ajeper ha puesto de relieve en su impugnación que la Comisión emitió un pronunciamiento sin abordar los cuestionamientos efectuados a las conclusiones contenidas en los Informes 135-2008/GEE y 176-2008/GEE. En particular, Ajeper refirió que a pesar de que su escrito presentado el 7 de enero de 2009 se encontraba acompañado de un informe de Conecta en el cual se rebatían las objeciones formuladas por la GEE, la Comisión había decidido de manera definitiva sin valorarlos.

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal. (subrayado agregado)

62. En el mencionado escrito, Ajeper cuestionó la utilización en el Informe de la GEE de tres normas técnicas, a saber: (i) la Norma ISO 5495:2005 Sensory Analysis – Methodology – Paired Comparison Test; (ii) la Norma ASTM International Designation: E 1958 – 07 Standard Guide for Sensory Claim Substantiation; y, (iii) la Norma ASTM International Designation: E 2263 – 04 Standard Test Method for Paired Preference Test.
63. A criterio de Ajeper, estas normas técnicas no le resultaban aplicables por no ser instrumentos de naturaleza obligatoria, por lo cual el único elemento que debía analizarse era el seguimiento del protocolo utilizado por Conecta, recogido en la “Paired Comparison Test (International Method)”²². En ese contexto, Ajeper precisó que los requisitos vinculados a la necesidad de fijar un parámetro estadístico válido (error Tipo I y Tipo II²³) y contar con un especialista aparte del notario que supervise el desarrollo de las pruebas – establecidos por la GEE en sus informes– no le resultaban exigibles a efectos de calificar la rigurosidad de sus estudios.
64. La primera instancia emitió un pronunciamiento definitivo sin desarrollar los cuestionamientos puntualmente deducidos por Ajeper en su escrito del 7 de enero de 2009. En efecto, la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI no expresó, por ejemplo, por qué se consideraba imprescindible que la Prueba de Preferencias defina los parámetros estadísticos de Tipo I y Tipo II y no bastaba, como sostuvo Ajeper, que se fije solo el error de Tipo I antes de llevar a cabo la Prueba de Preferencias. De la misma manera, no rebatió por qué resultaría necesaria la supervisión de un especialista adicional al notario, no obstante que los tests de preferencias resultaban estudios cotidianos en los cuales supuestamente no se requería de la participación de personal especializado.
65. Sin embargo, aún cuando la Sala advierte que en la resolución recurrida se omitió analizar las referidas objeciones, esto no causa la nulidad del pronunciamiento administrativo de la primera instancia. Ello en aplicación del artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General que dispone que el acto administrativo debe conservarse en caso se verifique que aún cuando no se hubiese incurrido en el vicio detectado su sentido se mantendría inalterable²⁴. En efecto, como se desarrollará a continuación, aún

²² Cuya traducción obra de fojas 357 a 359 del expediente.

²³ El error de tipo I se encuentra definido como la probabilidad de concluir que determinados resultados son ciertos cuando en realidad no lo son. El error de tipo II es la probabilidad de asumir que los resultados encontrados no son concluyentes cuando en realidad sí lo son. Cfr: PAGANO, Robert R. *Estadística para las ciencias del comportamiento*. México D.F.: Thomsom, Séptima edición, 2006, p. 220.

²⁴ **LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 14.- Conservación del acto**
(...)

14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:

valorando los cuestionamientos formulados por Ajeper en su escrito del 7 de enero de 2009 (y el informe adjunto de Conecta), no queda desvirtuada su responsabilidad administrativa declarada por la primera instancia en la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI.

