

Resolución

Nº 109-2008/CCD-INDECOPI

Lima, 23 de julio de 2008.

EXPEDIENTE Nº 167-2007/CCD

DENUNCIANTE : UNIÓN DE CERVECERÍAS PERUANAS BACKUS Y JOHNSTON S.A.A.
(BACKUS)

DENUNCIADA : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.
(AMBEV)

MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE VERACIDAD EN PUBLICIDAD COMPARATIVA
PRINCIPIO DE LEALTAD EN PUBLICIDAD COMPARATIVA
MEDIDA COMPLEMENTARIA
DENEGATORIA DE PUBLICACIÓN DE AVISO RECTIFICATORIO
DENEGATORIA DE PUBLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN CONDENATORIA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
COSTAS Y COSTOS

ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

SUMILLA: Se declara **FUNDADA EN PARTE** la denuncia presentada por Backus contra Ambev por la infracción a los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. En consecuencia, se **SANCIONA** a Ambev con una multa de veinticinco (25) Unidades Impositivas Tributarias.

Asimismo, se **ORDENA** a Ambev, en calidad de medida complementaria, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión de los anuncios infractores u otros de naturaleza similar, en tanto: (i) sean capaces de inducir a los consumidores a considerar que, en el contexto comparativo mostrado, se confronta la cantidad de botellas que - con un mismo contenido de líquido - ofrecen dos competidores a un mismo precio; y, (ii) sean capaces de inducir a un consumidor a considerar que el uso de un collarín en las botellas de cerveza sería una innovación en sus productos.

Adicionalmente, se ordena a Ambev el pago de las costas y los costos incurridos por Backus en el trámite del presente procedimiento.

Finalmente, se **DENIEGA** el pedido formulado por Backus para que se ordene la publicación de un aviso rectificador y de la resolución condenatoria.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 20 de agosto de 2007, Backus denunció a Ambev por la presunta infracción a los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, conforme a lo establecido en el artículo 8 del Decreto Legislativo Nº 691 (en adelante, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor) y en los artículos 4 y 7 del mismo cuerpo legal.

Según los términos de la denuncia, Ambev promocionó en diversos anuncios audiovisuales y radiales, en un contexto comparativo, la oferta de cuatro (4) botellas de la cerveza “Brahma” a un precio de Nueve con 50/100 Nuevos Soles (S/. 9.50) frente a la oferta de tres (3) botellas de otra cerveza al mismo precio que, por sus características, implicaría de manera directa a la cerveza “Cristal”. A decir de Backus, dicha afirmación infringiría el principio de veracidad en publicidad comparativa, por cuanto se contrastan productos que no son equivalentes, considerando que las botellas utilizadas por Ambev para la comercialización de la cerveza “Brahma” tienen un contenido de 630 ml. (seiscientos treinta mililitros), mientras que las botellas utilizadas por Backus para la cerveza “Cristal” tienen un contenido de 650 ml. (seiscientos cincuenta mililitros). Así, atendiendo al diferente contenido de cada botella, se estaría presentando una comparación no idónea.

Asimismo, Backus cuestionó la referencia a determinados hechos que Ambev identifica, en el anuncio audiovisual denunciado, como “innovaciones realizadas en la industria cervecera nacional desde el año 2005”. Al respecto, la denunciante manifestó que Ambev promocionaría las siguientes innovaciones: i) haber colocado collarines decorativos en los cuellos de sus botellas de cerveza; ii) haber empleado un nuevo empaque - termocontraíble - para la comercialización del *six-pack* de botellas de cerveza; y, iii) haber industrializado el *twelve-pack* de latas de cerveza. A decir de Backus, dichas afirmaciones infringirían el principio de veracidad, debido a que tales hechos no constituyen “innovaciones”, tal como este término es entendido por los consumidores.

Adicionalmente, Backus indicó que en la publicidad denunciada, Ambev informaría a los consumidores sobre ciertas innovaciones impulsadas por su empresa que habrían sido implementadas luego por un competidor, a manera de mera reacción o imitación. Backus señaló que dicho mensaje publicitario infringiría el principio de veracidad, en tanto induce a engaño a los consumidores aludiendo a su empresa de manera implícita, presentándola como un competidor parasitario, carente de capacidad innovadora propia, así como el principio de lealtad por denigración, en tanto dicha imputación afecta su crédito en el mercado.

Por dichas consideraciones, Backus solicitó a la Comisión que ordenara, en calidad de medidas cautelares, el cese preventivo de los anuncios denunciados, así como de cualquier otro de naturaleza o contenido similar, en tanto: i) contengan alusiones susceptibles de inducir a error a los consumidores sobre el beneficio marginal de la comparación de precios; o, ii) presenten como una innovación de Ambev el uso de collarines decorativos en los cuellos de sus botellas de cerveza.

Además, Backus solicitó a la Comisión, en calidad de medida complementaria, que ordenara el cese definitivo de los anuncios denunciados. Asimismo, la denunciante solicitó a la Comisión que dispusiera la publicación de un aviso rectificatorio, así como la publicación de la resolución condenatoria. Adicionalmente, Backus solicitó a la Comisión que condenara a Ambev al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 22 de agosto de 2007, la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por Backus contra Ambev por posibles infracciones a los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, conforme a lo establecido en el artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, y en los artículos 4 y 7 del mismo cuerpo legal.

Asimismo, en la referida resolución, la Comisión ordenó a Ambev, en calidad de medida cautelar, el cese preventivo e inmediato de la difusión de los anuncios objeto de denuncia u otros de naturaleza similar, en tanto: i) sean capaces de inducir a los consumidores a considerar que, en el contexto comparativo mostrado, se confronta la cantidad de botellas que - con un mismo contenido de líquido - ofrecen dos competidores a un mismo precio; y, ii) sean capaces de inducir a un consumidor a considerar que el uso de un collarín en las botellas de cerveza sería una innovación en sus productos.

Con fecha 5 de septiembre de 2007, Ambev presentó su escrito de descargo señalando que la comparación de precios efectuada en los anuncios denunciados entre cuatro (4) botellas de cerveza “Brahma” de 630 ml. y tres (3) botellas de cerveza “Cristal” de 650 ml. no sería engañosa, puesto que los consumidores entenderían que, por el mismo precio, se podría adquirir más cerveza. Además, Ambev manifestó que la diferencia de 20 ml. (veinte mililitros) a la que alude Backus como argumento de su imputación sería insignificante para los consumidores, quienes conocerían la diferencia de los tamaños de cervezas.

