



FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 182-2011/CCD**

PRESENTADO POR

SAMANTHA GABRIELA CAJAN MEDINA

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

LIMA – PERÚ

2020



Reconocimiento - Compartir igual
CC BY-SA

El autor permite a otros transformar (traducir, adaptar o compilar) esta obra incluso para propósitos comerciales, siempre que se reconozca la autoría y licencien las nuevas obras bajo idénticos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/>



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado(a)

Informe Jurídico sobre Expediente N° 182-2011/CCD

Materia : COMPETENCIA DESLEAL

Entidad : INDECOPI

Denunciante : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO

Denunciado : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ
S.A.C.

Bachiller : SAMANTHA GABRIELA CAJAN MEDINA

Código : 2013107277

LIMA – PERÚ

2020

En el Informe Juridico se analiza un procedimiento administrativo iniciado de oficio por parte de la Secretaria Tecnica de la Comision de Fiscalizacion de Competencia Desleal. Todo empezo el 02 de noviembre del año 2010, donde se pueden apreciar escenas de el programa televisivo AL FONDO HAY SITIO en las que se transmitio publicidad de la cerveza BRAHMA a traves de la tecnica denominada Product Placement o Emplazamiento del Producto.

La publicidad consistia en mostrar vasos, botellas, sombrillas y cajas apiladas de la mencionada marca y no solo, sino que los personajes principales de la serie interactuaban con los productos; pero lo que se advirtio que en ningun momento se incluyo la frase TOMAR BEBIDAS ALCOHOLICAS EN EXCESO ES DAÑINO, como bien lo señala el inciso 2 art.8 de la Ley 28681 LEY QUE REGULA LA COMERCIALIZACION, CONSUMO Y PUBLICIDAD DE LAS BEBIDAS ALCOHOLICAS.

Es por esta razon, que la Secretaria Tecnica solicita a la Compañia Peruana de Radiofucion (CANAL 4) el integro de la grabacion del capitulo transmitido el dia 02 de noviembre del año 2010 y claramente se puede constar que no se incluyo en ningun momento la mencionada frase.

Como consecuencia de esto, la Secretaria Tecnica comunica todo lo actuado a la Comision de Fiscalizacion de Competencia Desleal, y esta ultima ordena que se inicie de oficio un procedimiento de investigacion contra la Compañia Cervercera Ambev Peru SAC.

La secretaria Tecnica inicia el procedimiento con la Resolucion de imputacion de cargos por la presunta infraccion contra el principio de legalidad establecido en el art. 17 del Decreto Legislativo 1044 LEY DE REPRESION DE LA COMPETENCIA DESLEAL, por no incluir por un minimo de 3 segundos la frase de advertencia TOMAR BEBIDAS ALCOHOLICAS EN EXCESO ES DAÑINO, establecido en el art. 8 de la Ley 28681.

Una vez notificada Ambev presenta sus descargos señalando lo siguiente: En primer lugar el Product Placement o Emplazamiento del Producto no se encuentra regulado en el Peru; en segundo lugar, hace mencion al principio de tipicidad, indicando que como no se encuentra descrito en la norma, no puede ser sancionado; en tercer lugar, indica que no todo Product Placement califica como publicidad, solo aquellos en los que se dice cosas ventajosas o benficiosas del producto; y como nada de esto se cumplio y no corresponderia a publicidad, la Compañia Cervercera Ambev no debio incluir la frase de advertencia TOMAR BEBIDAS ALCOHOLICAS EN EXCESO ES DAÑINO.

Adicionalmente a esto, Ambev presento un escrito indicando que si la Comision considera declararlo responsable por la infraccion contra el principio de legalidad, debe tener en cuenta que el anuncio transmitido fue muy breve y que no se dio en ninguna campaña publicitaria.

La comision resolvió: Multar a Ambev con 10 UIT y como MEDIDA CORRECTIVA el cese de toda la publicidad infractora y tambien de publicidad similar difundida.

Ambev presento recurso de apelacion indicando lo siguiente: En primer lugar; que la Comision habia incurrido en un vicio procesal y una motivacion aparente, porque no refuto sus argumentos ni menciona el porque constituia publicidad; en segundo lugar, que la Comision no respeto el plazo de los 10 dias habiles para presentar sus descargos como bien lo señala el Decreto Legislativo 1044; y en tercer lugar que la multa de 10 UIT era excesiva porque las escenas fueron muy breves y a su empresa no la trajo ningun beneficio no incluir la frase TOMAR BEBIDAS ALCOHOLICAS EN EXCESO ES DAÑINO, solo les produjo ahorro.

El tribunal resolvió en segunda y ultima instancia: Declarar NULA la Resolucion de la Comision de Competencia Desleal por haber incurrido en motivacion aparente; en segundo lugar, declarar FUNDADA la imputacion de oficio contra AMBEV por no incluir la frase de advertencia TOMAR BEBIDAS ALCOHOLICAS EN EXCESO ES DAÑINO por un minimo de 3 segundos; y en tercer lugar, imponer una MULTA de 10 UIT asi como la MEDIDA CORRECTIVA que establece el cese de toda la publicidad infractora y toda publicidad similar difundida.

INDICE

1. CAPITULO I : RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO.....	2
1.1 ETAPA PRELIMINAR	2
2. RESOLUCIÓN DE FORMULACIÓN DE CARGOS.....	3
3. DESCARGOS	3
4. ESCRITO ADICIONAL POR PARTE DE AMBEV.....	4
5. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL	5
6. RECURSO DE APELACIÓN.....	5
7. AUDIENCIA DE INFORME ORAL.....	6
8. RESOLUCIÓN DE LA SALA ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE LA COMPETENCIA.....	6
9. CAPITULO II: IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	8
9.1 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	8
9.2 ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	9
10. CAPITULO III: POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURIDICOS IDENTIFICADOS.....	23
11. CONCLUSIONES.....	26
12. REFERENCIAS.....	28
13. ANEXOS.....	30

CAPÍTULO I

RELACIÓN DE LOS HECHOS PRINCIPALES EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO

El presente procedimiento administrativo tuvo lugar bajo la vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Dicha norma tiene como finalidad proteger el proceso competitivo de los actos de competencia desleal incluyendo los realizados mediante la actividad publicitaria. En su Título V regula el procedimiento administrativo de investigación y sanción de los actos de competencia desleal. A continuación, se mencionará los hechos más relevantes del expediente materia del presente Informe Jurídico.

1.1 Etapa preliminar

El 2 de noviembre de 2010, durante la transmisión del programa televisivo “AL FONDO HAY SITIO”, se difundieron algunas escenas en que se incluyeron publicidad de la cerveza “Brahma”, mediante la técnica denominada “Product placement” o emplazamiento del producto.

La mencionada publicidad consistió en la exhibición de la marca Brahma en cajas apiladas, botellas, vasos y sombrillas en las escenas del mencionado programa, además de que algunos actores principales de la serie consumían dicho producto. Asimismo, se advertía que en ningún momento se incluyó la frase de advertencia: “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANIÑO”, de acuerdo a lo establecido por el inciso 2) del artículo 8° de la Ley N° 28681, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

Como consecuencia de lo señalado, el 5 de noviembre de 2010, mediante Carta N° 0254-2010/PREV-CCD-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI¹

¹ El Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece: Artículo 26°. La Secretaría Técnica

requirió a Compañía. Peruana de Radiodifusión la grabación íntegra del capítulo del programa televisivo “AL FONDO HAY SITIO”, transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010.

El 10 de noviembre de 2010 la mencionada empresa presentó un DVD con la grabación solicitada.

El 12 de enero de 2011 la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal las mencionadas escenas del programa televisivo, esta último ordenó el inicio de un procedimiento administrativo de oficio contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (en lo sucesivo, Ambev) por la difusión de la publicidad antes mencionada.

1.2 Resolución de formulación de cargos

El 30 de septiembre de 2011 la Secretaría Técnica imputó a Ambev la presunta infracción al principio de legalidad, de acuerdo a lo establecido en el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido publicidad audiovisual de la cerveza “Brahma” en la que no se transmitiría en forma visual y por un espacio no menor a tres segundos la frase “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO”, infringiendo con ello lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 8° de la Ley N° 28681, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

1.3 Descargos

El 21 de diciembre de 2011 Ambev, representada por Teresa Tovar Mena, presentó sus descargos señalando los siguientes fundamentos:

26.1.- La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Emite opinión sobre la existencia o no de un acto infractor objeto de procedimiento siempre que la Comisión lo requiera por considerarlo necesario para resolver sobre el fondo del asunto.

26.2.- Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

a) Efectuar investigaciones preliminares;

b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. (...)

- En el Perú no existiría regulación sobre la estrategia comercial denominada Product Placement.
- En aplicación del principio de tipicidad sólo sería posible sancionar a un administrado cuando la conducta desarrollada por este se encuentre prevista expresamente como infracción en la ley.
- Para determinar si el Product Placement tiene naturaleza publicitaria sería necesario analizarlo en el caso concreto. En este sentido, para calificar una obra audiovisual como publicidad, no bastaba con incluir un signo distintivo o una marca en la misma; sino que se debería verificar en el emplazamiento del producto la existencia de un mensaje dirigido al consumidor, mostrando las ventajas y beneficios que ofrece el producto o servicio, para que este opte por consumirlo o contratarlo².
- La modalidad de emplazamiento que se utilizó en el capítulo del programa televisivo AL FONDO HAY SITIO no tendría carácter publicitario, por lo que no se encontraba obligada a cumplir con lo dispuesto en el inciso 2) del artículo 8° de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, esto es, consignar la frase “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO”.

1.4 Escrito adicional por parte de Ambev

El 9 de mayo de 2012 Ambev presentó un escrito reiterando sus argumentos de defensa. Asimismo, señaló que en el caso que la Comisión determine su responsabilidad, la graduación sanción a imponer debía considerar que la exposición del anuncio fue muy breve; además de que se trataba de una modalidad publicitaria no regulada en nuestra legislación.

² Ambev también señaló que ciertas modalidades de product placement no tendrían efectos publicitarios al carecer de un mensaje de persuasión capaz de influenciar en la decisión de consumo de los consumidores. Ellas se limitaban a presentar al producto o servicio como parte integrante de la obra audiovisual por lo que no se encontraban sujetas a la regulación publicitaria.

1.5 Resolución de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

El 16 de mayo de 2012, mediante Resolución N° 080-2012/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró³:

- Responsable a Ambev por infracción al principio de legalidad, al considerar que a través de la transmisión del capítulo del 2 de noviembre de 2010 del programa AL FONDO HAY SITIO se difundió publicidad audiovisual de “Brahma” sin incluir la frase “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO”.
- Sancionar a Ambev con una multa de diez UIT.

1.6 Recurso de apelación

El 4 de junio de 2012 Ambev interpuso recurso de apelación contra la resolución de la Comisión, señaló los siguientes fundamentos⁴:

- Dicha resolución debía ser declarada nula debido a que se incurrió en un vicio de incongruencia y motivación aparente ya que no se tuvo en cuenta los fundamentos de sus descargos referidos a que no todo supuesto de “Product Placement” tenía naturaleza publicitaria.
- Existía un vicio procesal relacionado con el cómputo del plazo de diez días hábiles que se otorgaba a los administrados para ejercer su defensa en la etapa inmediatamente previa a la conclusión del período de prueba.
- En el supuesto de que la Sala decida integrar el pronunciamiento, debía declarar infundada la imputación de oficio, bajo los mismos argumentos desarrollados en su escrito de descargos.

³ Los artículos 24° y 25° del Decreto Legislativo N° 1044 establecen que el órgano competente en primera instancia administrativa es la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, mientras en segunda instancia es el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI, a través de su Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

⁴ De conformidad con lo dispuesto en el artículo 46° del Decreto Legislativo N° 1044, contra lo resuelto por la Comisión corresponde interponer recurso de apelación en el plazo de diez días hábiles de haberse notificado la resolución final. El órgano competente para el conocimiento del recurso de apelación es el Tribunal del INDECOPI, conforme a lo dispuesto en el artículo 24.2 del Decreto Legislativo N° 1044.