66. Ello es así, en primer lugar, porque los dos informes elaborados por la GEE no han fundamentado la necesidad de definir los parámetros estadísticos de Tipo I y II y de contar con un especialista supervisor a partir de las normas técnicas cuya aplicación discute la denunciada, sino en criterios generales propios de la estadística y de la metodología aplicable a la realización de pruebas científicas. En otras palabras, el rigor metodológico requerido por la Comisión no se basó en el protocolo de las normas ISO y ASTM referidas en el punto 62, sino en requisitos científicos mínimos que resultan aplicables a todo tipo de estudios de esta naturaleza.
67. Es por ello que, en relación con la necesidad de contar con un especialista, el Informe 176-2008/GEE ha sido concluyente al mencionar lo siguiente:

“Si bien en los tests hedónicos no se requieren de evaluadores expertos, el protocolo no puede ser aplicado por cualquier persona no experta puesto que durante el desarrollo del experimento se presentan contingencias no previstas que requieren de ser resueltas por personal experimentado, y no por un notario que simplemente da fe de hechos contenidos en un protocolo propuesto por la empresa Conecta”

(...)

“Bajo el supuesto que, efectivamente se hubiese seguido un ‘estricto y detallado protocolo elaborado a partir de los estándares establecidos en el ‘Paired Comparison Test’ (...) la Gerencia se reafirma en afirmar que no es suficiente la validación del proceso del Experimento Franca mediante un notario debido a que se trata de un proceso de carácter técnico.” (subrayado agregado)

68. No obstante que Ajeper alega que no son de aplicación las normas técnicas invocadas por la GEE, ha recurrido al texto de la norma ASTM 2263-04 para sustentar que supuestamente dicho instrumento no establece la necesidad de contar con un experto adicional al notario que supervise la realización de las pruebas. Sin embargo, ello no es correcto pues de una revisión del protocolo descrito en dicha norma técnica únicamente se refiere que para llevar a cabo las pruebas de preferencias se requiere de participantes de habilidades mínimas, esto es, que los encuestados pueden no contar con un determinado *expertise*²⁵. Sin embargo, ello no importa afirmación alguna

(...)

14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.

(...)

²⁵ En el punto 1.7 de la referida norma técnica se señala que “Una prueba de preferencia pareada es una tarea simple para los encuestados, y puede ser utilizada con poblaciones con habilidades mínimas de lectura o comprensión, o de 20/32

vinculada a la experiencia de los encuestadores o investigadores supervisores.

69. En cuanto a la determinación de los parámetros estadísticos, es preciso recalcar la importancia de definir en este tipo de estudios no solo la variable de Tipo I sino la variable de Tipo II. Por ejemplo, el profesor Pagano señala respecto de la relevancia de ambas variables: “(...) consideramos que *es muy importante conocer todos los posibles errores que podríamos cometer al deducir las conclusiones de un experimento*. Por el análisis anterior sabemos que solo existen dos posibilidades a ese respecto: un error de tipo I o un error de Tipo II. Al saber que estos errores son posibles podemos diseñar los experimentos, antes de realizarlos, con el fin de minimizar la probabilidad de cometer un error de tipo I o tipo II. Cuando minimizamos la probabilidad de cometer estos errores, maximizamos la probabilidad de sacar la conclusión correcta, independientemente de que la hipótesis nula sea verdadera o falsa”. (subrayado agregado)²⁶.
70. Ajeper ha señalado que, si bien fijó el parámetro de error de Tipo I, no definió el error de Tipo II pues no lo consideraba relevante para el tipo de prueba realizada. Dado que definir ambas variables resulta imprescindible al momento de diseñar un estudio estadístico como el realizado, esta Sala respalda la conclusión de la GEE respecto de la falta de rigor en el diseño de la Prueba de Preferencias por parte de Conecta²⁷.
71. Con independencia de que los errores técnicos desarrollados impiden afirmar la existencia de un “empate técnico” en las preferencias, resulta relevante señalar que –en un escenario en el cual la prueba de Conecta haya seguido los patrones mínimos requeridos por la ciencia estadística– de igual manera el mensaje adhesivo difundido por Ajeper carecería de sustento pues la Prueba de Preferencias no sujetó a medición el elemento del “excelente sabor” que aparece expresado de manera enfática y notoria en el anuncio introductorio de la campaña.
72. Así, resulta pertinente citar lo referido por la GEE en el Informe 135-2008/GEE:

“Finalmente, consideramos que independientemente de lo señalado anteriormente, se ha hecho un uso incorrecto de los resultados del Experimento

ambas”. Traducción libre del siguiente texto: “A paired preferente test is a simple task for respondents, and can be used with populations that have minimal reading or comprehension skills, or both.”