Del mismo modo, Ambev señaló que sus anuncios se limitaban a destacar las siguientes tres “innovaciones realizadas en la industria cervecera nacional desde el año 2005”: i) un collarín metalizado; ii) *six-pack* termocontraíble; y, iii) presentación de *twelve-pack* de latas de cerveza. Al respecto, la denunciada indicó que desde que ingresó al mercado, ha sido la primera en implementar la colocación de collarines metalizados en el cuello de la botella de 630 ml., debido a que en el año 2005, dicha “innovación” no era utilizada por alguna otra empresa en la industria cervecera nacional. En relación con el *six-pack* termocontraíble de botellas y la presentación de *twelve-pack* de latas de cerveza, Ambev manifestó que no se atribuiría ser la primera empresa en el Perú en fabricar empaques de botellas, como lo afirmaría Backus, sino que los anuncios denunciados darían a entender a los consumidores que sería la primera empresa en la industria cervecera nacional que, desde el año 2005, ha utilizado dichas “innovaciones”.

Respecto a la presunta infracción al principio de lealtad en publicidad comparativa, Ambev señaló que las afirmaciones realizadas en los anuncios denunciados serían verdaderas y exactas, por cuanto se delimita el mercado y el momento a partir del cual se contabilizan las “innovaciones” cuestionadas. Asimismo, la denunciada indicó que dichas afirmaciones serían pertinentes, debido a que comunicarían a los consumidores cual fue la empresa que realizó dichas “innovaciones” en el mercado peruano. Por ello, Ambev señaló que los anuncios denunciados no serían denigratorios, sino que mostrarían un ánimo de *fair play* o competencia totalmente leal, ejemplificado en el *slogan* “Caballero, así es la competencia”.

De otro lado, Ambev adjuntó diversa documentación relacionada con los hechos materia de denuncia, solicitando a la Comisión que declarara la reserva y confidencialidad de: i) las declaraciones testimoniales de clientes de Ambev (bodegueros), en formato DVD; y, ii) el Acta extendida por el Notario Público de Lima, Dr. Manuel Noya de la Piedra con fecha 4 de septiembre de 2007, constatando las referidas declaraciones testimoniales.

Mediante Resolución N° 2 de fecha 12 de septiembre de 2007, la Comisión denegó el pedido de reserva y confidencialidad solicitado por Ambev en su escrito de descargo. Esta resolución fue impugnada por la denunciada y confirmada por la Sala de Defensa de la

Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) mediante Resolución N° 0570-2008/TDC-INDECOPI de fecha 18 de marzo de 2008.

Con fechas 10 de octubre y 12 de noviembre de 2007, Backus presentó sendos escritos señalando que Ambev continuaría difundiendo los anuncios denunciados mediante el sitio web www.youtube.com. Del mismo modo, con fecha 18 de octubre de 2007, personal de la Secretaría Técnica accedió al referido sitio web, constatando que en el mismo se habían publicado tres (3) ejemplares del anuncio objeto de la medida cautelar ordenada mediante Resolución N° 1.

Con fecha 15 de enero de 2008, Ambev se pronunció respecto a la presunta difusión de los anuncios objeto de denuncia, manifestando que New Media Perú Internet S.A.C., administradora del sitio web de la denunciada, habría enviado un correo electrónico que consignaría un enlace hacia el sitio web www.youtube.com, en el que se difundiría el anuncio audiovisual denunciado, el cual no fue “descolgado” por una omisión involuntaria.

Con fecha 6 de junio de 2008, Ambev presentó información referida al volumen de ingresos obtenidos por la venta de la cerveza “Brahma”, solicitando a la Comisión que declarara su reserva y confidencialidad. Mediante Resolución N° 4 de fecha 2 de julio de 2008, la Comisión calificó como reservada y confidencial dicha información.

2. DESCRIPCIÓN DE LA PUBLICIDAD DENUNCIADA

2.1. Anuncio audiovisual

Teniendo como escenario un bar, aparece, como interlocutor, un conocido artista peruano, vestido de rojo y gorra donde se aprecia el logotipo “Brahma”. Éste afirma lo siguiente: “Cuando Brahma llegó al Perú apostó por la innovación.” - *mientras se muestra en la parte inferior un banner con la siguiente información: “Innovaciones realizadas en la industria cervecera nacional desde el año 2005”.*

“Le pusimos un collarín metalizado a nuestra botella, y mi coleguita también se la puso. Caballero, así es la competencia” - *mientras se muestra al interlocutor junto a una persona vestida de azul y gorra donde se aprecia el logotipo “Cerveza”, quien coloca un collarín en el cuello de una botella de cerveza con el mismo logotipo.*

“Después lanzamos el *six pack* en un nuevo empaque. Y al toque no más, mi colega, ya tenía el suyo. Caballero, así es la competencia.” - *mientras se muestra a la persona vestida de azul y gorra cogiendo un envase plástico de seis botellas con el logotipo “Cerveza”.*

“Lanzamos el *pack* de 12 latas. Y al toque mi colega sacó el suyo. Caballero, así es la competencia.” - *mientras se muestra a la persona vestida de azul y gorra cogiendo un envase plástico de doce latas con el logotipo “Cerveza”.*

“Pero la mejor innovación es que trajimos una *chela* de calidad internacional, a un menor precio. Por eso ahora mi colega ha lanzado tres cervezas por nueve cincuenta. Y nosotros: una, dos, tres y... ¡Cuatro Brahmas por nueve cincuenta! Cuatro, no tres. ¿Qué tal? Caballero, ¡así es la competencia!” - *mientras se muestra a ambos protagonistas acompañados de tres botellas con el logotipo “Cerveza” y cuatro botellas de cerveza “Brahma”.*

Al inicio y al final del anuncio, se muestra un logotipo donde se aprecia: “Brahma. Calidad internacional.”