- En el caso negado de que se considere que la inclusión de imágenes alusivas a la cerveza “Brahma” en el episodio del programa AL FONDO HAY SITIO tiene fines publicitarios, debe considerarse que el Product Placement es un concepto que no cuenta con una definición legal, jurisprudencial ni doctrinaria unívoca. Por lo tanto, la inclusión de imágenes de la marca Brahma se realizó bajo la premisa que constituía publicidad, lo cual eliminaba los efectos antijurídicos de la conducta.
- La multa de diez UIT era excesiva si se tenía en cuenta: a) el bajo impacto de la supuesta publicidad, debido a que la difusión se dio en un solo día y no existía una campaña publicitaria; y que dicha infracción no le reportó beneficio, en la medida que su única ganancia se traducía en el ahorro no significativo que representó el no haber incluido la frase de advertencia de forma visible.

1.7 Audiencia de Informe Oral

El 14 de diciembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada a través del escrito de apelación, en la cual la representante de la imputada reiteró los fundamentos expuestos tanto en los descargos como en la apelación.

1.8 Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia

El 28 de diciembre de 2012, mediante Resolución N° 3665-2012/SDC-INDECOPI, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia declaró⁵:

- Declarar la nulidad de la resolución apelada.
- Integrar y declarar fundada la imputación de oficio formulada contra Ambev por infracción del principio de legalidad publicitario previsto en el artículo 17° del Decreto Legislativo 1044.

⁵ Dicha resolución agotó la vía administrativa por lo que su cuestionamiento solo puede realizarse mediante la interposición de una demanda contenciosa administrativa.

- Ordenar como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de contenidos publicitarios alusivos a la cerveza Brahma a través del programa televisivo AL FONDO HAY SITIO, en tanto que no se incluya la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” por un espacio no menor a tres segundos, tal como lo exige para el caso de anuncios audiovisuales el artículo 8° 2) de la Ley N° 28681.
- Sancionar a Ambev con una multa de diez UIT.

CAPÍTULO II

IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1 IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

De acuerdo a los hechos más relevantes que tuvieron lugar durante el procedimiento administrativo materia del presente Informe, se desprenden los siguientes problemas jurídicos:

2.1.1 ¿Constituye publicidad la inclusión en el programa televisivo de escenas en las que se exhibe la marca Brahma?

En sus descargos Ambev señaló que no estaba obligada a incluir la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” debido a que las escenas difundidas no contenían publicidad de la cerveza Brahma. Para ello se debía considerarse que no existía una definición uniforme y predecible de “Product Placement”, además de que el uso de su marca no estaba acompañado de un mensaje articulado que tenga finalidad persuasiva. Sin embargo, tanto la Comisión y la Sala consideraron lo contrario, por lo que corresponde analizar si las escenas televisivas materia de inicio del presente procedimiento constituían un anuncio publicitario.

2.1.2 ¿Debió declararse la nulidad de la resolución de la Comisión?

En su apelación Ambev señaló que la resolución de la Comisión no tuvo en cuenta los fundamentos de sus descargos por lo que incurrió en motivación aparente. Por su parte, la Sala en su resolución final declara la nulidad de dicha resolución, por lo que corresponde analizar si esta última incurrió en causal de nulidad.

2.1.3 ¿Fue excesiva la multa impuesta a Ambev?

En su apelación Ambev consideró que la multa impuesta por la omisión era excesiva ya que debió considerar fundamentalmente que el tiempo de duración del anuncio fue breve, además de que las escenas fueron difundidas bajo la premisa que no constituían un anuncio publicitario. En consecuencia, corresponde analizar si la sanción impuesta Ambev fue excesiva o no.

2.2 ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.2.1 ¿Constituye publicidad la inclusión en el programa televisivo de escenas en las que se exhibe la marca Brahma?

a. Función publicitaria de la marca

El literal d) del artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1044 define a la publicidad como, “toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a **promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona**, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, **promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales**”⁶.

De esta forma se advierte que la publicidad tiene una finalidad fundamentalmente persuasiva ya que a través de ella, un agente económico pretende obtener la preferencia del consumidor. Es por ello que en nuestro actual modelo constitucional de Economía Social de Mercado, orientado a

⁶ Énfasis propio.

garantizar una libre y leal competencia en el mercado, tiene un rol sumamente relevante.

Dicha importancia es destacada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal⁷ en la Resolución N° 159-2007/CCD-INDECOPI (de fecha 29 de agosto de 2007) al señalar que. “En la actividad publicitaria puede reconocerse una triple función: (i) la de ser informativa; (ii) la de ser persuasiva; y (iii) la de constituir un mecanismo de competencia. Mediante la publicidad comercial se informa al público en general de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios (costos de transacción). De igual forma, la publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor que pueden ser vinculados con aquello que se ofrece. Finalmente, al ser publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia puesto que constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias” (Expediente N° 010-2007/CCD).

Una de las estrategias para cumplir la función persuasiva es la promoción de la marca del producto o servicio objeto de la actividad publicitaria. Para ello debe tenerse en cuenta que la marca no cumple solamente una función distintiva en el

⁷ Actualmente denominada Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

mercado, sino también una función informativa y también publicitaria. Es decir, una marca además de su función esencial de distinguir productos o servicios en el mercado, cumple una función informativa respecto a la calidad de dichos bienes, además de promover ventas. De esta forma, Silva Santisteban (2003) señala:

La marca trasmite un mensaje publicitario que contiene información para el consumidor hoy en día, en una economía de libre mercado, ocupa un rol relevante. Esta función permitirá al consumidor elegir un producto basado en preferencias personales, permitiendo una mayor eficiencia en el intercambio de bienes y servicios (...) A través del poder de asociación que se crea entre una marca y un producto o servicio, las marcas familiarizan al público con ese producto servicio (Pág. 114).

Por su parte, el Tribunal Andino sobre dichas “funciones adicionales” considera que “(...) la marca cumple un papel esencial como es el de ser informativa, respecto a la procedencia del producto o del servicio al que representa, función publicitaria que es percibida por el público y los medios comerciales, pudiéndose no obstante causar engaño o confusión por falsas apreciaciones respecto de los productos o servicios protegidos”. (Proceso 63-IP-2004).

Entonces la marca se constituye en un instrumento distintivo e informativo que también puede cumplir una finalidad publicitaria; es decir, promover la adquisición o contratación de bienes o servicios. Esa es la razón por la cual se celebran contratos mediante los cuales una de las partes se obliga a exhibir la marca del otro a través del pago de una contraprestación como es el caso de los denominados auspicios publicitarios. Es aquí donde radica el vínculo que

existe entre la marca y la actividad publicitaria que se plasma en la definición señalada líneas arriba, contenida en el Decreto Legislativo N° 1044

A pesar de lo señalado no se puede sostener de forma absoluta que toda exhibición de una marca constituye publicidad. Como ya se señaló la marca cumple una función distintiva, también informativa, como ocurre con la inclusión de una marca en la etiqueta de un producto. Para que la exhibición de una marca constituya publicidad tiene que ser de forma tal que busque captar la atención del consumidor con la finalidad de persuadirlo.

Es por ello que la mencionada Sala en la Resolución N° 2046-2007/TDC de fecha 24 de octubre de 2007 ha sostenido que, "(...) el solo uso de los signos distintivos de un determinado producto o servicio no puede ser considerado como publicidad comercial. En el caso de las marcas de producto, los signos distintivos son utilizados frecuentemente sobre el empaque o la presentación del producto, lo que no puede llevarnos a concluir que este hecho por sí solo constituye un supuesto de publicidad comercial. La exposición de un signo distintivo tiene por lo general un efecto de recordación en los consumidores Este efecto de recordación o posicionamiento de una marca constituye en muchas ocasiones, el objetivo de un determinado anuncio o campaña publicitaria y es una vía indirecta de promover la adquisición o contratación de bienes o servicios (Expediente N° 059-2007/CCD).

En consecuencia, debe considerarse que la exhibición de una marca en el mercado tiene inicialmente una finalidad distintiva e informativa; sin embargo, puede tener también una función publicitaria. Para que se dé esto último, dicha exhibición debe realizarse en forma intensa de tal forma que cumpla con el

objetivo de persuadir al consumidor para la adquisición de un producto o la contratación de un servicio.

b. El Product Placement

Ahora bien, una de las técnicas publicitarias que recurre a la inclusión de una marca en el contexto de una comunicación pública (serie televisiva, película, etc.) lo constituye el “Product Placement” o “emplazamiento de producto”. Queda claro, que al referirnos a una técnica publicitaria, quiere decir que dicha exhibición de la marca es intensa con la finalidad de persuadir al consumidor. En el ámbito nacional, el Product Placement no se encuentra regulado normativamente ni desarrollado doctrinariamente, lo que sí ocurre en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, la Sala en el fundamento 64 de su resolución final cita a Morgado para definirlo como una técnica publicitaria en expansión, que no consiste en una mera inclusión de productos o signos distintivos como decorado de una escena, sino que presenta fines comerciales previamente pactados y coordinados con el empresario titular del producto o servicio exhibido. Asimismo, concluye que es un instrumento de marketing que se vale de la producción audiovisual para mostrar intensamente una marca con una finalidad persuasiva. En este sentido, constituye una alternativa ante la incredulidad que tienen los consumidores frente a los anuncios publicitarios comunes.

Finalmente, la Sala sostiene que en el Product Placement concurren dos requisitos:

- La existencia de un contrato o acuerdo mediante el cual se conviene que ciertos productos, servicios o marcas sean exhibidas en el contexto de una producción audiovisual.

- La inclusión de la marca debe ser susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, los cuales advierten un cierto protagonismo del bien emplazado. Dentro de este requisito, a su vez debe advertirse:
 - La falta de necesidad de la inclusión de la marca en el contexto de la trama.
 - El uso intenso de la inclusión de la marca.
 - La marcada interacción de los personajes de la producción audiovisual con el producto.
 - La evidente exclusión de las marcas o productos competidores.
 - Presencia destacada y visualmente dominante de la marca

Independientemente de los fundamentos señalados por Ambev en sus descargos, según los cuales hay tipos de Product Placement que no tienen finalidad persuasiva y no constituyen publicidad, lo cierto es que la inclusión de una marca dentro de una producción audiovisual si cumple con los dos requisitos señalados anteriormente tendría una finalidad o un efecto persuasivo por lo que constituiría publicidad, lo cual es advertido por el consumidor, por lo que no se afectaría el principio publicitario de autenticidad, según lo establecido por el artículo 16° del Decreto Legislativo N° 1044⁸.

⁸ **Decreto Legislativo N° 1044.**

Artículo 16.- Actos contra el principio de autenticidad

16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal. (...).

c. Aplicación en el presente caso

La definición de publicidad contenida en el artículo 59° d) del Decreto Legislativo N° 1044 no exige para que una forma de comunicación constituya un anuncio publicitario que el anunciante se atribuya expresamente ciertas características beneficiosas o que enaltezca expresamente las ventajas de su oferta, sino que la finalidad persuasiva (esencial en toda publicidad) puede consistir en la presentación estratégica e intensiva de un determinado producto, servicio, una marca sin hacer mención alguna a las características de los bienes que comercializa. Para ello no debe olvidarse que esta estrategia como el Product Placement responde a la necesidad de encontrar nuevas formas para persuadir al consumidor el cual cada vez se presenta más escéptico respecto a las estrategias publicitarias convencionales.

En el presente caso a solicitud de la Secretaría Técnica de la Sala, Ambev presentó los Contratos de Transmisión de Publicidad y adendas N°, por los cuales acordó el pago de una contraprestación a cambio de la difusión a nivel nacional de publicidad. De esta forma, se advierte que se pactó la inclusión de anuncios y auspicios a través de los diferentes programas televisivos, así se acordó la difusión de Product Placement en la serie “AL FONDO HAY SITIO”.

Así también, en el capítulo de dicha serie que impulsó el inicio del presente procedimiento administrativo, sí presenta un uso intenso de la marca “Brahma”. En diversas oportunidades se muestran escenas donde aparecen vasos, sombrillas, botellas y cajas de cerveza apiladas que incluyen dicha marca, así como secuencias reiteradas donde diversos personajes consumen la mencionada cerveza. En consecuencia, se deduce que la inclusión de la marca Brahma no es solamente decorativa sino que cumple un papel protagónico por lo que

tendría una finalidad persuasiva y por lo tanto publicitaria. En consecuencia, dichas escenas constituyen publicidad de la cerveza Brahma, al cumplir con los dos requisitos señalados en el acápite anterior.