²⁶ PAGANO, Robert. *Ibídem*; p. 221.

²⁷ En las conclusiones del Informe 176-2008/GEE, se estableció que “Los valores de los parámetros estadísticos debieron haberse definido previo al experimento para así definir el número de resultados válidos (...) en consecuencia, por el lado estadístico asociado al experimento tampoco es posible indicar que existe un empate técnico”.

Franca, pues de éste sólo es posible afirmar cual es la proporción de consumidores que prefiere una u otra cerveza, no es posible señalar que 'las dos demostraron tener un excelente sabor'. (subrayado agregado)

73. Como señalamos en el punto 29 de la presente resolución, Ajeper no ha acreditado en el expediente haber medido en la Prueba de Preferencias la magnitud con que era percibido el sabor por los consumidores, pues como se aprecia de una revisión del acta notarial que obra de fojas 247 a 284, la única interrogante planteada en el marco del estudio fue “¿Qué sabor prefiere”, y no así qué percepción tiene el encuestado del sabor que prefiere. Por tanto, el objeto de la prueba se reducía a conocer cual era la proporción de consumidores que prefería una u otra cerveza, mas no estableció algún procedimiento o pregunta destinado a corroborar el supuesto “excelente sabor” que en la publicidad cuestionada “Franca” refiere compartir con “Cristal”.
74. En el escenario descrito, se aprecia que los consumidores podrían verse inducidos a error. Por estas consideraciones, corresponde confirmar la resolución que declaró fundada la denuncia por contravención del artículo 4 del Decreto Legislativo 691²⁸ al haberse verificado el incumplimiento del principio de veracidad en la publicidad adhesiva cuestionada.

III.6. La explotación indebida de la reputación ajena

75. La configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación indebida de la reputación ajena prevista en el artículo 14 del Decreto Ley 26122 requiere que a través de la realización de una determinada conducta se explote la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro agente en el mercado. Bajo esta figura, el infractor se aprovecha indebidamente de las ventajas de la reputación, mediante el empleo de una estrategia de identificación que permite asociar la iniciativa ajena con sus productos²⁹.
76. La reputación empresarial es el reflejo de las eficiencias económicas que logra un agente en el mercado a lo largo del desarrollo de su actividad empresarial. Construir una buena reputación en el mercado cuesta, pues implica desarrollar estrategias comerciales diversas, como promociones,

²⁸ **NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 4.-** Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. (...)

²⁹ **LEY SOBRE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 14.- Explotación de la reputación ajena.-** Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En particular, se reputa desleal el empleo o imitación de signos distintivos ajenos, así como el empleo de etiquetas, envases, recipientes u otros medios de identificación que en el mercado se asocien a un tercero.

control de calidad, entre otras. En ese contexto, si otro competidor simplemente “parasitara” la reputación del agente posicionado sin incurrir en costo alguno, éste tendría menos incentivos para desarrollar un producto de determinada calidad que satisfaga a los consumidores. Es por ello que la legislación reprime que la reputación empresarial desarrollada por un agente sea aprovechada indebidamente por otros concurrentes que no han obtenido por medios similares este prestigio o posición en el mercado.