2.2. Anuncio radial

Locutor 1: “Ya. A ver, la chanchita *pa* la *chela*.”
Locutor 2: “A ver, a ver, ¡no se hagan los locos, ah! Ocho, ocho cincuenta, nueve cincuenta...”
Locutor 3: “Oe, ya pues, son tres *chelitas* no más.”
Locutor 1: “Aguanta, aguanta, aguanta...”
Locutor 2: “¿Qué fue?”
Locutor 1: “Mira tío, ahí dice cuatro Brahmas por nueve cincuenta.”
Locutor 3: “O sea ¡una *chela* más por el mismo precio!”
Locutor 1: “Caballero no más, así es la competencia - *risas* - China cuatro Brahmitas para la gente, pes”.
Voz en off: “A la hora de la chancha, Brahma también se pone. Ahora llévate cuatro Brahmas por nueve cincuenta. Porque es mejor cuatro *chelas* de harta calidad que sólo tres. Caballero no más, así es la competencia.”

3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. El mensaje publicitario contenido en los anuncios denunciados.
2. Las presuntas infracciones al principio de veracidad en la publicidad comparativa.
3. Las presuntas infracciones al principio de lealtad en la publicidad comparativa.
4. La pertinencia de ordenar una medida complementaria.
5. La pertinencia de ordenar la publicación de aviso rectificatorio.
6. La pertinencia de ordenar la publicación de la resolución condenatoria.
7. El pedido de las costas y los costos formulado por Backus.
8. La graduación de la sanción.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Criterios de interpretación de los anuncios

Conforme lo dispone el artículo 2 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial e integral de los mismos.¹ Al respecto, la Comisión ha señalado en diversos pronunciamientos que ello debe entenderse como que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio.²

En cuanto al análisis integral, la Comisión ha establecido que las expresiones publicitarias no deben ser interpretadas fuera del contexto en que se difunden, debiéndose tener en cuenta todo el contenido del anuncio, como las palabras habladas y escritas, los números,

¹ **DECRETO LEGISLATIVO N° 691 - NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

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

² Expediente N° 098-95-CPCD, seguido por Coainsa Comercial S.A. contra Unión Agroquímica del Perú S.A., Expediente N° 132-95-CPCD, seguido por Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. contra Lucchetti Perú S.A., entre otros, Expediente N° 051-2004/CCD, seguido por Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C. contra Universidad del Pacífico, Expediente N° 074-2004/CCD, seguido por Sociedad Unificada Automotriz del Perú S.A. contra Estación de Servicios Forestales S.A. y Expediente N° 100-2004/CCD, seguido por Universal Gas S.R.L. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A.

las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.³

Por lo tanto, para determinar si algún anuncio infringe o no las normas de publicidad vigentes, es necesario analizar e interpretar dicho anuncio según los criterios expuestos anteriormente.

4.2. El mensaje publicitario contenido en los anuncios denunciados

Respecto al competidor aludido en los anuncios objeto de denuncia, la Comisión considera que los mismos identifican de manera implícita a la oferta de Backus en el mercado, considerando que se muestra al protagonista de dicho anuncio junto a una persona vestida de azul, usando una gorra donde se aprecia el logotipo “Cerveza” con bordes dorados, quien a su vez exhibe botellas de cerveza con el mismo logotipo, que aluden indudablemente al producto “Cristal” por la forma, color y disposición de sus elementos.

En este contexto, y a efectos de evaluar la denuncia, la Comisión considera que un consumidor que realiza un análisis integral y superficial de los anuncios cuestionados asume que la empresa anunciante confronta sus prestaciones con las de Backus, lo que se revela en la frase: “así es la competencia”.

Es decir, tanto en los anuncios audiovisuales como radiales objeto de denuncia, se observa una comparación de las prestaciones de Ambev y de Backus. Así, en el primero se observa un contraste de supuestas “innovaciones” desarrolladas para la industria cervecera nacional, mientras que en los diversos medios de comunicación se confronta el precio de cuatro (4) botellas de la cerveza “Brahma” a S/. 9.50 (Nueve con 50/100 Nuevos Soles) frente la oferta de tres (3) botellas de otra cerveza al mismo precio.

De esta manera, la Comisión no considera que el mensaje principal de los anuncios se limite a comunicar ciertas características desarrolladas por Ambev en el mercado, sino que alude directamente a la competencia, Backus, destacando determinados atributos y ventajas de su oferta en contraposición con la oferta del competidor aludido.

Por lo tanto, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar las presuntas infracciones a los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, conforme se detalla en los numerales 4.3.1 y 4.4.1 de la presente resolución.

4.3. Sobre las presuntas infracciones al principio de veracidad en la publicidad comparativa

4.3.1. Normas y criterios aplicables

En el presente caso debe considerarse que de acuerdo con el principio de veracidad, “las afirmaciones o mensajes publicitarios deben respetar la verdad y evitar que se deformen los hechos o que se induzca a error a los destinatarios del mensaje, a los eventuales consumidores de los productos o servicios promovidos o al público en general (...), las normas que exigen el cumplimiento del principio de veracidad en materia publicitaria protegen además del interés de los consumidores, a los propios anunciantes, ya que

³ Al respecto ver la Resolución N° 0086-1998/TDC-INDECOPI del 27 de marzo de 1998, emitida en el Expediente N° 070-97-CCD, seguido por Hotelequip S.A. contra Hogar S.A., la Resolución N° 013-2005/CCD-INDECOPI del 20 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 095-2004/CCD, seguido por Nestlé Perú S.A. contra Industrias Oro Verde S.A.C. y la Resolución N° 016-2005/CCD-INDECOPI del 24 de enero de 2005, emitida en el Expediente N° 097-2004/CCD, seguido por Intradeco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.

cuando una empresa trata de convencer al público, mediante alegaciones publicitarias que envuelven cuestiones contrarias a la verdad, para que adquiera sus productos o contrate sus servicios, está ejerciendo en cierta forma una competencia desleal.”⁴

Así, la Sala ha señalado que la infracción al principio de veracidad puede verificarse “a través de la publicidad falsa y la inducción a error al consumidor. La publicidad falsa representa el caso más elemental de infracción al principio de veracidad en la medida que las afirmaciones empleadas no guardan relación con la realidad. La inducción a error ocurre cuando se genera una idea equivocada en el consumidor respecto del mensaje publicitario. Ello sucede debido a la forma en que se han expuesto las afirmaciones o imágenes, incluso siendo éstas verdaderas, o porque se ha omitido determinada información.”⁵