2.2.2 ¿Debió declararse la nulidad de la resolución de la Comisión?

a. La motivación del acto administrativo

Uno de los requisitos de validez de un acto administrativo es la motivación, la cual constituye la justificación de la decisión que ha adoptado la autoridad administrativa, constituyendo a su vez un derecho de todo administrado contenido en el principio de debido procedimiento. Así el inciso 1.2) del artículo II del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444⁹ señala: “Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; **a obtener una decisión motivada**, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten (...)”¹⁰.

Según lo señalado la motivación del acto administrativo además de constituir un elemento esencial de este último constituye una de las garantías que forma parte del debido procedimiento. Así lo entiende León cuando afirma que:

La debida motivación del acto administrativo permite que el administrado tenga el derecho de conocer anticipadamente y mediante una clara y motivada descripción, los hechos analizados por la Administración Pública y la fundamentación jurídica llevada

⁹ Aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG.

¹⁰ Énfasis propio.

a cabo para dicho análisis, siendo que de no garantizarse dicha situación, se corre el riesgo de que el pronunciamiento de la autoridad competente revista características de arbitrariedad (Pág. 317).

Ahora bien, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, como es el presente caso, según la Resolución N° 1069-2012/SC1-INDECOPI de fecha 07 de mayo de 2012, es necesario que, “la autoridad cumpla con la garantía de motivación en su expresión del deber de congruencia, y se pronuncie respecto de los hechos y fundamentos que configuran la petición o defensa de los administrados involucrados en el procedimiento, explicando las razones por las cuales decide admitir o no admitir un argumento o medio de prueba, y valorarlo en determinado sentido”.(Expediente N° 071-2010/CCD).

Ello quiere decir que en un procedimiento administrativo sancionador la motivación del acto administrativo es aún más importante por las consecuencias que puede ocasionar en el administrado como es la imposición de una sanción, la misma que constituye: “(...) un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa por un hecho o una conducta constitutivos de infracción asimismo administrativa, es decir, tipificado legal y previamente como tal” (Parejo, 2008, Pág. 644). Por lo tanto, la sanción administrativa constituye medida a través del cual la Comisión o la Sala reprimen la infracción administrativa en la cual incurrió el administrado. Para ello, la potestad para aplicar una sanción (potestad sancionadora) tiene que estar reconocida en una norma con rango de ley (principio de legalidad) y previo a su aplicación se debe otorgado al administrado la posibilidad de que ejerza su derecho de defensa, cuando se le notifica de las presuntas conductas ilícitas cometidas por él (en este caso, actos de competencia desleal en la modalidad de actos contrarios al principio de legalidad).

b. Aplicación en el presente caso

Cuando la autoridad administrativa emite un pronunciamiento carente de motivación o con motivación aparente, existe la obligación de declarar su nulidad, según lo previsto en el artículo 10° de la LPAG, el cual incluye entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, como lo es la motivación.

En este sentido, ante la invalidez del acto administrativo surge como directa consecuencia la nulidad, entendida como el castigo jurídico para los actos incursos en alguna causal privativa de los efectos jurídicos aspirados por su autor y que el acto estaba llamado a producir de no existir tal causal. No hay nulidad si el vicio no es constatado y declarado. (Morón, 2017, Págs. 248 - 249).

En el presente procedimiento, Ambev señaló en su apelación que la Resolución N° 080-2012/CCD-INDECOPI incurría en nulidad, debido a que la Comisión no motivó debidamente su resolución al no evaluar los fundamentos referidos a que no toda inclusión de imágenes o menciones de un producto en el contexto de una producción audiovisual calificaba como Product Placement de naturaleza publicitaria señalados (ejercicio de su derecho de defensa).

De una revisión de la resolución de la Comisión se advierte que en su parte considerativa, dicho colegiado no sustentó por qué la exposición o emplazamiento de elementos distintivos de la marca Brahma en el programa AL FONDO HAY SITIO era suficiente para que sea considerada un anuncio publicitario, más aun cuando Ambev en sus descargos señaló todo lo contrario Tampoco analizó qué características particulares tuvo la inclusión de imágenes relacionadas con la cerveza "Brahma" en el capítulo de AL FONDO HAY SITIO para concluir sobre la existencia de un efecto persuasivo publicitario.

Por lo tanto, considerando que en este caso la principal controversia radicaba en determinar si la difusión de las escenas televisivas

cuestionadas por la Secretaría Técnica constituían o no publicidad, las omisiones señaladas denotan una ausencia de motivación debida por lo que la resolución apelada incurría en nulidad.

2.2.3 ¿Fue excesiva la multa impuesta a Ambev?

a. El Principio de razonabilidad

Una vez determinada la existencia de una infracción corresponde determinar la sanción a imponerse, lo cual debe ajustarse a la exigencia del principio de razonabilidad¹¹. Sobre la relación de este principio con el de proporcionalidad, Guzmán (2017) afirma:

“Lo que ocurre, en primer lugar, es que la Ley del Procedimiento Administrativo General no consignaba expresamente, dentro del principio de razonabilidad, al principio de proporcionalidad, que señala que la sanción que se impute a una infracción dada implique congruencia entre la infracción cometida, los fines a obtener con la sanción y su efecto²¹⁰⁶. A pesar de que dicho principio era incluido en la norma por parte de la doctrina, se consideró necesario incorporarlo en esta modificación” (Pág. 744).

Este principio se materializa a través de la graduación de la sanción, para lo cual se recurre a los criterios que establece el Decreto Legislativo N° 1044 en su artículo 53°, según el cual:

¹¹ **TUO de la LPAG**

Artículo 248°.-Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales

(...) 3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación: a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor (...).

“La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a. El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- b. La probabilidad de detección de la infracción;
- c. La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d. La dimensión del mercado afectado;
- e. La cuota de mercado del infractor;
- f. El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g. La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h. La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal (...).”

Dichos criterios garantizan que la sanción a imponerse sea adecuada a la infracción cometida y por lo tanto se respete el mencionado principio. En palabras de Gómez (2010) “la exigencia de una sanción razonable radica en que “(...) la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción” (Pág. 135).

También es preciso señalar que la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, en la Resolución N° 083-2012/SC1-INDECOPI de fecha 18 de enero de 2012 consideró que: “A efectos de graduar la sanción a imponer, la Ley 27444 contempla el principio de razonabilidad como uno de los parámetros que guía la potestad sancionadora administrativa, según el cual la autoridad debe

asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor a las eventuales ventajas que obtenga el imputado por la comisión de las infracciones, pues de lo contrario se estaría incentivando la realización de conductas antijurídicas dada la rentabilidad de su ejecución” (Expediente N° 229-2010/CCD).

b. Aplicación al presente caso

Tanto en el escrito que presentó posterior a sus descargos como en su apelación Ambev se refirió a los criterios que debería aplicarse para graduar la sanción en el caso que se considere que las escenas que incluían la marca Brahma constituían publicidad comercial. De esta forma en su apelación señaló que la sanción que impuso la Comisión de 10 UIT era excesiva si se tenía en cuenta el bajo impacto de la supuesta publicidad, dado que la difusión se dio en un solo día y no existe una campaña; y que la infracción no le reportó beneficio, en la medida que su única ganancia se traducía en el ahorro que representaba el no haber incluido la frase de advertencia de forma visible.

En su resolución final la Sala tuvo en cuenta lo siguiente:

- La omisión de la advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” produce un efecto perjudicial residual sobre la salud de los consumidores
- El medio utilizado fue la televisión a nivel nacional., la cual otorga un alto grado de cobertura, a través de uno de los programas televisivos más sintonizados en ese momento.
- Dicha omisión suponía el desconocimiento de las políticas públicas adoptadas por el Estado frente al consumo excesivo de las bebidas alcohólicas.
- El consumo excesivo del alcohol generaba problemas al consumidor y a la sociedad

Si bien dichos criterios fueron valorados de forma correcta, no se tuvo en cuenta que la estrategia comercial utilizada por Ambev, aún no estaba (y, no está) regulada ampliamente, debiéndose considerar que en dicha época, los casos en que se había discutido si la exhibición de una marca cumplía una finalidad publicitaria no fueron materia de pronunciamientos que hayan permitido desarrollar un criterio que genere predictibilidad en las decisiones tanto de la Comisión como de la Sala, así como en los agentes económicos. Es más, una de las resoluciones a las cuales recurre la Sala para motivar su decisión fue emitida poco tiempo antes de la emisión de su resolución final en el presente caso.

A pesar de que Ambev señaló que incurrió en la omisión de incluir la frase de advertencia al considerar que la difusión de dichas escenas no tenía finalidad publicitaria, queda claro que el Decreto Legislativo N° 1044 no considera a la falta de intencionalidad como eximente de responsabilidad. Sin embargo, como se ha manifestado, al no constituir toda exhibición de la marca un anuncio publicitario y al no encontrarse regulado el Product Placement en nuestro ordenamiento jurídico, debió considerarse esto último como un factor atenuante.

CAPÍTULO III

POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS Y LOS PROBLEMAS JURIDICOS IDENTIFICADOS

En el presente procedimiento se imputó a Ambev haber incurrido en actos de competencia desleal en la modalidad de infracción al principio publicitario de legalidad de acuerdo a lo establecido en el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044.

Dicha imputación se basó en que no se incluyó una frase advertencia respecto a al consumo excesivo de bebidas alcohólicas en la difusión de un episodio del programa televisivo AL FONDO HAY SITIO en cual se incluían escenas que exhibían la denominación Brahma en varias oportunidades. Según la resolución de inicio de procedimiento dichas escenas constituía un anuncio publicitario por lo que la frase de advertencia "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", de acuerdo al artículo 8°2) de la Ley N° 28681 En consecuencia, la materia controvertida en este caso consiste en determinar si las mencionadas escenas constituían un anuncio publicitario.

Al respecto, la Comisión en su resolución final consideró que según la definición de publicidad recogida en el Decreto Legislativo N° 1044 la exhibición de escenas en el programa televisivo AL FONDO HAY SITIO donde aparecían cajas, vasos, sombrillas y botellas con la marca Brahma, así como personajes de la serie bebiendo el mencionado producto, tendría por finalidad atraer la atención del público en general y así, promover la compra de la cerveza "Brahma" por parte de los consumidores. En segunda instancia, la Sala, realizando una mayor análisis arribó a la misma conclusión, al tener en cuenta que en el presente caso la exhibición de la marca fue intensa, además de existir un contrato entre la empresa televisiva y Ambev para que en cierto programas, uno de ellos AL FONDO HAY SITIO se incluya la marca Brahma con fines publicitarios.

Ahora bien, teniendo en cuenta que compartimos los fundamentos esgrimidos por la Sala, se advierte que Ambev en calidad de anunciante debió haber dispuesto la inclusión de la mencionada frase de advertencia, en virtud del cumplimiento del principio publicitario de legalidad. Sobre el alcance de dicho principio debe considerarse lo afirmado por RODRÍGUEZ y SOSA (2014)

Debe destacarse que la mención “legalidad” no puede ser empleada para argumentar que el principio se circunscribe únicamente a los casos de violación de normas de rango legal. Esta interpretación se encuentra apoyada por la precisión referida al incumplimiento de cualquier disposición sectorial. En segundo término, cabe destacar la precisión que efectúa la LRCD al señalar que las normas cuyo incumplimiento importa la contravención del principio de legalidad, son las referidas a la actividad publicitaria (Pág. 113)

Queda claro por lo tanto que la finalidad de este principio es garantizar que la difusión de un anuncio publicitario se realice en el marco del ordenamiento jurídico, más aun si se trata de bienes cuyo consumo tiene un impacto significativo en el interés general como ocurre con las bebidas alcohólicas. Por lo tanto, al no incluirse la fase de advertencia de acuerdo a lo previsto por la Ley N° 28681, se concluye que Ambev incurrió en acto de competencia desleal según lo establecido por el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044.

Independientemente de que la conclusión de la Comisión fue acertada respecto a la finalidad publicitaria de las escenas televisivas lo cierto es que no tuvo en cuenta los fundamentos que Ambev presentó es sus descargos. Si bien, no compartimos dichos fundamentos, era obligación de la Comisión de acuerdo a lo establecido por el artículo 5° del TUO de la LPAG tomarlos en cuenta al momento de motivar su decisión¹². Como consecuencia de lo señalado, la resolución de la Comisión incurría en nulidad.