77. Proteger la reputación generada por un concurrente en el mercado resulta también relevante porque reduce los niveles de asimetría informativa entre consumidores y productores. Ciertamente, la reputación empresarial brinda indicios acerca de una calidad uniforme de un producto. Es por ello que una vez generada cierta reputación, los consumidores reducirán los costos de búsqueda de información acerca de la calidad del bien, pues sabrán qué estándar guarda determinado producto con el solo hecho de saber su origen empresarial. De tal manera, si se permitiera que un competidor se aprovechara indebidamente de esta reputación, probablemente los consumidores –al verificar que el producto no guarda el mismo estándar de siempre– reducirían su confianza en la capacidad informacional de esta reputación empresarial³⁰.
78. Para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación indebida de la reputación ajena se requiere: (i) la preexistencia de una reputación asociada a un bien, servicio, marca o algún aspecto de la actividad empresarial de un agente económico, que resulte identificable para los consumidores; y, (ii) una conducta que explote esta reputación por medios distintos a la eficiencia económica.
79. Esta Sala ha determinado que, a través de la campaña publicitaria desplegada, Ajeper ha aludido a “Cristal” con el objeto de equipararse a dicho competidor. En efecto, el “Desafío Franca” propuso la adhesión de “Franca” a “Cristal” a partir de una prueba técnica indebidamente implementada, que sirvió como supuesto respaldo de un inexistente rasgo: el empate en la característica del “excelente sabor”.
80. La cerveza “Cristal” es un producto posicionado en el mercado, ampliamente conocido por el círculo de consumidores que le atribuyen una determinada reputación empresarial. En este contexto, la campaña adhesiva de Ajeper apela al *free riding*, pues procura justamente explotar y parasitar esta reputación ajena a través de una estrategia de equiparación que carece de licitud al no encontrarse fundada en pruebas idóneas que acrediten el mensaje objetivo transmitido.

³⁰ Ver numeral 58 de la Resolución 125-2008/SC1-INDECOPI.

81. Bajo estas consideraciones, corresponde confirmar la resolución apelada en el extremo que declaró fundada la denuncia contra Ajeper por haber violado el principio de lealtad publicitario³¹ al haber incurrido en un supuesto de explotación indebida de la reputación ajena contemplado en el artículo 14 del Decreto Ley 26122.

III.7. De la medida complementaria ordenada

82. El artículo 16 del Decreto Legislativo 691 dispone que el incumplimiento de sus disposiciones puede acarrear una sanción de amonestación o multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene la cesación de los anuncios considerados como infractores³².
83. Las medidas complementarias –género al cual pertenece una orden de cesación de un anuncio declarado infractor– son remedios que tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación publicitaria desleal, sustentándose su aplicación en las normas que regulan la competencia de la Sala para conocer de dichas conductas, imponer sanciones y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado a los consumidores, competidores y al mercado.
84. Estas medidas, al implicar la imposición de una carga u obligación sobre las actividades comerciales de un administrado, deben respetar el mandato de proporcionalidad³³. En ese sentido, la medida complementaria que se adopte debe ser idónea para evitar la realización o continuación de la conducta desleal declarada, siendo incompatible la imposición de restricciones publicitarias demasiado limitativas de los derechos a la libertad de expresión de los anunciantes.
85. La Comisión ordenó a Ajeper, en calidad de medida complementaria, el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores u otros de

³¹ **NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 7.-** Todo anuncio debe respetar la libre y leal competencia mercantil.
(...)

³² **NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 16.-** El incumplimiento de las normas establecidas por este Decreto Legislativo dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria.
(...)
(Texto según el Artículo 53 del Decreto Legislativo 807).

³³ El Tribunal Constitucional ha desarrollado ampliamente este concepto a propósito del denominado “Test de Razonabilidad”. Así, en el fundamento jurídico 65 correspondiente a la sentencia recaída en el Expediente 0048-2004/PI (Demanda interpuesta por José Miguel Morales Dasso en representación de 5 000 ciudadanos contra determinados artículos de la Ley 28258 –Ley de Regalías Mineras–) se señala : “El subprincipio de proporcionalidad *stricto sensu* [establece que] para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental.”

naturaleza similar, en tanto presenten afirmaciones que no se encuentren sustentadas con medios probatorios idóneos o aludan a los productos de Backus con base a información que no tenga condición objetiva o no constituya un sustento válido.