Asimismo, la Sala ha establecido que debe evitarse omitir información o proporcionar información falsa o confusa que afecte o dañe la confiabilidad de los anuncios, entendida como la percepción que el público tiene de los mismos como un medio de información a los consumidores enmarcado dentro del principio de buena fe. La confiabilidad de los anuncios reduce los costos de transacción, dinamizando el mercado y favoreciendo el flujo de información en el mismo.⁶

De esta manera, la finalidad del principio de veracidad proclamado en detalle por el artículo 4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor⁷ es proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado en relación con los proveedores de bienes y servicios, quienes gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado han adquirido y utilizan de mejor manera, información relevante sobre las características y otros factores vinculados con los productos o servicios que ofrecen. Por ello, es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz, a fin de que los consumidores comparen en forma adecuada las alternativas que le ofrecen los diversos proveedores en el mercado y, de esta forma, puedan adoptar decisiones de consumo adecuadas a sus intereses.

No obstante, el principio de veracidad no se aplica a toda clase de anuncios o expresiones publicitarias. Al respecto, la doctrina señala que “los anuncios constituidos por simples frases triviales o frases huecas carentes de contenido no quedan sujetos al principio de veracidad porque no pueden inducir a error al público. Tampoco se someten al principio de veracidad los denominados juicios estimativos o valorativos; esto es: los *slogans* que se limitan a expresar una opinión del anunciante; opinión que no puede comprobarse porque no alude a ningún hecho (...) no se aplica a las exageraciones publicitarias: a los anuncios que constituyen elogios de tono altisonante carentes de fundamento objetivo y que el público no toma en serio, ni al pie de la letra.”⁸

Asimismo, debe considerarse que las infracciones al principio de veracidad pueden generarse tanto por afirmaciones referidas únicamente al producto anunciado (publicidad

⁴ HUNG VAILLANT, Francisco. La Regulación de la actividad publicitaria. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1982. p. 80.

⁵ Ver Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI de fecha 3 de septiembre de 2007, expedida en el Expediente N° 189-2006/CCD en el procedimiento iniciado de oficio contra Hipermercados Metro S.A.

⁶ Ver Resolución N° 148-97-TDC, emitida por la Sala en el Expediente N° 94-96-C.C.D., tramitado de oficio contra Aerocontinente.

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO N° 691 - NORMAS DE LA 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.
(...).

⁸ Ver: LEMA DEVESA, Carlos, En torno a la publicidad engañosa. En: Actas de Derecho Industrial, Tomo IV, p. 293 y ss.

simple) o respecto del mensaje publicitario que involucra también a otros productos o servicios ajenos, igualmente aludidos y confrontados por las afirmaciones publicitarias (publicidad comparativa). Al respecto, la Sala ha señalado lo siguiente: “la publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.”⁹ Adicionalmente, la Comisión ha considerado de manera consistente que “en la publicidad comparativa el consumidor percibe directamente el mensaje de confrontación entre los productos que el anunciante compara.”¹⁰

En atención a los hechos denunciados, corresponde analizar si la publicidad denunciada infringe el principio de veracidad exigido en el escenario de publicidad comparativa en los términos especificados en el artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor:

“Artículo 8.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores (...).”

En consecuencia, la Comisión debe determinar si el mensaje que contiene la publicidad denunciada es susceptible de comprobación y, de serlo, si es veraz en un contexto comparativo o, por el contrario, induce a error a los consumidores en cuanto a lo afirmado. Para ello, se deberá considerar cómo lo interpreta el consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.1 precedente.

4.3.2. Aplicación al presente caso

a) Respetto de la inducción a error sobre la comparación de los productos “Brahma” y “Cristal”

Backus señaló que Ambev promocionó en diversos anuncios audiovisuales y radiales, en un contexto comparativo, la oferta de cuatro (4) botellas de la cerveza “Brahma” a un precio de Nueve con 50/100 Nuevos Soles (S/. 9.50) frente la oferta de tres (3) botellas de otra cerveza al mismo precio que, por sus características, implicaría de manera directa a la cerveza “Cristal”. A decir de Backus, dicha afirmación infringiría el principio de veracidad en publicidad comparativa, por cuanto se contrastan productos que no son equivalentes, considerando que las botellas utilizadas por Ambev para la comercialización de la cerveza “Brahma” tienen un contenido de 630 ml. (seiscientos treinta mililitros), mientras que las botellas utilizadas por Backus para la cerveza “Cristal” tienen un contenido de 650 ml. (seiscientos cincuenta mililitros). Así, atendiendo al diferente contenido de cada botella, se estaría presentando una comparación no idónea.

Por su parte, Ambev señaló que la comparación de precios efectuada en los anuncios denunciados entre cuatro (4) botellas de cerveza “Brahma” de 630 ml. y tres (3) botellas de cerveza “Cristal” de 650 ml. no sería engañosa, puesto que los consumidores entenderían que, por el mismo precio, se podría adquirir más cerveza. Además, Ambev manifestó que la diferencia de 20 ml. (veinte mililitros) a la que alude Backus como argumento de su imputación sería insignificante para los consumidores, quienes conocerían la diferencia de los tamaños de cervezas.

⁹ Ver: Resolución N° 0547-2003/TDC-INDECOPI emitida en el procedimiento tramitado bajo expediente N° 051-2002/CCD en denuncia presentada por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.

¹⁰ Ver: Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados por Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios denunciados, la Comisión considera que los mismos serían capaces de inducir a los consumidores a considerar que, en el contexto comparativo mostrado, se confronta la cantidad de botellas que - con un mismo contenido de líquido - ofrecen dos competidores a un mismo precio. Sin embargo, luego de un análisis de los medios probatorios obrantes en el expediente, la Comisión aprecia que la referida comparación no se ajusta a la realidad, pues las botellas utilizadas por Ambev para la comercialización de la cerveza “Brahma” tienen un contenido de 630 ml. (seiscientos treinta mililitros), mientras que las botellas utilizadas por Backus para su cerveza “Cristal” tienen un contenido de 650 ml. (seiscientos cincuenta mililitros), siendo en consecuencia una comparación inexacta.