¹² **TUO de la LPAG**

Artículo 5.- Objeto o contenido del acto administrativo

(...) 5.4 El contenido debe comprender todas las cuestiones de hecho y derecho planteadas por los administrados, pudiendo involucrar otras no propuestas por estos que hayan sido apreciadas de oficio,

Asimismo, es pertinente que la Sala haya aplicado lo establecido en el artículo 229° de la mencionada norma¹³ ya que contaba con todos los elementos de juicio para poder resolver, lo cual a su vez satisface el principio de eficacia¹⁴.

Finalmente, respecto a la sanción a imponerse a Ambev considero que debió considerarse como factor atenuante el hecho de que el Product Placement como estrategia comercial al no encontrarse regulado en nuestro ordenamiento jurídico. Salvo este último extremo expresamos nuestra conformidad con lo resuelto por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

siempre que la autoridad administrativa les otorgue un plazo no menor a cinco (5) días para que expongan su posición y, en su caso, aporten las pruebas que consideren pertinentes.

¹³ **TUO de la LPAG**

Artículo 227.- Resolución

(...) 227.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo

¹⁴ **TUO de la LPAG**

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:

(...)**1.10. Principio de eficacia.** Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES

Según el análisis realizado en los diferentes problemas jurídicos se puede arribar a las siguientes conclusiones:

1. En el mercado, la marca además de constituir un signo distintivo puede cumplir funciones como la informativa y la publicitaria.
2. Para cumplir una función publicitaria la presencia de la marca en un determinado producto o servicio debe persuadir al consumidor respecto a la adquisición o contratación de dichos bienes.
3. Según la definición de publicidad establecida en el literal d) del artículo 59° del Decreto Legislativo N° 1044 para que una determinada forma de comunicación constituya un anuncio publicitario no se requiere que en ella se exprese las cualidades del producto o servicio sino que debe cumplir con una finalidad persuasiva.
4. El Product Placement como estrategia de marketing dirigida a la promoción de una marca puede constituir publicidad siempre y cuando cumpla fundamentalmente con dos requisitos:
 - La existencia de un contrato o acuerdo mediante el cual se conviene que ciertos productos, servicios o marcas sean exhibidas en el contexto de una producción audiovisual.
 - La inclusión de la marca debe ser susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, los cuales advierten un cierto protagonismo del bien emplazado.
5. Esta técnica de marketing aún no está desarrollada ampliamente en nuestro ordenamiento jurídico

6. Las escenas difundidas en uno de los episodios del programa televisivo AL FONDO HAY SITIO constituían un anuncio publicitario del producto denominado cerveza Brahma por lo que era obligatorio la inclusión de la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” de acuerdo al artículo 8° de la Ley N° 28681.
7. Al no cumplir con dicha disposición legal Ambev incurrió en acto de competencia desleal al haber vulnerado el principio publicitario de Legalidad, según lo dispuesto por el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044.
8. La Comisión al no incluir en sus análisis los fundamentos de descargos de Ambev no motivó debidamente su resolución incurriendo en causal de nulidad.

REFERENCIAS

- Gómez Apac, H., Isla Rodríguez, S. y Mejía Trujillo, G. (2010). “Apuntes sobre la Graduación de Sanciones por Infracciones a las Normas de Protección al Consumidor”. *Derecho & Sociedad* (34). PUCP.
- Guzmán Napurí, C. (2017) Manual del Procedimiento Administrativo General. Lima. Instituto Pacífico.
- León Luna, L. (2015) “¡Exijo una Explicación!... La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo”. *Derecho & Sociedad* (45). PUCP.
- Morón Urbina, J. (2017) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Parejo Alfonso, L. (2008) *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez García. G. y Sosa Huapaya, A. (2013). *Con Licencia para Anunciar*. Lima, Themis.
- Silva Santisteban Díaz, A. 2003 “Las funciones de la marca y el riesgo de confusión”. *Ius et Praxis* (9). Universidad de Lima

Resoluciones

- Comisión de Represión de la Competencia Desleal (2007). Expediente N° 010-2007/CCD.
- Sala de Defensa de la Competencia (2007). Expediente N° 059-2007/CCD.
- Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (2012). Expediente N° 071-2010/CCD.

- Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (2012). Expediente N° 229-2010/CCD
- Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2004). Proceso N° 63-IP-2004.

ANEXOS

1. Resolución de formulación de cargos
2. Descargos
3. Resolución de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal
4. Resolución de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

RESOLUCIÓN DE FORMULACIÓN DE CARGOS



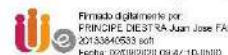
PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

000001



**IMPUTADA : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.
(AMBEV)**
**MATERIA : IMPUTACIÓN DE CARGOS
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN**

Lima, 30 de septiembre de 2011.

1. ANTECEDENTES

En determinadas escenas del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, a través de la señal de América Televisión - Canal 4, se difundió publicidad de la cerveza "Brahma", mediante la técnica denominada "Product placement" o emplazamiento del producto.¹ El mencionado capítulo trataba sobre una pollada organizada en ayuda del personaje "Raúl del Prado", y con ocasión de la pollada se mostraron escenas donde aparecían cajas apiladas de la cerveza "Brahma", personajes de la serie bebiendo la cerveza, vasos y sombrillas con el logotipo de "Brahma", así como botellas del referido producto.

Durante la transmisión de dicha publicidad, en ningún momento se consignaría la frase de advertencia: "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANIÑO".

Mediante Carta N° 0254-2010/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 5 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Cía. Peruana de Radiodifusión S.A. la grabación íntegra del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, desde las 20:00 hasta las 21:00 horas, a través de la señal de América Televisión – Canal 4.

Con fecha 10 de noviembre de 2010, Cía. Peruana de Radiodifusión S.A. presentó un (1) DVD con la grabación solicitada.

Mediante Informe de Secretaría Técnica de fecha 12 de enero de 2011, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) las escenas del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, en las cuales se difundió publicidad de la cerveza "Brahma". Al respecto, la Comisión ordenó a la Secretaría Técnica que iniciara un procedimiento de oficio contra Ambev por la difusión de la publicidad antes mencionada.²

¹ El *product placement* o emplazamiento del producto es una técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios.

² **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 25°.- La Comisión.-

(...)

25.2.- Son atribuciones de la Comisión:

a) Ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal;

(...)





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

000002

2. IMÁGENES DE LA PUBLICIDAD MATERIA DE IMPUTACIÓN

- Escenas del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

00003



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De acuerdo a los antecedentes expuestos, en el presente caso corresponde a la Secretaría Técnica analizar lo siguiente:

1. La imputación de cargos.
2. El requerimiento de información a la imputada.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. La imputación de cargos

Conforme a lo dispuesto por el artículo 26.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instrucción del procedimiento de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Asimismo, el artículo 28 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que el procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.³

Por su parte, la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone lo siguiente:

"Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

(...)"

En tal sentido, el artículo 8 inciso 2 de la Ley N° 28681 (en adelante, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas) señala lo siguiente:

³ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 28°.- Formas de iniciación del procedimiento.-

28.1.- El procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal se inicia siempre de oficio por iniciativa de la Secretaría Técnica.

(...)





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

000004

“Artículo 8.- De los anuncios publicitarios

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general sobre publicidad, la publicidad de toda bebida alcohólica deberá sujetarse a las siguientes restricciones:

(...)

2. La publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la presente Ley, por un espacio no menor a tres (3) segundos.

(...).”

La frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas es la siguiente: **“TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANIÑO”**.

En el presente caso, la Secretaría Técnica aprecia que, en determinadas escenas del capítulo del programa televisivo “AL FONDO HAY SITIO”, transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, se difundió publicidad de la cerveza “Brahma”, mediante la técnica denominada “*Product placement*” o emplazamiento del producto. El mencionado capítulo trataba sobre una pollada organizada en ayuda del personaje “Raúl del Prado”, y con ocasión de la pollada se mostraron escenas donde aparecían cajas apiladas de la cerveza “Brahma”, personajes de la serie bebiendo la cerveza, vasos y sombrillas con el logotipo de “Brahma”, así como botellas del referido producto.

No obstante, la Secretaría Técnica advierte que durante la transmisión de la publicidad materia de imputación en ningún momento se consignaría la frase: **“TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANIÑO”**.

En consecuencia, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes y de acuerdo a lo ordenado por la Comisión en su sesión de fecha 12 de enero de 2011, la Secretaría Técnica aprecia que existen indicios razonables para iniciar un procedimiento de oficio contra Ambev, a fin de determinar si infringió el artículo 8 inciso 2 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas y, por tanto, el principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este extremo, corresponde informar a la imputada que conforme a lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi, la Comisión es competente para velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad. Al respecto, el literal b) del artículo 25.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que la Comisión es el órgano facultado para declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente.

Asimismo, debe recordarse que el incumplimiento de las normas cuya competencia corresponde a la Comisión en el ejercicio de sus funciones, da lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa de hasta setecientas (700) Unidades Impositivas Tributarias,⁴ sin perjuicio de que la Comisión pueda ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.⁵ En este punto,

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

1-00005

corresponde informar a la imputada que en el transcurso del presente procedimiento tiene plenas facultades para ejercer su derecho de defensa, así como los derechos y garantías procesales establecidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Ley del Procedimiento Administrativo General y en la Constitución Política del Perú.

De otro lado, debe informarse a la imputada que, en caso considere que la información contenida en los escritos que presente durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión o la Secretaría Técnica, tiene carácter confidencial, podrá solicitar a la Comisión que ordene su reserva y confidencialidad conforme a lo establecido en el artículo 40 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial de dicha información.⁶

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientas (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

(...)

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 55°.- Medidas correctivas.-

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

(...)

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 40°.- Información confidencial.-

40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.

(...)

40.5.- Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

000006

Finalmente, en caso la imputada no comunique su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente público.

4.2. El requerimiento de información a la imputada

El numeral 26.3 del artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, establece en su literal a) que la Secretaría Técnica puede exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Secretaría Técnica considera que corresponde requerir a la imputada la presentación de diversa información relacionada con los hechos materia de imputación.

5. DECISIÓN DE LA SECRETARÍA TÉCNICA

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 26 y 29 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:

PRIMERO: IMPUTAR a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. por la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, conforme a los hechos y fundamentos jurídicos indicados en la parte considerativa de la presente resolución.

SEGUNDO: AGREGAR al expediente el Informe de Secretaría Técnica de fecha 12 de enero de 2011, así como la documentación que adjunta; asimismo, la información sobre el domicilio fiscal de la imputada, obtenida en el sitio *web* de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat (www.sunat.gob.pe), y correrle traslado de dicha documentación por el plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de esta resolución, a fin de que presente su descargo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.⁷

Corresponde informar a la imputada que, en caso considere que la información contenida en los escritos que presente durante el procedimiento, ya sea por impulso probatorio propio o en respuesta a los requerimientos de información formulados por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal o su Secretaría Técnica, tiene carácter

previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación.

⁷ DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 32°.- El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles, únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga.





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

EXPEDIENTE N° 182-2011/CCD

000007

confidencial, podrá solicitar que se ordene su reserva y confidencialidad, conforme a lo establecido en el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, para lo cual deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información.

Finalmente, en caso la imputada no comunique su intención expresa de mantener en reserva la información presentada, se entenderá que la misma no presenta impedimentos para ser agregada al expediente público.

TERCERO: REQUERIR a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., para que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de la fecha de notificación de esta resolución, presente la siguiente información y la documentación que la acredite:

1. Copia de toda la publicidad de naturaleza similar a la cuestionada en el procedimiento que haya sido difundida por la imputada, señalando los medios de comunicación empleados para dicha difusión.
2. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles y detallados mes por mes, obtenidos por la venta de la cerveza "Brahma", desde tres (3) meses anteriores a la difusión de la publicidad imputada hasta la fecha de notificación de la presente resolución.

Estos requerimientos deben entenderse realizados bajo apercibimiento de aplicar a la imputada las sanciones previstas por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

CUARTO: Informar a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. que deberá fijar su domicilio procesal al momento de contestar la presente resolución.


ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



000008

INFORME DE SECRETARÍA TÉCNICA

PARA : **Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal**

ASUNTO : **Publicidad de la cerveza "Brahma" difundida en el programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO"**

FECHA : **12 de enero de 2011**


En determinadas escenas del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, a través de la señal de América Televisión - Canal 4, se difundió publicidad de la cerveza "Brahma", mediante la técnica denominada "*Product placement*" o emplazamiento del producto.¹ El mencionado capítulo trataba sobre una pollada organizada en ayuda del personaje "Raúl del Prado", y con ocasión de la pollada se mostraron escenas donde aparecían cajas apiladas de la cerveza "Brahma", personajes de la serie bebiendo la cerveza, vasos y sombrillas con el logotipo de "Brahma", así como botellas del referido producto.