86. En su apelación, Ajeper ha cuestionado los alcances de la medida complementaria dispuesta, precisando que el mandato de cese definitivo resulta desproporcionado pues alude no solo a la cerveza “Cristal” sino a todos los productos de Backus.
87. No obstante que la primera instancia halló responsable a Ajeper por la difusión de publicidad cuyo contenido era el de adherir su cerveza “Franca” con la cerveza “Cristal”, la orden de cese estableció una prohibición extensiva que potencialmente abarca a todos los productos de Backus. Ciertamente, al imponer a Ajeper una restricción publicitaria que, sin mayores precisiones, establece que *“no aluda a los productos de Backus”*, se está causando el efecto de que Ajeper encuentre una limitación genérica para desarrollar actividad publicitaria respecto de productos de Backus de cualquier otra categoría (gasesosas, aguas minerales, etcétera).
88. Este escenario resulta desproporcionado en atención a la infracción detectada, pues las medidas complementarias debe centrarse únicamente en procurar la cesación y posterior repetición del acto declarado ilegal, y no así en imponer restricciones respecto de una serie de potenciales expresiones publicitarias que podría desarrollar una empresa multiproducto como la que es parte denunciada en el presente procedimiento.
89. En atención a lo señalado, corresponde revocar la medida complementaria ordenada por la Comisión, la cual deberá quedar fijada en los términos que se exponen en la parte resolutive del presente pronunciamiento.

III.8. De los costos y costas del procedimiento

90. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807 dispone que en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el INDECOPI, la instancia competente además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido la denunciante³⁴.

³⁴ **FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI, Artículo 7.-** En cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y costos del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. En caso de incumplimiento de la orden de pago de costas y costos del proceso, cualquier Comisión u Oficina del Indecopi podrá aplicar las multas previstas en el inciso b) del artículo 38 del Decreto Legislativo 716. Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano funcional del Indecopi, será sancionado con una multa de hasta 50 UIT mediante resolución debidamente motivada. La sanción administrativa se aplicará sin perjuicio de la sanción penal o de la indemnización por daños y perjuicios que corresponda.

91. El reembolso de las costas y costos a favor de la parte denunciante tiene por objeto devolverle los gastos que se vio obligada a realizar al acudir ante la Administración para denunciar el incumplimiento de la ley por parte del infractor. La referida orden busca que los costos asociados al procedimiento sean asumidos a favor del vencedor por aquel participante cuya conducta dio origen al procedimiento.
92. Ajeper apeló este extremo sobre la base que, a su criterio, debería declararse infundada la imputación en su contra. Al haber quedado suficientemente acreditada la responsabilidad de Ajeper, esta Sala –en ejercicio de sus potestades– considera que corresponde en este caso ordenar a la denunciada que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Backus en el trámite del presente procedimiento.

III.9. De la graduación de la sanción

93. En su apelación, Ajeper manifestó que en vista que la propia denunciante refirió en diversos comunicados públicos no haberse visto afectada por las intensas campañas publicitarias difundidas por sus competidores³⁵, había quedado acreditado que no existió el supuesto perjuicio contra Backus que expresó la Comisión en la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI.
94. En el caso del Decreto Legislativo 691 –norma vigente durante la comisión de los hechos investigados–, el artículo 16 establecía que la imposición y graduación de las multas sería determinada en función a criterios tales como la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado, entre otros factores dependiendo de cada caso particular³⁶.
95. En relación con los efectos perjudiciales que una publicidad infractora puede generar en el mercado, conviene partir de la siguiente premisa: la publicidad es por naturaleza persuasiva pues constituye un instrumento que los competidores utilizan para atraer clientela a sus competidores y promover la contratación de los productos que ofrecen en el mercado.

³⁵ Ver a fojas 607 y 608 del expediente las tres declaraciones obtenidas de la web que sobre el particular adjuntó Ajeper.

³⁶ **NORMAS DE PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 16.-** El incumplimiento de las normas establecidas por este Decreto Legislativo dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de anuncios y/o la rectificación publicitaria. Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones al presente Decreto Legislativo serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión. (...)