Conforme a lo anterior, y en atención al argumento de defensa de Ambev, la existencia de diferencia en la cantidad de dos o más productos, por mínima que sea, impide la confrontación de los mismos, por cuanto los consumidores podrían pensar que los productos confrontados son equiparables o equivalentes, cuando ello no es cierto. Dicho mensaje publicitario se ve reforzado por la imagen de cuatro (4) botellas de la cerveza “Brahma” frente a la oferta de tres (3) botellas de otra cerveza - que por sus características identifica a la cerveza “Cristal” -, y se utilizan frases como: “cuatro, no tres” y “una chela más, por el mismo precio”.

Por lo tanto, la Comisión considera que, en la medida que se ha verificado la existencia de una inducción a error a los consumidores respecto de la comparación de los productos “Brahma” y “Cristal”, corresponde declarar fundado este extremo de la denuncia.

b) Respetto de la inducción a error sobre la comparación de innovaciones implementadas en la industria cervecera nacional

En este extremo, Backus cuestionó la referencia a determinados hechos que Ambev identifica, en uno de los anuncios publicitarios, como “innovaciones realizadas en la industria cervecera nacional desde el año 2005”. Al respecto, la denunciante manifestó que Ambev promocionaría las siguientes innovaciones: i) haber colocado collarines decorativos en los cuellos de sus botellas de cerveza; ii) haber empleado un nuevo empaque - termocontraíble - para la comercialización del *six-pack* de botellas de cerveza; y, iii) haber industrializado el *twelve-pack* de latas de cerveza. A decir de Backus, dichas afirmaciones infringirían el principio de veracidad, debido a que tales hechos no constituyen “innovaciones”, tal como este término es entendido por los consumidores.

Por su parte, Ambev señaló que sus anuncios se limitaban a destacar las siguientes tres “innovaciones realizadas en la industria cervecera nacional desde el año 2005”: i) un collarín metalizado; ii) *six-pack* termocontraíble; y, iii) presentación en *twelve-pack* de latas. Al respecto, la denunciada indicó que desde que ingresó al mercado, ha sido la primera en implementar la colocación de collarines metalizados en el cuello de la botella de 630 ml., debido a que en el año 2005, dicha “innovación” no era utilizada por alguna otra empresa en la industria cervecera nacional. En relación con el *six-pack* termocontraíble de botellas y la presentación en *twelve-pack* de latas, Ambev manifestó que no se atribuiría ser la primera empresa en el Perú en fabricar empaques de botellas, como lo afirmaría Backus, sino que los anuncios denunciados darían a entender a los consumidores que sería la primera empresa en la industria cervecera nacional que, desde el año 2005, ha utilizado dichas “innovaciones”.

Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de los anuncios denunciados, la Comisión considera que las innovaciones son entendidas, por un consumidor, como creaciones, es decir como el nacimiento de algo novedoso en el mercado. Asimismo, debe

considerarse que en el anuncio audiovisual denunciado se consigna la afirmación “Innovaciones realizadas en la industria cervecera nacional desde el año 2005”, por lo que un consumidor entendería que Ambev en el año 2005 introdujo ciertas innovaciones, que no habrían sido utilizadas en el Perú, tales como: i) colocar collarines decorativos en los cuellos de sus botellas de cerveza; ii) emplear un nuevo empaque - termocontraíble - para la comercialización del *six-pack* de botellas de cerveza; y, iii) industrializar el *twelve-pack* de latas de cerveza.

Por tanto, teniendo en cuenta las consideraciones esbozadas, la Comisión debe evaluar la veracidad de las afirmaciones cuestionadas. En relación con la utilización del *six-pack* termocontraíble de botellas y la presentación en *twelve-pack* de latas, la Comisión, luego de un análisis y revisión de los medios probatorios obrantes en el expediente, aprecia que Ambev ha acreditado que fue la primera empresa en utilizar dichos empaques en el mercado peruano.

De otro lado, en relación con la utilización de los collarines decorativos en los cuellos de las botellas de cerveza, Ambev manifestó que fue la primera empresa en implementar la colocación de collarines metalizados en el cuello de la botella de 630 ml., debido a que en el año 2005, dicha “innovación” no era utilizada por alguna otra empresa en la industria cervecera nacional. Sobre el particular, luego de un análisis de los medios probatorios aportados por Backus en su denuncia, en especial de la copia del libro “La Industria Cervecera de América Latina”, editado en 1997 por la Asociación Latinoamericana de Fabricantes de Cerveza y las Memorias Anuales de Backus en los años 1996, 1997 y 1998, la Comisión aprecia que la colocación de un collarín en botellas de cerveza no sería una innovación, con independencia del material que lo conforma. Asimismo, el hecho que en el año 2005, en el mercado de cervezas nacionales no se hubiera estado utilizando un collarín decorativo en el cuello de las botellas, no enerva que con anterioridad, dicha característica se hubiera utilizado en el mercado peruano, conforme se constata en los documentos anteriormente mencionados.

Por tanto, la Comisión considera que corresponde declarar fundado en parte este extremo de la denuncia.

c) Respetto de la inducción a error sobre la comparación de la actividad industrial

En este extremo, Backus indicó que en la publicidad denunciada, Ambev informaría a los consumidores sobre ciertas innovaciones impulsadas por su empresa que habrían sido implementadas luego por un competidor, a manera de mera reacción o imitación. La denunciante señaló que dicho mensaje publicitario infringiría el principio de veracidad, en tanto induce a engaño a los consumidores aludiendo a su empresa de manera implícita, presentándola como un competidor parasitario, carente de capacidad innovadora propia.

Conforme a las normas y criterios expuestos, el engaño como acto de competencia desleal se caracteriza por ser un acto, realizado por un agente del mercado, capaz de producir una impresión falaz sobre los bienes o servicios que éste produce, comercializa, promociona u ofrece de cualquier modo en el mercado. En este contexto, si las afirmaciones realizadas por un determinado agente del mercado respecto de las prácticas comerciales de otro concurrente no son ciertas, dicha falsedad es capaz de generar un descrédito en la reputación comercial del concurrente que se reputa afectado por las mismas. En consecuencia, la Comisión considera que corresponde analizar las afirmaciones cuestionadas por la denunciante en el marco de una supuesta infracción al principio de lealtad (como actos de denigración), y no al principio de veracidad (como actos de engaño).