Durante la transmisión de dicha publicidad, en ningún momento se consignaría la frase de advertencia: "*TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO*".

Mediante Carta N° 0254-2010/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 5 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Cía. Peruana de Radiodifusión S.A. la grabación íntegra del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, desde las 20:00 hasta las 21:00 horas, a través de la señal de América Televisión – Canal 4.

Con fecha 10 de noviembre de 2010, Cía. Peruana de Radiodifusión S.A. presentó un (1) DVD con la grabación solicitada.

En consecuencia, se adjunta al presente la documentación antes mencionada.



MARCELA HUAMÁN REINOSO
Ejecutivo 2
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal

¹ El *product placement* o emplazamiento del producto es una técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000009

INMEDIATO

CARTA N° 0254-2010/PREV-CCD-INDECOP

Lima, 5 de noviembre de 2010

Señores

CIA. PERUANA DE RADIODIFUSIÓN S.A.

Jr. Montero Rosas N° 1099, Santa Beatriz

Cercado de Lima.-

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a ustedes para saludarlos y requerirles que, conforme a lo establecido por los artículos 1, 2 y 5 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi,¹ en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de recibida la presente, cumplan con presentar lo siguiente:

- La grabación íntegra del capítulo del programa televisivo "Al fondo hay sitio", transmitido desde las 20:00 hasta las 21:00 horas el día martes 2 de noviembre de 2010, a través de la señal de América Televisión – Canal 4. (Solicitamos remitir sólo la grabación del programa, sin tandas comerciales).

Sin otro particular, quedamos a su disposición para cualquier aclaración o información adicional que requieran, pudiendo comunicarse al teléfono 224 7800 anexo 1241.

Atentamente,

MARCELA HUAMÁN REINOSO
Ejecutivo 2
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



¹ DECRETO LEGISLATIVO N° 807 - LEY SOBRE FACULTADES, NORMAS Y ORGANIZACIÓN DEL INDECOP

Artículo 1.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

Artículo 2.- Sin que la presente enumeración tenga carácter taxativo cada Comisión u Oficina del Indecopi tiene las siguientes facultades:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

(...)

Artículo 5.- Quien a sabiendas proporcione a una Comisión, a una Oficina o a una Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual información falsa u oculte, destruya o altere cualquier libro, registro o documento que haya sido requerido por la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal o sin justificación incumpla los requerimientos de información que se le haga o se niegue a comparecer o, mediante violencia o amenaza, impida o entorpezca el ejercicio de las funciones de la Comisión, Oficina o Sala del Tribunal, será sancionado por ésta con multa no menor de una UIT ni mayor de cincuenta (50) UIT, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda. La multa se duplicará sucesivamente en caso de reincidencia.

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 138, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





COMPAÑÍA PERUANA DE RADIODIFUSIÓN S.A.

www.americatv.com.pe
t: (51 1) 419 4000
f: (51 1) 419 4087
Montero Rosas 1099,
Santa Beatriz, Lima 1 Perú

GL / 267-10

Lima, 09 de Noviembre de 2010

Señores:
**COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE
LA COMPETENCIA DESLEAL - INDECOPI**
Calle De La Prosa 138
San Borja.-

Atención: Sra. Marcela Huamán Reinoso
Ejecutivo 2

Referencia: Carta N° 0254-2010/PREV-CCD-INDECOPI

INDECOPI
2010 NOV 10 PM 12:06
UNIDAD DE TRÁMITE
DOCUMENTARIO

119505

De nuestra consideración:

Por medio de la presente nos dirigimos a usted en atención a la carta de la referencia, mediante la cual nos solicita la grabación íntegra del capítulo de la serie "Al Fondo Hay Sitio" transmitido el día Martes 02 de Noviembre de 2010. Al respecto y luego de haber efectuado la correspondiente revisión de nuestros archivos, cumplimos con remitir un DVD con el material fílmico solicitado.

De otro lado, en el entendido que la referida solicitud esta relacionada con una investigación sobre temas de competencia de la comisión, agradeceremos a ustedes se sirvan informarnos cual es el objeto materia de tal investigación, pues llama nuestra atención dicha solicitud, toda vez que la serie trata temas de ficción.

Sin otro particular, hacemos propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de nuestra especial consideración y estima.

Atentamente,

Cía. Peruana de Radiodifusión S.A.
CLAUDIA MONTOYA URBINA
Apoderada



DESCARGOS



2011-06-12 09:24

000014

Exp. 182-2011/CCD
Escrito No. 1
Sumilla: Apersonamiento y solicitud de prórroga

RECEBIDO
JEFE DE TRAMITE
DE FISCALIZACION

A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

. 136800

COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C (en adelante "AMBEV") con RUC No. 20506228515, con domicilio en Avenida Los Laureles S/N Mz. A Lote 4, Centro Poblado Santa María de Huachipa, Lurigancho-Chosica, Lima, debidamente representada por Renato Adrián Vásquez Armas, identificado con Documento Nacional de Identidad No. 18149066, según poder que adjuntamos, fijando domicilio procesal en la **Casilla 36 del INDECOPI** (Sede Central), en el procedimiento seguido de oficio por supuesta infracción al Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, "la Ley"), atentamente decimos:

Que, con fecha 24 de noviembre de 2011, hemos sido notificados con la Resolución s/n de fecha 30 de setiembre de 2011 (en adelante, "la Resolución Admisoria"), por medio de la cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, "la Secretaría Técnica") resuelve: (i) imputar a AMBEV, la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la modalidad de infracción al principio de legalidad, otorgándonos un plazo de diez (10) días hábiles para presentar nuestros descargos; y, (ii) requerir la presentación de la siguiente información:

- copia de toda la publicidad de naturaleza similar a la cuestionada, indicando los medios de comunicación usados para su respectiva difusión; y,
- el monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles, y detallados de manera mensual, obtenidos por la comercialización de la cerveza "Brahma", desde los tres (3) meses anteriores a la difusión de la publicidad materia de imputación hasta el 24 de noviembre de 2011, fecha de notificación de la Resolución admisoria.

Al respecto, cumplimos con apersonarnos al presente procedimiento. De otro lado, solicitamos a la Secretaría Técnica que, a fin de no limitarse nuestro derecho de defensa, y al amparo de lo dispuesto por el artículo 32 del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal¹, nos conceda un plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de presentar

¹ **Decreto Legislativo No. 1044**

"Artículo 32.- El imputado podrá defenderse sobre los cargos imputados por la resolución de inicio del procedimiento en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, presentando los argumentos y consideraciones que
(695955.DOCX.1)

nuestro escrito de descargos. Dicho pedido se sustenta en que necesitamos un tiempo adicional para poder presentar la información solicitada por la Secretaría Técnica.

POR TANTO:

A LA SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI: Se sirva tenernos como apersonados al presente procedimiento y se nos conceda, en su oportunidad, la prórroga solicitada.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 80° del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente al presente procedimiento, otorgamos nuestra representación a los letrados que autorizan la presente, doctores María del Carmen Tovar Gil con Reg. CAL No. 11138 y/o Luis Alonso García Muñoz-Najar con Reg. CAL No. 19615 y/o Teresa Tovar Mena con Reg. CAL No. 19018 y/o Johanna Holz Rincón con Reg. CAL No. 43592. Asimismo, AMBEV declara estar plenamente instruida en los alcances personales y profesionales de la representación que otorga por este acto, de conformidad con el artículo 74 y 75 del Código Procesal Civil, en todo el curso del presente procedimiento, incidencias y por ante todas sus instancias, el mismo que surtirá plenos efectos hasta que no sea expresamente revocado.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, solicitamos se faciliten los actuados, se entreguen copias simples o certificadas, además de a los abogados que suscriben en el presente escrito, a las siguientes personas: Viviana Chávez Bravo con D.N.I. No. 44284539 y/o Giancarlo Baella Prado con D.N.I. No. 43216918 y/o Joao Arbildo Caro con DNI No. 44920567 y/o Boris Saldaña Solari identificada con D.N.I. No. 44255887 y/o Luz Piscocoya Nerio con D.N.I. No. 07720121.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, en calidad de anexos, adjuntamos los siguientes documentos:

1. Copia del documento en el que constan las facultades de nuestro representante (Anexo 1-A)
2. Copia del DNI de nuestro representante (Anexo 2- B)

Lima, 9 de diciembre de 2011

AmBev Perú S.A.C.

RENATO VÁSQUEZ ARMAS
Gerente Legal

estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes. Este plazo podrá ser prorrogado por el Secretario Técnico por una sola vez y por un término máximo de cinco (5) días hábiles únicamente si se verifica la necesidad de dicha prórroga."



143087

 Exp. 182-2011/CCD
 Escrito No. 2
 Sumilla: Descargos
A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI:

COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C (en adelante "AMBEV"), en el procedimiento seguido de oficio por supuesta infracción al artículo 17 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, "la Ley"), atentamente decimos:

Que, dentro del plazo adicional otorgado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, "la Comisión") mediante Proveído No. 1 de fecha 13 de diciembre de 2011, cumplimos con presentar nuestros descargos, solicitando a la Comisión que declare infundada la denuncia formulada en nuestra contra, por los argumentos que desarrollamos a continuación:

I. CARGO IMPUTADO A AMBEV

Mediante Resolución s/n de fecha 30 de setiembre de 2011 (en adelante, la Resolución Admisoria), la Secretaría Técnica de la Comisión dispuso el inicio del presente procedimiento, sobre la base de las siguientes consideraciones:

- El artículo 17 de la Ley establece que constituye una infracción al principio de legalidad, la difusión de publicidad que no respeta las normas imperativas del ordenamiento jurídico, aplicables a la actividad publicitaria. De esta forma, constituye una inobservancia de este principio, el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance;
- El inciso 2 del artículo 8 de la Ley 28681, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas (en adelante, "la Ley 28681"), establece que la publicidad audiovisual de bebidas alcohólicas transmitirá obligatoriamente en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".
- De acuerdo con la Secretaría Técnica de la Comisión, en determinadas escenas del capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010 en el programa de televisión "Al Fondo Hay Sitio", se hizo publicidad de la cerveza Brahma mediante la técnica

denominada "*product placement*" o emplatamiento del producto, la misma que consiste -según el referido órgano instructor- en "*insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios*". Así, de acuerdo con la Secretaría Técnica de la Comisión, en el referido capítulo -que trataba sobre una pollada organizada a favor del personaje denominado "Raúl del Prado"- *se mostraron escenas donde aparecían cajas apiladas de la cerveza Brahma, personajes de la serie bebiendo cerveza, vasos y sombrillas con el logotipo de Brahma, así como botellas del referido producto*. De esta forma, a decir de la Secretaría Técnica de la Comisión, pese a que se efectuó publicidad audiovisual de una bebida alcohólica, como es el caso de la cerveza Brahma, no se cumplió con transmitir la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".

- En atención a lo anterior, la Secretaría Técnica de la Comisión concluyó que existen suficientes indicios para iniciar un procedimiento sancionador de oficio en contra AMBEV, con la finalidad de determinar si infringió lo dispuesto por el inciso 2 del artículo 8 de la Ley 28681 y, por consiguiente, el principio de legalidad en materia publicitaria.

Según se puede apreciar, el cargo imputado a AMBEV consiste en haber difundido publicidad audiovisual de la cerveza Brahma, a través del programa de televisión "Al Fondo Hay Sitio", sin transmitir la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO". Esta naturaleza publicitaria se encontraría sustentada, según la Secretaría Técnica de la Comisión, en el uso de la técnica denominada "*product placement*" o emplatamiento del producto, la misma que, por definición, tendría carácter publicitario.

Tal como demostramos a continuación, AMBEV no se encontraba obligada a cumplir con lo dispuesto por el artículo 8.2 de la Ley 28681, en tanto no efectuó publicidad de la cerveza Brahma durante el capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010 en el programa "Al Fondo Hay Sitio".