96. En ese sentido, todo anuncio publicitario producirá una disminución en las ventas en los agentes competidores del anunciante, siendo que dicho efecto dependerá, en mayor o menor medida, de la estrategia de medios que se utilice en la campaña, o de la información que sobre las características del bien o servicio les es transmitida a los consumidores, por ejemplo.
97. Cuando un anunciante recurre a una estrategia publicitaria parasitaria, es evidente que la reputación a la que indebidamente se adhiere le producirá una ventaja. Ciertamente, el agente se apropiará del *goodwill* de su competidor. El correlato de dicha circunstancia es, por el lado del agente equiparado, un daño ilícito que se traduce en la disminución en sus ventas y posicionamiento.
98. Sin embargo, este colegiado conviene en señalar que este daño no equivale a que el competidor afectado necesariamente tenga pérdidas en sentido contable o que experimente un decrecimiento en su cuota de mercado respecto del periodo anterior en que su competidor no recurrió a mecanismos publicitarios desleales.
99. En efecto, sucede que en algunos casos, durante el periodo de difusión de los anuncios infractores el agente afectado puede incluso experimentar un nivel de ventas creciente por diversos factores externos. Así por ejemplo, puede que al inicio de la difusión de las piezas publicitarias infractoras se constate una participación de mercado del particular agraviado del 70% y que, al término de la campaña publicitaria infractora, su cuota de mercado aumente a 80%.
100. Este diferencial positivo que experimenta el agente no refleja la inexistencia de un daño, como sugiere Ajeper en su apelación. En efecto, en aquellos casos en que se aprecie este incremento debe entenderse más bien que la publicidad infractora ha generado que el competidor aludido no aumente en mayor medida su cuota de mercado. Conforme a los términos numéricos descritos en el ejemplo del párrafo precedente, podría decirse que el afectado pudo potencialmente crecer de 70% a una cuota mayor del 80%, pero que la publicidad ilícita que lo ha aludido no le permitió superar dicho margen.
101. En este contexto, esta Sala considera que los anuncios adhesivos han atraído clientela a Backus, impidiéndole que, por ejemplo, la cerveza "Cristal" llegue a niveles de venta y posicionamiento mayores que los reportados en el período investigado. Por tanto, debe entenderse que la publicidad ilícita le causó un perjuicio concreto respecto del aumento en la cuota de mercado.

102. Asimismo, es de notar que la campaña publicitaria cuestionada ha significado para Ajeper el despliegue de una estrategia multimedios, con una significativa inversión en canales masivos como la televisión y la radio, de gran alcance y recordación en los consumidores³⁷. Así tenemos que la pauta televisiva del anuncio introductorio fue difundido [CONFIDENCIAL], la pauta del anuncio televisivo posterior unas [CONFIDENCIAL], y en [CONFIDENCIAL] repeticiones en radios de Lima y Provincias.
103. Bajo lo expuesto, corresponde confirmar la resolución de la Comisión que impuso a Ajeper una multa de treinta y cinco (35) UIT por la difusión de la campaña publicitaria “Desafío Franca”.

IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: declarar improcedente el recurso de adhesión a la apelación presentado por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009 en el extremo que declaró fundada la denuncia interpuesta por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra Ajeper S.A. por infracción del principio de veracidad establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691, así como por infracción del principio de lealtad recogido en el artículo 7 del Decreto Legislativo 691 por explotación indebida de la reputación ajena, supuesto previsto en el artículo 14 del Decreto Ley 26122.

TERCERO: revocar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009 en el extremo de la medida complementaria; y, en consecuencia, se ordena a Ajeper S.A. el cese definitivo e inmediato de la difusión de los anuncios infractores u otros de naturaleza similar en los cuales promoció su producto “Franca”, en tanto: (i) presenten afirmaciones que no se encuentren suficientemente sustentadas; o, (ii) aludan con un mensaje adhesivo a la cerveza “Cristal” comercializada por la denunciante, basándose en información que no constituya un sustento objetivo válido.