Por tanto, la Comisión considera que corresponde declarar infundado este extremo de la denuncia.

4.4. Sobre las presuntas infracciones al principio de lealtad en publicidad comparativa

4.4.1. Normas y criterios aplicables

La publicidad comercial es por naturaleza un acto de competencia mercantil, ya que a través de ella los anunciantes dan a conocer al mercado las características de sus productos y permite que dichos anunciantes compitan por la preferencia de los consumidores.

El principio de lealtad que tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir las actividades económicas, de modo que las mismas se desenvuelvan de manera normal y pacífica. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada.

Al respecto, dotando de contenido especial al mandato legal que señala que, en cumplimiento del principio de lealtad, “los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía” se debe tener en cuenta, también como criterio aplicable al presente caso, el precedente de observancia obligatoria emitido por la Sala en la Resolución N° 0347-2006/TDC-INDECOPI que señala:

“1. La publicidad desleal es parte integral de la disciplina general de la competencia desleal, mereciendo, por tanto, un tratamiento sistemático.
(...)”

5. La prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.

6. En todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace la posibilidad de generar un daño a éste, pues es capaz de menoscabar el crédito en el mercado del competidor aludido. No obstante, ello no equivale a calificar como denigratorios e ilícitos a todos los mensajes publicitarios con contenido alusivo, sino únicamente a aquellos que tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado del competidor aludido, buscando o siendo capaces, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar la permanencia de dicho competidor en el mercado.

7. Las condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son aplicables a la prohibición de la denigración publicitaria, incluyendo la “excepción de veracidad”. En aplicación de dicha “excepción de veracidad”, un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea, concurrentemente, verdadero, exacto y pertinente.”

En publicidad comparativa, el principio de lealtad se materializa en la prohibición de denigrar injustificadamente a otra empresa, en los términos del artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor:

“Artículo 8.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se (...) denigre a los competidores.”

Finalmente, es importante señalar que la existencia de un mensaje publicitario contrario al principio de lealtad constituye una circunstancia que debe ser evaluada por la Comisión considerando como lo interpreta un consumidor, a través de una evaluación superficial e integral del mensaje en conjunto, conforme a los criterios señalados en el numeral 4.1 precedente.

4.4.2. Aplicación al presente caso

Backus indicó que en la publicidad denunciada, Ambev informaría a los consumidores sobre ciertas innovaciones impulsadas por su empresa que habrían sido implementadas luego por un competidor, a manera de mera reacción o imitación. Backus señaló que dicho mensaje publicitario infringiría el principio de lealtad por denigración, en tanto dicha imputación afecta su crédito en el mercado, puesto que es presentada como un competidor parasitario y carente de capacidad innovadora propia.

Por su parte, Ambev señaló que las afirmaciones realizadas en los anuncios denunciados serían verdaderas y exactas, por cuanto se delimita el mercado y el momento a partir del cual se contabilizan las “innovaciones” cuestionadas. En tal sentido, la denunciada indicó que dichas afirmaciones serían pertinentes, debido a que comunicarían a los consumidores cual fue la empresa que realizó dichas “innovaciones” en el mercado peruano. Por ello, Ambev señaló que los anuncios denunciados no serían denigratorios, sino que mostrarían un ánimo de *fair play* o competencia totalmente leal, ejemplificado en el *slogan* “Caballero, así es la competencia”.

Conforme a lo señalado en el numeral 4.2, la Comisión considera que aún cuando en los anuncios cuestionados no se identifica expresamente a Backus, los consumidores podrán identificar a esta empresa por implicación, en tanto se muestra una persona vestida de azul, usando una gorra donde se aprecia el logotipo “Cerveza” con bordes dorados, quien a su vez exhibe botellas de cerveza con el mismo logotipo, que aluden indudablemente al producto “Cristal” por las formas, color y disposición de elementos que los conforman. Adicionalmente, durante el trámite del procedimiento, Ambev ha aceptado y consentido que los anuncios objeto de denuncia fueron difundidos por su empresa, a efectos de contrastar la oferta de sus productos con la de los productos comercializados por Backus en el mercado.

La Comisión observa que la idea fundamental del anuncio denunciado es distinguir las prestaciones generadas por Ambev a su ingreso en el mercado nacional, destacando la implementación de ciertas “innovaciones” en la comercialización de botellas de cerveza, así como el precio de sus productos. En este punto, cabe precisar que el mensaje contenido en el anuncio cuestionado es capaz de generar el descrédito de Backus en el mercado, por cuanto da a entender a los consumidores que ha venido imitando las “innovaciones” introducidas en el mercado por Ambev, presentado a Backus como un competidor parasitario y carente de capacidad innovativa propia. Así, corresponde verificar si los anuncios cumplen con la excepción de veracidad que determinaría su eventual licitud en este contexto.

En el presente caso, previamente conviene precisar que la libre imitación de iniciativas empresariales ajenas, entendida como la respuesta a prestaciones cuyo éxito y funcionalidad favorece el desarrollo del mercado, es una conducta considerada lícita y deseable en nuestra legislación, por lo que las manifestaciones o expresiones que se encuentran dentro de los límites de tal conducta, aún cuando impliquen indirectamente que la empresa aludida no tiene iniciativa, no pueden ser calificadas como denigrantes. Teniendo en consideración lo expuesto, la Comisión aprecia que en el anuncio audiovisual denunciado, Ambev no se limita a informar que Backus imitó ciertas iniciativas empresariales, sino que se busca destacar que la única razón de tal imitación es una respuesta a las innovaciones supuestamente desplegadas por Ambev en el Perú.