II. ¿CUÁNDO EL PRODUCT PLACEMENT TIENE NATURALEZA PUBLICITARIA?

Antes de proceder a desvirtuar la imputación formulada de oficio en nuestra contra, consideramos importante que la Comisión advierta que el presente caso constituye uno de particular relevancia dado que no existe regulación en el Perú sobre la figura del *product placement*. Es más, tal como se desarrollará más adelante, no solo existe un vacío en la legislación nacional respecto a dicho concepto, que valga la pena precisar no

constituye una categoría jurídica, sino que incluso a nivel doctrinario, no existe un concepto único de esta figura. Nos encontramos, pues, ante una figura novedosa que ha venido desarrollándose a lo largo de los últimos años sin límites claros o precisos, sin haberse incorporado en la legislación nacional, por lo cual la Comisión debe abordar esta materia con un criterio de razonabilidad.

Particularmente, consideramos que resulta imprescindible analizar el *product placement*, siguiendo dos pasos. El primero de ellos, consiste en recoger algunos conceptos básicos sobre dicha figura que nos permitan tener una idea general sobre la misma. En este punto, conviene precisar que, en la medida en que nos encontramos ante un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio, por el uso de una modalidad que, según hemos indicado, carece de regulación y de límites claros, corresponde que la Comisión adopte un criterio prudente. En ese sentido, debería adoptarse una regla que presuma la realización de una actividad lícita de nuestra parte, sustentada en el derecho constitucional a la libertad de empresa.

El segundo paso, por su parte, consiste en entender el *product placement*, según nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, en la medida en que la Ley prevé un régimen publicitario particular, será necesario determinar qué tipo de *product placement* puede tener efectos similares a los que presenta la publicidad. Solo en la medida en que el *product placement* encuentre sustento en nuestra legislación, podrá efectuarse un adecuado análisis de dicha figura.

A continuación, desarrollaremos el primero de los pasos antes mencionados.

2.1. Sobre el *product placement*

Para entender, a grandes rasgos, el *product placement*, consideramos que deben tenerse en cuenta, los siguientes elementos: su definición, su naturaleza y sus modalidades.

En cuanto a su definición, según adelantamos, "*es complicado acotar un único término o definición para determinar una técnica que se encuentra en continuo desarrollo y cuyos límites, formatos y grados de manifestación no se conocen por estar supeditados a la ilimitada imaginación de los creativos*"¹.

¹ MOVILLA MENGUAL, Luis Antonio. La función de comunicación comercial del *product placement* y su influencia en los sistemas de producción audiovisual. Madrid, 2009. p. 77.

Esta complicación, entendemos, se debe principalmente a dos razones. De un lado, los principales agentes en el funcionamiento básico del *product placement* (por ejemplo, medios de comunicación, productoras, empresas auspiciadoras, etc.) junto con los académicos y profesionales de marketing aún no se han puesto de acuerdo en una definición que exponga con precisión y claridad los rasgos definitorios de esta forma de comunicación comercial. Ello resulta lógico, si se tiene en cuenta el gran abanico de posibilidades que encierra el concepto y sus distintas modalidades de manifestación. Por lo tanto, tal como señala De la Cuesta, "el *product placement* presenta tan diversas e importantes facetas que merece una especial consideración"².

Aunado a la razón anterior, encontramos también "su escasa tradición como ámbito de estudio académico y científico y su falta, escasa o controvertida regulación legislativa hacen que sea difícil concretar un único enfoque en su definición"³. En atención a ello, Martínez y Martínez señalan, precisamente, respecto al *product placement* que "el problema reside en que no se aborda de una manera seria y profesional la naturaleza de este formato como técnica de comunicación persuasiva distinta a la publicidad"⁴.

Según podrá apreciar la Comisión, existe consenso respecto a la complejidad existente para definir en un único concepto al *producto placement*. Ello debido a que es una figura en constante evolución y cuyo estudio no ha sido debidamente difundido.

En todo caso, sin perjuicio de las dificultades reconocidas por la doctrina para definir sin complicaciones lo que debe entenderse por *product placement*, podemos señalar que la traducción literal de dicha expresión, como bien señaló la Secretaría Técnica de la Comisión en la Resolución Admisoria, es emplazamiento del producto⁵.

Esta expresión suele aludir a la "exhibición o mención, las más de las veces de forma continua y reiterada, de prestaciones que presentan una marca específica de forma

² DE LA CUESTA RUTÉ, José María. Curso de Derecho de la Publicidad. Ediciones Universidad de Navarra S.A. Pamplona, 2002. p. 168.

³ MOVILLA MENGUAL, Luis Antonio. La función de comunicación comercial del *product placement* y su influencia en los sistemas de producción audiovisual. Madrid, 2009. p. 73.

⁴ MARTINEZ MARTÍNEZ, Inmaculada José y Dolores Fuensanta MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ. Comentario al artículo 11. En: comentario a la Ley General de Publicidad. Thomson Reuters, Pamplona, 2009. p. 276.

⁵ Conviene precisar, sin embargo, que incluso esta simple terminología varía de país en país. Así, a modo de ejemplo, puede indicarse que mientras que en Estados Unidos, a menudo, se conoce a esta práctica como *Branding Placement* o *Brand placement* (emplazamiento de marca), en España, se suele denominar *Product Placement*, *Emplazamiento de Producto* o *Emplazamiento de Marca*.

*integrada dentro de los contextos no publicitarios (y más bien narrativos o escénicos) de una producción (audiovisual, televisiva, cinematográfica, radial o difundida a través de Internet, por ejemplo)*⁶.

De forma similar, se pronuncia Martínez y Martínez al indicar que "(...) *hay que tener una serie de consideraciones en relación al product placement. En primer lugar, se trata de una presentación de bienes, servicios, nombre, marca, actividad o elementos comerciales dentro de programas*"⁷.

Finalmente, aunque enfocándolo únicamente desde del punto de vista de la televisión, Massaguer considera al *product placement* como "(...) *la colocación de los productos en los programas televisados mostrando sus marcas u otros elementos, incluida su forma de presentación, de modo tal que el público los reconoce y distingue respecto de los demás del mismo género*"⁸.

De las referencias doctrinales indicadas se desprende que el *product placement* o emplazamiento del producto consiste en colocar o mencionar, entre otros, productos en diversos medios de producción, como es el caso del cine o la televisión, los mismos que no se diferencian claramente del resto de contenidos, pues aparentan una presencia casual dentro de la lógica de la narración. En ese sentido, tal como señala la Asociación de Usuarios de la Comunicación de España, "*generalmente, el emplazamiento se limita a mostrar la marca formando parte de la escena, de forma estática o dinámica (el producto es utilizado por los actores o presentadores)*"⁹.

En definitiva, consideramos que, en términos generales, al *product placement* o emplazamiento del producto, puede ser definido como una forma de comunicación comercial, principalmente audiovisual, consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa.

En cuanto a la naturaleza del *product placement*, al igual que con su definición, no existe una única posición.

⁶ MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. Análisis del principio de autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano. En: Normas de la Publicidad. Editorial Rhodas, 2006, p.187.

⁷ MARTINEZ MARTÍNEZ, Inmaculada José y Dolores Fuensanta MARTÍNEZ Y MARTÍNEZ. Comentario al artículo 11. En: comentario a la Ley General de Publicidad. Thomson Reuters, Pamplona, 2009. p. 277.

⁸ MASSAGUER, José. Comentarios a la Ley de Competencia Desleal. Madrid, 1999. p. 227.

⁹ ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE LA COMUNICACIÓN. Ver: www.auc.es/docum/docum04/docu03.pdf en diciembre de 2005.

Como es de conocimiento de la Comisión, la Ley contiene una definición expresa del término publicidad. Así, según dicho cuerpo normativo, se entiende por dicho concepto "a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales".

Según se verá con mayor profundidad en el apartado 2.3, para determinar si el *product placement* tiene naturaleza publicitaria será necesario que se analice si, en el caso concreto, el *product placement* que se ha integrado a una producción audiovisual presenta los mismos efectos que una publicidad, tal como esta ha sido regulada en nuestra Ley. Precisamente, para llevar a cabo dicho análisis –esto es, determinar si nos encontramos ante un *product placement* de índole publicitario- resulta de utilidad conocer las modalidades o categorías que ofrece esta nueva figura, tal como se desarrolla a continuación.

En cuanto a las modalidades o categorías de product placement que pueden presentarse dentro de una producción audiovisual, existe cierto grado de consenso en clasificarlas de la siguiente forma¹⁰:

- (i) **Product Placement Pasivo:** Es aquel emplazamiento que permite únicamente la visualización de la marca (producto). Forma parte del decorado, pero nadie la utiliza ni la nombra. Es decir, el producto o marca no participa activamente de la acción. Cabe indicar que, dentro de esta categoría, podemos diferenciar incluso por su importancia, entre pasivo secundario (no tiene mayor valor que la mera presencia) y pasivo principal (tienen valor en el contexto de la acción). A continuación, damos un ejemplo de cada uno de ellos:

Product Placement Pasivo Secundario (Banco Santander)

¹⁰ MOVILLA MENGUAL, Luis Antonio. La función de comunicación comercial del *product placement* y su influencia en los sistemas de producción audiovisual. Madrid, 2009. pp. 99-112.



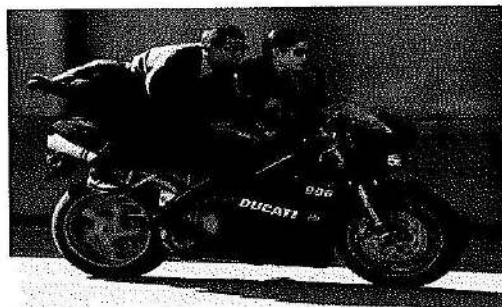
Product Placement Pasivo Principal (McDonald's)



- (ii) **Product Placement Activo:** Es aquel emplazamiento en el cual la marca o producto forma parte de la acción; es decir, el actor en este tipo de emplazamiento consume, manipula o utiliza la marca o producto. En ningún caso, se nombra la marca, aunque es posible apreciar cómo es consumida o manipulada. Es decir, los personajes se relacionan e interactúan con la marca.

Los ejemplo más comunes son aquellos en los que los personajes mantienen una bebida en la mano mientras dialogan o celebran algo, la conducción que se hace de ciertos modelos de vehículos, el uso de una laptop concreta en una escena, entre otros. A continuación, mostramos algunos ejemplos:

Marca de Moto Ducati (Película Matrix)



Marca de Laptop Apple (Película Misteriosa Obsesión)



- (iii) **Product Placement Verbal:** En este tipo de emplazamiento la marca se alude o nombra de forma explícita; en ocasiones, incluso, acompañada de la imagen del producto. Estos emplazamientos suelen estar escritos en el guión de la producción y proporcionan un alto grado de notoriedad.

Cabe indicar que existen dos tipos de *product placement* verbales, según su nivel de intensidad. De un lado, encontramos aquel en el que la marca solo se menciona. De otro lado, encontramos aquel en el cual, además de nombrarse la marca, se formula una valoración acerca de la misma; es decir, se ofrecen algunas ventajas o características del producto o marca.

- (iv) **Product Placement Hiperactivo (protagónico):** Este emplazamiento corresponde al máximo nivel de participación que puede tener una marca o producto en los relatos. En efecto, en estos emplazamientos además de mencionar la marca expresamente también se manipula o se consume; en otras palabras, corresponde a una combinación del *product placement* activo y verbal.

Cabe indicar que existen dos tipos de *product placement* hiperactivos. De un lado, se encuentra aquel en el cual el personaje nombra explícitamente la marca o el producto y lo utiliza o consume con la intención de fijar la atención sobre él, pero en este caso, no realiza ninguna valoración sobre ella. De otro lado, encontramos aquel en el cual el personaje menciona la marca o producto, la utiliza o consume, expresa alguna valoración sobre la marca o el producto, o bien, se asocia a una situación que le dota de sentido y valor.

Tal como se puede apreciar, existen diferencias claras entre las modalidades de *product placement* que pueden utilizarse en una obra audiovisual. En ese sentido, no puede

equipararse ni darse el mismo trato a un producto que utiliza la modalidad del *product placement* pasivo o activo, figuras menos atractivas, de aquel que utiliza el *product placement* verbal o hiperactivo, con elevado protagonismo. Es más, incluso existe una diferencia marcada entre el *product placement* verbal en el que se hace únicamente mención al producto del que se trate de aquel que además ofrece una valoración del producto. Estas diferencias no han sido advertidas por la Secretaría Técnica en la Resolución Admisoria, pues asume que el *product placement* responde a una única categoría, la misma que presentaría necesariamente carácter publicitario.