³⁷ En el campo del *marketing*, Jean-Jacques Lambin señala, entre otros, los siguientes criterios de elección de medios publicitarios: (i) el grado de cobertura del público objetivo, esto es, el porcentaje de compradores potenciales susceptibles de ser alcanzados por los anuncios; (ii) posibilidades de repetición física del anuncio; (iii) la selectividad del medio publicitario, es decir, la capacidad de segmentar el círculo de destinatarios; (iv) la probabilidad de percepción del mensaje, siendo, por ejemplo, muy elevada en el cine o la televisión y muy baja en las vallas publicitarias; (v) el ambiente de percepción del mensaje, lo cual se refiere a las características del entorno en el que es transmitido; (vi) el contexto del medio o soporte publicitario, lo cual viene dado por el prestigio del medio; (vii) las posibilidades de expresión del medio, lo cual viene dado por el color, animación o sonido que se incorporan en la pieza publicitaria; y, (viii) el grado de saturación publicitaria, es decir, el volumen del soporte y la presencia o no de competencia. Véase: LAMBIN, Jean-Jacques. *Marketing estratégico*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España. Tercera Edición, 1994, p. 550.

Estos criterios, al ser las principales consideraciones a tomar en cuenta para elegir un determinado plan de medios, son útiles para estimar el impacto que causarán en los destinatarios las piezas publicitarias.

CUARTO: confirmar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI en el extremo que ordenó a Ajeper S.A. el pago de la costas y costos incurridos por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. en la tramitación del presente procedimiento.

QUINTO: confirmar la Resolución 004-2009/CCD-INDECOPI en el extremo que impuso a Ajeper S.A. una multa de treinta y cinco (35) Unidades Impositivas Tributarias.

Con la intervención de los señores vocales Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad y Virginia Rosasco Dulanto.

JUAN ÁNGEL CANDELA GÓMEZ DE LA TORRE
Presidente

ANEXO 1

PIEZAS PUBLICITARIAS DE LA CAMPAÑA “DESAFÍO FRANCA”

(i) Descripción del anuncio televisivo introductorio de la campaña “Desafío Franca” (a foja 49 del expediente)

El anuncio muestra a un presentador ingresando a un estudio de grabación en el que se estaría recreando una escena en la playa para la producción de un anuncio. A continuación, mientras se escucha música de fondo, el presentador indica: *“Hoy para hablar de cerveza no vamos a utilizar esa típica voz jueguera”* – cambiando el tono de su voz—. Tras ello, continúa señalando: *“tampoco a chicas en bikini”*, y se dirige a un grupo de mujeres en bikini diciéndoles *“sorry chicas”*. Asimismo, el protagonista se coloca al lado de un grupo de hombres indicando: *“Mucho menos saldrán los personajes simpaticones”*. Luego el protagonista del anuncio se coloca junto a dos carretillas que contienen varias chapas de botellas de cervezas y señala: *“Y ni hablar de las chapitas de las promociones”*.

El presentador señala: *“Es más, saquen todo”*, retirándose las personas y el montaje de la grabación del anuncio, quedándose únicamente el presentador en el set señalando: *“Porque lo que realmente importa es el sabor que tú prefieres.”*

En la siguiente escena se puede ver a dos hombres colocando dos botellas de cerveza de las marcas “Cristal” y “Franca” en una mesa, mientras la voz en off del conductor indica: *“Y por eso con la cerveza que toma la mayoría y “Franca” hicimos 600 pruebas ciegas”*. Luego aparece un hombre con los ojos vendados recreando estas pruebas, observándose a su lado a un personaje que verificaría la realización de la degustación entre las dos cervezas. Acto seguido, se enfoca al presentador que señala: *“Y, ¿saben qué?, fue un empate técnico, las dos demostraron que tienen un excelente sabor”*, mientras aparece la imagen de dos chopps de cerveza con los signos distintivos de “Franca” y “Cristal”, al lado de la palabra “empate”.