En tal sentido, conforme a los medios probatorios ofrecidos por la denunciante, la Comisión aprecia que la colocación de un collarín en botellas de cerveza no constituye una innovación, de acuerdo al análisis efectuado en el numeral 4.3.2. En consecuencia, dicha característica no constituye una innovación de la cerveza “Brahma” comercializada por Ambev, sino que ya había sido utilizada anteriormente. Conforme a lo anterior, dicha conducta aludida por Ambev en su anuncio audiovisual, pudo ser el resultado de distintas prácticas existentes en el mercado a la fecha de su implementación por parte de Backus, como la revalidación de los collarines en la presentación de las botellas de cerveza, cuyo uso se evidencia en el libro “La Industria Cervecería de América Latina”, editado en 1997 por la Asociación Latinoamericana de Fabricantes de Cerveza. A lo expuesto, se debe agregar que la Comisión aprecia que Backus ha venido desarrollando continuas modificaciones y reformas en la presentación de sus botellas de cerveza, habiendo implementado con anterioridad collarines decorativos, conforme se aprecia en los anexos 1-C, 1-D y 1-E de la denuncia.

En consecuencia, los anuncios objeto de denuncia no serían veraces ni exactos, en tanto la denunciada imputa a Backus una conducta de mera imitación de prestaciones que califica como “innovadoras”, cuando en la práctica ya se habían desarrollado en el mercado características similares para la comercialización de botellas de cerveza, por lo que la conducta identificada por Ambev en su anuncio podría no ser una respuesta de Backus a sus prestaciones, sino a cambios que venían imponiéndose en el mercado internacional, o a la imitación de iniciativas empresariales desarrolladas por empresas distintas a la denunciada.

Por tanto, la Comisión considera que, en la medida que el anuncio cuestionado es capaz de dar a entender a los consumidores que Backus viene imitando las supuestas “innovaciones” introducidas por Ambev, generando el descrédito de la denunciante en el mercado, corresponde declarar fundado este extremo de la denuncia.

4.5. La pertinencia de ordenar una medida complementaria

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, el incumplimiento de las normas establecidas en dicho cuerpo normativo 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.¹²

¹² **DECRETO LEGISLATIVO N° 691 - NORMAS DE LA 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.

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 en

Al respecto, debemos recordar que la Sala ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOP¹³ que “[l]as medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado.”

En el presente caso, ha quedado acreditado que Ambev infringió los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, por lo que corresponde ordenarle una medida complementaria destinada a evitar que la infracción declarada pueda producir efectos nocivos en el futuro, contra el consumidor y el mercado.

4.6. La pertinencia de ordenar la publicación de un aviso rectificatorio

El artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor señala que de acreditarse infracciones a este cuerpo legal, la Comisión podrá, de oficio o a pedido de parte, ordenar la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. Agrega la norma que la rectificación publicitaria deberá realizarse utilizando los medios que resulten idóneos para revertir los efectos del anuncio infractor en el mercado.

Debe considerarse que la rectificación tiene por finalidad revertir los efectos generados en el mercado por la difusión de anuncios en aquellas circunstancias en que el mercado, por sí sólo, o el sistema de sanciones pecuniarias, no tienen la capacidad de revertir. Al respecto, la Sala en la Resolución N° 052-96-TRI-SDC de fecha 18 de septiembre de 1996¹⁴ señaló que “[p]or su naturaleza, un aviso rectificatorio, más que una sanción, es una forma de corregir el efecto residual que la información engañosa pueda haber dejado en la mente de los consumidores”; continúa la misma resolución indicando: “[p]or ello, para ordenar la publicación de un aviso rectificatorio se debe evaluar la posibilidad de que el aviso rectificatorio cree una distorsión mayor a aquella que pretende corregir.”¹⁵

Conforme a los criterios expuestos, a fin de ordenar la publicación de un aviso rectificatorio, la Comisión debe evaluar de manera conjunta los siguientes elementos: i) el efecto residual del acto infractor sobre los consumidores; y, ii) el impacto del aviso rectificatorio en el mercado.

De esta manera, no obstante haberse calificado un determinado anuncio como infractor a los principios de veracidad y lealtad, si los efectos del mismo sobre los consumidores no son significativos o perdurables, o si existe la posibilidad que el aviso rectificatorio genere un impacto negativo, superior a los efectos positivos del mismo en el mercado y en perjuicio de un determinado bien o servicio, debe denegarse la rectificación solicitada.

En el presente caso, la Comisión no advierte el carácter residual, significativo y perdurable de los hechos denunciados. Por su parte, Backus no ha ofrecido durante el procedimiento

particular, considere adecuado adoptar la Comisión. La rectificación publicitaria se realizará por cuenta del infractor, en la forma que determine la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que a publicidad objeto de sanción hubiera ocasionado.

¹³ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

¹⁴ Emitida en el Expediente N° 187-95-C.P.C.D, seguido de oficio contra Liofilizadora Del Pacífico S.R.Ltda., Omniagro S.A. y Cuarzo Publicidad S.A.

¹⁵ Ver la Resolución N° 041-96-TRI, expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP en el Expediente N° 035-96-CPD, seguido por la Asociación Academia Trener contra Academia Preuniversitaria Pitágoras.

medios probatorios idóneos en donde se constate que los hechos denunciados han generado, a la fecha o en ese momento, un efecto residual perjudicial en el mercado.

En consecuencia, no habiéndose constatado el carácter residual de la información contenida en los hechos infractores, y en la medida que la rectificación publicitaria requiere acreditar la concurrencia de los dos elementos antes señalados, carece de objeto pronunciarse sobre el impacto de la rectificación en el mercado. Por tanto, corresponde denegar el pedido de la denunciante para que se ordene la rectificación publicitaria.

4.7. La pertinencia de ordenar la publicación de la resolución

En su denuncia, Backus solicitó a la Comisión que ordenara la publicación de la resolución condenatoria. Sobre el particular, el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 807 (en adelante, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi), establece que el Directorio de Indecopi, a solicitud de los órganos funcionales pertinentes, podrá ordenar la publicación de las resoluciones que emita la institución en el Diario Oficial “El Peruano” cuando lo considere necesario por constituir dichas resoluciones precedentes de observancia obligatoria o por considerar que dichas resoluciones son de importancia para proteger los derechos de los consumidores.

Aplicando al presente caso lo señalado anteriormente, tenemos que:

1. Pese a las infracciones en que incurrió Ambev, el derecho de los consumidores se ve suficientemente salvaguardado por las medidas complementarias establecidas en la presente resolución, así como la medida cautelar dispuesta por la Comisión al inicio del procedimiento.
2. Al momento de resolverse este expediente, no se ha aprobado un precedente de observancia obligatoria sino que se han utilizado criterios de interpretación que ya venían siendo aplicados por la Comisión y por la Sala para la solución de casos similares a éste.