No obstante lo anterior, confiamos en que la Comisión aprecie que cada modalidad de *product placement* presenta, según se ha visto, un grado de intensidad distinto en la obra audiovisual y, por tanto, influye en distintos grados en el espectador. Bajo ese contexto, y tal como se demostrará en la sección 2.3, solo aquellas modalidades de *product placement* que coincidan con el concepto de publicidad, esto es, incentiven la adquisición del producto en mención, deberán ser calificadas como publicidad. Por el contrario, el resto de modalidades no se encontrarán sujetas a regulación publicitaria.

2.2. Sobre nuestro régimen publicitario

Según Alonso Espinoza, *"si preguntásemos a un publicista sobre cuál considera que es el contenido básico o la esencia de su oficio o profesión, seguramente nos respondería, incluso sin pensarlo demasiado, que la esencia de su actividad consiste en vender"*. Ahora bien, siguiendo al mismo autor, *"el publicista trata de vender no sus propios productos o servicios sino aquellos productos o servicios cuyo fabricante, distribuidor o prestador del servicio de que se trate es, precisamente, su cliente o el cliente de la agencia de publicidad para la que este publicista trabaja o presta sus servicios como tal. Es evidente que los publicistas no emplean el término vender en sentido técnico-jurídico como definitorio del fin de su actividad y ni tan siquiera respecto de sus propios servicios como tales. Para ellos vender es algo así como el arte de convencer al consumidor a fin de que este adquiera los productos o contrate los servicios que sus clientes pretender colocar en el mercado"*¹¹.

Según se puede apreciar, la función principal del publicista consiste en crear y, particularmente, en enviar mensajes idóneos hacia los consumidores de forma tal que estos se vean inducidos a adquirir o contratar el producto o servicio anunciado.

¹¹ ALONSO ESPINOZA, Francisco J. Comentario a los artículos 1 y 2. En: comentario a la Ley General de Publicidad. Thomson Reuters, Pamplona, 2009. p. 24.

Esta finalidad de generar transacciones a favor del agente anunciante ha sido reconocida también en nuestra legislación publicitaria de manera uniforme. Así, por ejemplo, si bien el derogado Decreto Legislativo 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, no recogía una definición expresa de lo que debía entenderse por publicidad, este concepto fue desarrollado jurisprudencialmente mediante el precedente de observancia obligatorio aprobado mediante Resolución 096-96-TDC del 11 de diciembre de 1996, según el cual existe publicidad comercial cuando concurren los siguientes dos elementos:

- (i) Una comunicación pública, esto es, dirigida a un público de potenciales consumidores; y,
- (ii) Dicha comunicación debe tener por finalidad o efecto fomentar el los destinatarios del mensaje, el consumo de los bienes o servicios anunciados.

De manera similar, aunque recogiendo una definición más amplia, el literal d) del artículo 59 de la Ley señala que se entiende por publicidad lo siguiente:

"a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales" (subrayado agregado)

No existe discusión, entonces, en que el objetivo de la publicidad es, como señala la Ley, promover la contratación o la realización de transacciones en beneficio de los anunciantes o, lo que es lo mismo, generar mayores ingresos para los anunciantes, producto de la adquisición de sus productos o servicios.

Ahora bien, para alcanzar dicho objetivo, la publicidad busca generar mensajes persuasivos que apelen a los sentimientos, emociones, temores, ideales, los cuáles -a su vez- podrán ser afrontados, alcanzados, evitados o mitigados con el uso del producto o servicio anunciado. En efecto, como es de conocimiento de la Comisión, la publicidad es una forma de comunicación esencialmente emocional. *"La publicidad no habla a la razón ni a la facultad de reflexión humanas. La publicidad susurra a las emociones, los deseos, los sentimientos, las frustraciones, los temores y miedos, el afán de ahorro e, incluso, a*

las pasiones (...); la publicidad interpela las emociones y los sentimientos humanos en su más variada tipología según la clase de producto o servicio cuya contratación se trate de promocionar a través de la misma”¹². Una de las formas más frecuentes de generar, precisamente, un efecto persuasivo en los consumidores consiste en resaltar las bondades o ventajas que ofrece el producto o servicio anunciado. Es más, “un anuncio debe influir en las decisiones de consumo de sus destinatarios, y para tal fin, resulta necesario resaltar las principales características de los productos o servicios anunciados, y además, los beneficios que estos le traerán a los potenciales consumidores”¹³.

En definitiva, la finalidad o efecto de la publicidad, según nuestro ordenamiento, es fomentar en los destinatarios del mensaje, el consumo de los bienes o servicios anunciados, siendo que para ello recurre a mensajes persuasivos que terminen por inclinar o reducir la voluntad del consumidor hacia la efectiva adquisición del producto o servicio anunciado. Particularmente, se resalta las características del producto o servicio anunciado, con la finalidad de influir en los destinatarios del mensaje al resaltar los beneficios que obtendría si decide consumirlo.

En atención a estos criterios, precisamente, es que la Comisión podrá determinar con mayor precisión si, en el caso concreto, la modalidad de emplazamiento que figura en la obra audiovisual tiene naturaleza publicitaria.

2.3. Del product placement con efectos publicitarios

Luego de haber definido los rasgos principales del *product placement*, así como de la publicidad regulada en la Ley, consideramos que es posible concluir que no basta incluir un signo distintivo o marca en una comunicación pública, como es el caso de una obra audiovisual, para poder hablar de publicidad de un producto o servicio. Por el contrario, es necesario verificar en el emplazamiento del producto, la existencia de una alegación publicitaria, esto es, un mensaje dirigido a persuadir al consumidor, mostrando las ventajas y beneficios que ofrece el producto o servicio en cuestión, para que este opte por consumirlo.

Esta posición puede desprenderse, por ejemplo, de la Resolución 0052-2002/TDC del 1 de febrero de 2002. En este acto administrativo, la Sala de Defensa de la Competencia Del Tribunal declaró infundada una denuncia por presuntas infracciones al artículo 8 del

¹² ALONSO ESPINOZA, Francisco J. Comentario a los artículos 1 y 2. En: comentario a la Ley General de Publicidad. Thomson Reuters, Pamplona, 2009. p. 26.

¹³ BEZADA, José Antonio. La publicidad comercial. En: Normas de la Publicidad. Editorial Rhodas, 2006, p.24.

Decreto supremo 083-93-PCM y al artículo 1 de la Ley 26739, dado que el anuncio cuestionado, pese a contener la marca "Winston" como parte integrante del nombre del evento promocionado, a saber, "Super Prime Winston", y presentarla como auspiciadora del mismo, no constituía un anuncio publicitario de los cigarrillos "Winston", al no referirse, directa o indirectamente, a ellos ni incluir algún mensaje de persuasión para el consumidor. De forma similar, en la Resolución 117-2002/CCD del 12 de diciembre de 2002, la Comisión declaró infundada una denuncia por presuntas infracciones a los artículos 70 y 71 de la Ley 26842 porque, pese a que el envase del producto farmacéutico de venta bajo receta médica contenía un logotipo, dicha imagen correspondía a un signo distintivo cuyo propósito era distinguir al referido producto respecto de otros artículos similares de la competencia y no fomentar en los consumidores la adquisición del mismo.

Tal como podrá apreciar la Comisión, según la referida jurisprudencia, no basta con incluir un signo distintivo o marca en una comunicación pública para que esta califique como publicidad. Es necesario, además, que se incluya un mensaje que persuada a los consumidores a adquirir el producto o servicio anunciado.

En atención a lo anterior, debe concluirse que ciertas modalidades del *product placement* no tienen efectos publicitarios al carecer de un mensaje de persuasión apto para influenciar en la decisión de consumo de los consumidores. En efecto, el *product placement* pasivo, el *product placement* activo y el *product placement* verbal en el que solo se hace mención del producto sin emitir una valoración al respecto, no fomentan en los destinatarios del mensaje, el consumo de los bienes o servicios anunciados. Ello debido a que estas modalidades de emplazamiento, no resaltan las características del producto o servicio anunciado, limitándose a presentarlo como parte integrante de la obra audiovisual en un formato neutral.

A diferencia de tales modalidades, el *product placement* verbal en el que se emite una valoración de la marca o del producto, resaltando sus bondades, y el *product placement* hiperactivo o protagónico, si tienen naturaleza publicitaria pues resultan aptos para influenciar en la decisión de consumo del consumidor, al igual que los anuncios publicitarios convencionales. Ciertamente, en este tipo de emplazamientos es posible apreciar la existencia de alegaciones o discursos publicitarios encaminados a persuadir al consumidor sobre los beneficios que obtendría si opta por realizar la decisión de consumo.

Nuestra posición, encuentra particular sustento en lo siguiente¹⁴:

"(...) parte de las modalidades del product placement (en concreto, el Product Placement Verbal –cuando no está acompañado de una alabanza a la prestación materia de emplazamiento- el Product Placement Pasivo y el Product Placement Activo) consisten solo en la mención de la prestación materia de emplazamiento o de su marca o en la exhibición de ellas, sin que estén dicha mención o exhibición nutridas de una alegación publicitaria, es decir, de un mensaje o discurso de carácter autónomo que ofrezca variaciones o apreciaciones sobre las ventajas de dicha prestación o de su marca. En estos casos, a nuestro criterio, no se estará ante publicidad comercial y, en consecuencia, se tratará de comunicaciones públicas a las cuales no les resulta aplicable la regulación publicitaria vigente".

Cabe precisar que el *product placement* pasivo, el *product placement* activo y el *product placement* verbal en el que solo se hace mención del producto sin emitir una valoración al respecto, aún cuando cuentan con ciertos efectos promocionales, esto es, muestran el producto o la marca al público que aprecia la obra audiovisual, no tienen efectos publicitarios pues no buscan influir en la decisión de consumo de los destinatarios del mensaje. Ciertamente, en estos casos, simplemente se coloca un producto en la escena (pasivo), se consume el producto (activo) o se menciona el mismo (verbal), sin que se adicione un elemento adicional que le otorgue algún tipo de protagonismo. Así, de manera similar a lo que ocurre, por ejemplo, con un sorteo o una rifa que no tienen naturaleza publicitaria, las modalidades de *product placement* antes mencionadas carecen de un efecto persuasivo inherente a la publicidad, lo que no implica que no generen beneficios para quienes se sirven de tal figura.

En definitiva, la Comisión debe advertir que no todas las modalidades de *product placement* tienen naturaleza publicitaria, tal como lo da a entender la Secretaría Técnica en la Resolución Admisoria. Según se ha señalado, solo el *product placement* verbal acompañado de una alabanza para el producto o la marca, y el *product placement* hiperactivo o protagónico, presentan tal naturaleza y, en consecuencia, se encuentran sujetas a las obligaciones publicitarias previstas en el ordenamiento jurídico. El resto de modalidades, por el contrario, se encuentran exceptuadas de tales obligaciones al carecer de los efectos persuasivos propios de toda publicidad. No es posible darle a todas las modalidades de *product placement* un solo tratamiento, como si se tratará de una

¹⁴ MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. Análisis del principio de autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano. En: Normas de la Publicidad. Editorial Rhodas, 2006, p.193-194.

categoría única, pues podría generarse sobrecostos innecesarios en los agentes económicos. En ese sentido, consideramos que la diferenciación efectuada, obedece a una regla clara y objetiva que permitiría generar predictibilidad en el mercado.

Tal como demostraremos en el siguiente apartado, ninguna de las modalidades de emplazamiento de nuestra cerveza Brahma, ubicadas en el capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010 en el programa "Al fondo Hay sitio", tienen carácter publicitario, por lo cual no existía la obligación de transmitir la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".

III. AMBEV NO HA DIFUNDIDO PUBLICIDAD DE LA CERVEZA BRAHMA

Como es de conocimiento de la Comisión nuestro ordenamiento reconoce el principio de tipicidad en materia sancionadora, a través del inciso 4 del artículo 230° de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, cuyo texto señala lo siguiente:

"4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria."

Como se desprende de lo antes señalado, en aplicación del principio de tipicidad, sólo será posible sancionar a un administrado en tanto la conducta desarrollada por este se encuentre prevista expresamente como infracción en la ley. En otras palabras, la conducta desarrollada por el administrado debe encontrarse subsumida íntegramente en el texto legal como ilícito.