En la siguiente escena el conductor manifiesta: *“Así que ahora te toca a ti romper este empate y para eso hemos creado el Desafío Franca”*, mientras se posiciona en un módulo con el logotipo de “Franca” que consigna la frase: *“Prueba, compara y elige”*.

A continuación se puede observar la imagen de un camión con el logotipo de “Franca” en una autopista y un mapa del Perú indicando diversas ciudades del país que serían visitadas, en tanto que la voz en off continúa: *“Acércate a los módulos que estamos enviando a distintas ciudades el Perú”*. Luego, el presentador indica: *“Prueba, compara y elige cuál es la cerveza que más te gusta,*

únete al Desafío Franca. Ahora tú decides”, mientras se aprecia un logotipo del “Desafío Franca”.

Paralelamente y desde la mitad de la emisión del anuncio, se aprecia en la parte inferior el siguiente *scroll*: *“Prueba ciega de sabor efectuada por Conecta Asociados con la participación de Notario Público, realizada en Lima del 19 al 29 de Junio de 2008 a 600 hombres y mujeres entre 18 y 60 años, residentes en Lima Metropolitana de los NSE A, B, C, D y E que consumen al menos 4 botellas de cerveza de 620 ml., 630 ml., 650 ml. o 700 ml. al mes. Incluye a consumidores de todas las marcas nacionales comercializadas en Lima Metropolitana. La muestra fue seleccionada de manera probabilística tomando como base una encuesta previa realizada en hogares. Los resultados fueron: El 50.7% prefirió Cristal, el 48.0% prefirió Franca, y el 1.3% prefirió ambas. Estas se dan con un nivel de confianza de 95% y un margen de error de + - 4.0%, lo que indica que hay un empate técnico entre ambos productos.”*

(ii) Descripción del segundo anuncio televisivo de la campaña (a foja 86 del expediente)

La pieza publicitaria se inicia mostrando en primera plana la imagen de un módulo de degustación con el rótulo “Desafío”, a continuación de lo cual una voz en off señala “¿Ya te animaste a romper el empate?”.

A continuación se van sucediendo escenas de diversas pruebas de degustación realizadas en módulos instalados en la vía pública, mientras un locutor refiere: *“Nuestros módulos ya están por las diferentes ciudades del país, invitando a muchos peruanos a que pasen el ‘Desafío Franca’”*.

Luego, se aprecia la locación de un estudio de grabación en el cual van apareciendo varios sujetos vestidos con traje de mudanza, quienes van trayendo muebles, una mesa de centro y una maceta, con la finalidad de escenificar una sala. En ese momento, la voz en off prosigue señalando a propósito de las pruebas de degustación: *“Y ahora también lo puedes hacer en tu casa”*. Entonces, aparece el mismo personaje protagonista del anuncio introductorio parado detrás de un estante de degustación, indicando: *“Cuando compres una Franca recibe dos posavasos. Uno con la ‘F’ de ‘Franca’ y otro con la ‘O’ de ‘Otros’”. Coloca sobre cada posavasos la cerveza que corresponda y descubre con tus patas cuál es la cerveza que prefieres.”*.

A continuación, se ve la imagen de varios jóvenes recreando la prueba de degustación casera sugerida por el protagonista, quien refiere: *“Únete al ‘Desafío Franca’. Ahora tú decides”*, a continuación de lo cual aparece una escena final en la cual se aprecia un logo con dos vasos cervancieros a los cuales se superpone la frase “Desafío Franca”.

(iii) Anuncios radiales (a foja 51 del expediente)

En medio de una música de fondo, se escucha una voz en off que indica: *“Prueba, compara y elige cuál es la cerveza con mejor sabor, únete al Desafío Franca. Ahora tú decides.”*

(iv) Pruebas de degustación realizadas con el público en general (a fojas 51 del expediente)



(iv) Otros anuncios de la campaña (a foja 51 del expediente)