Por tanto, corresponde denegar el pedido de publicación de la resolución condenatoria solicitado por Backus.

4.8. Las costas y los costos solicitadas por Backus

En su denuncia, Backus solicitó a la Comisión que condenara a Ambev al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Sobre el particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante Indecopi, la Comisión además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de las costas y los costos del procedimiento en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi.

En el presente caso, la Comisión aprecia que la infracción cometida por Ambev es evidente, por lo que corresponde acceder al pedido de Backus y ordenar a la denunciada el pago de las costas y los costos del presente procedimiento.

4.9. Graduación de la sanción

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que sancionan las infracciones a la publicidad comercial, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y la buena fe

comercial, ordenar la imposición de una sanción a la denunciada, así como graduar la misma.

Según establece el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, en caso de infracción a las normas de publicidad, la imposición y graduación de las multas podrán ser determinadas por la Comisión considerando la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor durante el procedimiento, los efectos que pudiese ocasionar la infracción en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar la Comisión dependiendo de cada caso particular.

De acuerdo a lo considerado previamente, se puede apreciar que, en el presente caso, la conducta de la empresa infractora ha configurado infracciones contra los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, por lo que se verifica la existencia de un concurso de infracciones. Sobre el particular, se debe considerar el principio especial de concurso de infracciones establecido por el numeral 6 del artículo 230 de la Ley N° 27444 (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General), en el sentido de que, ante una conducta que califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

A criterio de la Comisión, en el presente caso, la inobservancia del principio de veracidad constituye la infracción de mayor gravedad, al ser capaz de generar una distorsión sobre la percepción de los consumidores sobre la confrontación realizada en los anuncios denunciados respecto de la cantidad de botellas que se podrían adquirir por un mismo precio (Nueve con 50/100 Nuevos Soles), a pesar que el contenido de los productos comparados era diferente, situación que podría haberles generado que decidieran sobre opciones de consumo en el mercado que no hubieran elegido de haber recibido un mensaje comparativo veraz.

Asimismo, la Comisión ha considerado, en particular, que la difusión de los anuncios infractores se realizó de manera intensa en un breve período de tiempo, desde el 10 al 28 de agosto de 2007. Al respecto, la Comisión aprecia que el anuncio audiovisual denunciado fue difundido en doscientas noventa y un (291) oportunidades en señal abierta, y en cincuenta y ocho (58) ocasiones en televisión por cable; mientras que el anuncio radial denunciado fue difundido en cuatrocientas veinticinco oportunidades (425). En este punto, debe considerarse que dicha circunstancia, si bien aumenta la posibilidad de detección de esta conducta infractora, incrementa también, de modo significativo, el impacto de perjuicio sobre los competidores del anunciante como consecuencia de la transmisión de información no veraz.

De otro lado, corresponde precisar que, en el presente caso, la Comisión no ha considerado relevante tener en cuenta el volumen de ingresos de Ambev en el período de difusión de la publicidad infractora, por cuanto, si bien los mismos revelarían el volumen de adquisición del producto anunciado en la publicidad denunciada, no necesariamente son consecuencia directa de la conducta infractora, sino que podrían haber sido generados por otros factores de competitividad, tales como el posicionamiento de la marca debido a la intensa publicidad diferente a la cuestionada, o su combinación de precio y calidad respecto de otros productos competidores o sustitutos, entre otros factores posibles. En tal sentido, para la Comisión, una comprobación exacta de los beneficios derivados de la infracción cometida por Ambev no podrían definirse objetiva e indubitadamente en términos de los ingresos derivados de las ventas del producto anunciado, sino que podrían haber sido generados por otros factores que podrían ser concurrentes.

Asimismo, constituye un agravante el hecho que Ambev haya permitido la difusión del anuncio audiovisual infractor en medios informáticos, conforme se acredita en la inspección realizada por personal de la Secretaría Técnica de la Comisión en el sitio web www.youtube.com con fecha 18 de octubre de 2007¹⁶.

Finalmente, en adición a los criterios establecidos por el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, la Comisión considera que la sanción debe cumplir con la función de desincentivar la conducta infractora, por lo que la multa debe generar en el mercado un efecto disuasivo. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 19 y 24 del Decreto Ley N° 25868 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, 25 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, y 16 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal,

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la denuncia presentada por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. por la infracción a los principios de veracidad y lealtad en publicidad comparativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

SEGUNDO: SANCIONAR a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., con una multa de veinticinco (25) Unidades Impositivas Tributarias y ordenar su inscripción en el registro de infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

TERCERO: ORDENAR a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. en calidad de medida complementaria, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión de los anuncios infractores u otros de naturaleza similar, en tanto: (i) sean capaces de inducir a los consumidores a considerar que, en el contexto comparativo mostrado, se confronta la cantidad de botellas que - con un mismo contenido de líquido - ofrecen dos competidores a un mismo precio; y, (ii) sean capaces de inducir a un consumidor a considerar que el uso de un collarín en las botellas de cerveza sería una innovación en sus productos.

CUARTO: DENEGAR el pedido de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. para que se ordene la publicación de un aviso rectificatorio, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

QUINTO: DENEGAR el pedido de Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. para que se ordene la publicación de la resolución condenatoria, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

¹⁶ Cabe señalar que Ambev reconoció que la empresa New Media Perú Internet S.A.C., administradora de su sitio web, envió un correo electrónico consignando un enlace hacia el sitio web www.youtube.com (usuario "asumachu"), en el que se difundió el anuncio audiovisual denunciado, el cual no fue "descolgado", según Ambev, por una omisión involuntaria.

SEXTO: CONDENAR a Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., al pago de las costas y los costos incurridos por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. en el trámite del procedimiento, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

SÉPTIMO: ORDENAR a Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. que cumpla con lo dispuesto por esta resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la presente resolución quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 del Decreto Legislativo N° 691- Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: César Ochoa Cardich, Alfredo Castillo Ramírez, Luis Concha Sequeiros, Mauricio Lerner Geller y Carlos Cornejo Guerrero. Con la inhibición de Ramón Bueno-Tizón Deza.

CÉSAR OCHOA CARDICH
Presidente
Comisión de Represión de
la Competencia Desleal