El artículo 8.2 de la Ley 28681, establece que la publicidad audiovisual de bebidas alcohólicas transmitirá obligatoriamente en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO". En otras palabras, solo la publicidad audiovisual deberá cumplir con indicar tal advertencia.

Según la Secretaría Técnica de la Comisión, AMBEV habría incumplido con dicha obligación legal pues, a su entender, durante el capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010 en el programa "Al Fondo Hay Sitio" se realizó publicidad de la cerveza Brahma,

usando la técnica del *product placement*, sin transmitir la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".

Al respecto, consideramos que la imputación realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión carece de sustento legal, pues asume que el *product placement* es una categoría única que en todos los casos tiene naturaleza publicitaria y que por ello, el posicionamiento efectuado por nuestra empresa es una infracción. Sin embargo, según se ha desarrollado en el apartado 2.3, solo el *product placement* verbal acompañado de una alabanza para el producto o la marca, y el *product placement* hiperactivo o protagonista, presentan naturaleza publicitaria, en la medida en que pueden influenciar la decisión de consumo de los destinatarios del mensaje. En ese sentido, solo estas modalidades de *product placement* se encuentran sujetas a la obligación de transmitir la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO". Por el contrario, el resto de modalidades (el *product placement* pasivo, el *product placement* activo y el *product placement* verbal en el que solo se hace mención del producto sin emitir una valoración al respecto) se encuentran exceptuadas de tal obligación legal al carecer de los efectos persuasivos propios de toda publicidad.

En el presente caso, como podrá apreciar la Comisión, los emplazamientos del producto (Brahma) que se han presentado durante el capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010 en el programa "Al Fondo Hay Sitio", responden únicamente a las modalidades de *product placement* pasivo y activo, modalidades que según se ha explicado, carecen de efectos publicitarios.

En efecto, con relación al *product placement* pasivo, es posible apreciar algunas escenas en las que se visualiza nuestra marca, ya sea a través de cajas, vasos, sombrillas y botellas. Estos elementos, forman únicamente parte del decorado de la escena, tal como a continuación se muestra:



Asimismo, en cuanto al *product placement* activo, es posible advertir escenas en las cuales determinados personajes de la serie interactúan con nuestro producto, al consumirlo, tal como se muestra a continuación:



No obstante lo anterior, tal como podrá apreciar la Comisión de una revisión íntegra del capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010, en ningún momento se hace mención expresa de nuestra marca por parte de alguno de los personajes (*product placement* verbal con mención). Tampoco existen apreciaciones de parte de estos, resaltando las bondades o ventajas de nuestro producto o de nuestra marca (*product placement* verbal con valoración), como sería el caso de comentarios como "qué rica es esta cerveza", "esta cerveza es única o incomparable", "como esta cerveza no hay otra", entre otros. Menos aún, entonces, podría ubicarse un supuesto de *product placement* hiperactivo dentro del referido capítulo, en el cual además de mencionar la marca expresamente, el producto se consume con la intención de fijar la atención sobre él.

En definitiva, como la Comisión podrá concluir, las modalidades de *product placement* que han sido utilizadas por nuestra empresa (pasivo y activo) distan del concepto de publicidad que recoge la Ley, pues no son aptas para influenciar en la decisión de consumo de los destinatarios de la referida serie. Ello debido a que estas modalidades de emplazamiento, según se ha indicado anteriormente, no resaltan las características del producto anunciado, limitándose a presentarlo como parte integrante y natural de la obra audiovisual en un formato neutral.

En atención a lo expuesto, solicitamos a la Comisión que –en aplicación del principio de tipicidad– declare infundada la denuncia formulada en nuestra contra pues, en tanto

AMBEV no realizó publicidad de la cerveza Brahma durante el capítulo transmitido el 2 de noviembre de 2010 en el programa "Al Fondo Hay Sitio", no se encontraba sujeta a la obligación prevista en el artículo 8.2 de la Ley 28681.

IV. REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN

Por medio de la Resolución Admisoria, la Comisión requirió a AMBEV información, en tal medida cumplimos con presentar lo siguiente:

1. Copia de la publicidad de naturaleza similar a la cuestionada, señalando los medios de comunicación utilizados.
 - Si bien consideramos que el emplazamiento realizado por nuestra empresa no califica como publicidad, entendemos que el requerimiento se encuentra referido a otras escenas similares a la cuestionada en el presente caso. En ese sentido, cumplimos con adjuntar copia de un CD que contiene otras escenas similares a la cuestionada, que han podido ser ubicadas en la serie "Al fondo Hay Sitio", serie transmitida por el Canal 4 (Compañía Peruana de Difusión S.A.), y que corresponden a los años 2010 y 2011, en calidad de Anexo 2-A.
2. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles y detallados mes por mes, obtenidos por la venta de la cerveza Brahma, desde tres meses anteriores del inicio de la difusión del anuncio imputado hasta la fecha de notificación de la Resolución Admisoria.
 - Adjuntamos la información solicitada en calidad de Anexo 2-B.

V. SOLICITUD DE CONFIDENCIALIDAD

De conformidad con el artículo 40° del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, **solicitamos que se declare como reservada la información referida al numeral 2 del rubro precedente, que se adjunta al presente escrito en calidad de Anexos, 2-B.**

De conformidad con el numeral 5 del artículo 40 de la Ley, *"Para que proceda la solicitud de declaración de reserva, el interesado deberá precisar cuál es la información confidencial, justificar su solicitud y presentar un resumen no confidencial sobre dicha información. Para evaluar si la información tiene carácter confidencial, la Comisión*

evaluará la pertinencia de la información, su no divulgación previa y la eventual afectación que podría causar su divulgación".

En este sentido, cumplimos con sustentar cada uno de los requisitos establecidos en la Directiva a fin que la información que solicitamos sea declarada confidencial por la Comisión:

- (I) La información cuya confidencialidad se solicita se encuentra referida a:

El monto de los ingresos brutos, expresado en Nuevos Soles y detallados mes por mes, obtenidos por la venta de la cerveza Brahma, desde tres (3) meses anteriores al inicio de la difusión del anuncio imputado hasta la fecha de notificación de la Resolución Admisoria (Anexo 2-B); y,

- (ii) Nuestra solicitud se sustenta en **que dicha información constituye secreto comercial en tanto se encuentra referida a aspectos comerciales de nuestra empresa, como es el caso de los datos relacionados con el resultado de nuestra actividad económica, los cuales no deben ser conocidos por terceros, pues ello generaría un perjuicio irreparable a nuestra empresa.**

- (iii) En este sentido, solicitamos que el plazo durante el cual se mantenga el tratamiento confidencial de nuestra información **sea por plazo indefinido.** Tal como hemos señalado, dicha solicitud se sustenta en que dicha información constituye secreto comercial, por lo que no debe ser conocida por terceros en ningún momento ni bajo ninguna circunstancias, pues de lo contrario se generaría un grave perjuicio a nuestra empresa.

Acompañamos un resumen no confidencial de la información cuya reserva se solicita.

POR TANTO

A LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL DEL INDECOPI SOLICITAMOS: Tener por presentado nuestro escrito de descargos y, en su momento, declarar infundada la denuncia formulada en nuestra contra.

OTROSÍ DECIMOS: Que, como anexos, adjuntamos los siguientes documentos:

1. Copia de un CD que contiene otras escenas similares a la cuestionada, que han podido ser ubicadas en la serie "Al fondo Hay Sitio", durante los años 2010 y 2011. (Anexo 2-A)
2. El monto de los ingresos brutos, expresados en Nuevos Soles y detallados mes por mes, obtenidos por la venta de la cerveza Brahma, desde tres meses anteriores del inicio de la difusión del anuncio imputado hasta la fecha de notificación de la Resolución Admisoria. (Anexo 2-B)
3. Resumen no confidencial de los ingresos brutos obtenidos por la venta de la cerveza Brahma detallados de forma mensual desde tres meses anteriores a la difusión del anuncio hasta la fecha de notificación de la Resolución Admisoria. (Anexo 2-C)

Lima, 21 de diciembre de 2011


TERESA TOVAR MENA
ABOGADO
C.A.L. 19018
Estudio Echecopar

**RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DE
FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL**

Resolución

Nº 080-2012/CCD-INDECOPI

Lima, 16 de mayo de 2012.

EXPEDIENTE Nº 182-2011/CCD

IMPUTADA : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.
(AMBEV)
MATERIAS : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
MEDIDA CORRECTIVA
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : ELABORACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE
BEBIDAS ALCOHÓLICAS

SUMILLA: Se declara **FUNDADA** la imputación hecha de oficio en contra de Ambev, por la infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo Nº 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, se **SANCIONA** a Ambev con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

Finalmente, se ordena a Ambev, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la difusión de la publicidad audiovisual infractora y de cualquier otra similar, en tanto no cumplan con transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase **"TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO"**, infringiendo con ello lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley Nº 28681 – Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

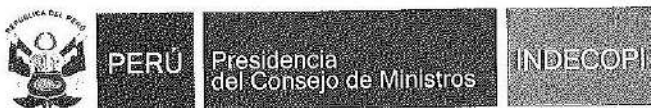
1. ANTECEDENTES

En determinadas escenas del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, a través de la señal de América Televisión - Canal 4, se difundió publicidad de la cerveza "Brahma", mediante la técnica denominada "Product placement" o emplazamiento del producto.¹ El mencionado capítulo trataba sobre una pollada organizada en ayuda del personaje "Raúl del Prado", y con ocasión de la pollada se mostraron escenas donde aparecían cajas apiladas de la cerveza "Brahma", personajes de la serie bebiendo la cerveza, vasos y sombrillas con el logotipo de "Brahma", así como botellas del referido producto.

Durante la transmisión de dicha publicidad, en ningún momento se consignaría la frase de advertencia: **"TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO"**.

Mediante Carta Nº 0254-2010/PREV-CCD-INDECOPI de fecha 5 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Cía. Peruana de Radiodifusión S.A. la grabación íntegra del capítulo

¹ El *product placement* o emplazamiento del producto es una técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos o marcas en las secuencias o guiones de una película, serie de televisión o programa, con fines publicitarios.



del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, desde las 20:00 hasta las 21:00 horas, a través de la señal de América Televisión – Canal 4.

Con fecha 10 de noviembre de 2010, Cía. Peruana de Radiodifusión S.A. presentó un (1) DVD con la grabación solicitada.

Mediante Informe de Secretaría Técnica de fecha 12 de enero de 2011, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) las escenas del capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010, en las cuales se difundió publicidad de la cerveza "Brahma". Al respecto, la Comisión ordenó a la Secretaría Técnica que iniciara un procedimiento de oficio contra Ambev por la difusión de la publicidad antes mencionada.

Mediante Resolución de fecha 30 de septiembre de 2011, la Secretaría Técnica imputó a Ambev la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), debido a que habría difundido publicidad audiovisual de la cerveza "Brahma" en la que no se transmitiría en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", infringiendo con ello lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley N° 28681 (en adelante, Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas).

Con fecha 21 de diciembre de 2011, Ambev presentó su escrito de descargo señalando que en el Perú no existiría regulación sobre la figura del *product placement*. Al respecto, la imputada señaló que uno de los principios que rige la potestad sancionadora de la Administración es el principio de tipicidad. En ese sentido, Ambev manifestó que en aplicación del referido principio sólo sería posible sancionar a un administrado en tanto la conducta desarrollada por este se encuentre prevista expresamente como infracción en la ley. Según, Ambev la Comisión debería adoptar una regla que presuma que la conducta que realizó es lícita, debido a que se encontraría sustentada en el derecho constitucional de la libertad de empresa.

En dicho contexto, la imputada manifestó que para determinar si el *product placement* tiene naturaleza publicitaria sería necesario analizarlo en el caso concreto. En ese sentido, Ambev señaló que para calificar una obra audiovisual como publicidad, no bastaría con incluir un signo distintivo o una marca en la misma. En este punto, la imputada precisó que se debería verificar en el emplazamiento del producto, la existencia de un mensaje dirigido al consumidor, mostrando las ventajas y beneficios que ofrece el producto o servicio, para que este opte por consumirlo o contratarlo.

Por lo expuesto, la imputada sostuvo que ciertas modalidades de *product placement* no tendrían efectos publicitarios al carecer de un mensaje de persuasión capaz de influenciar en la decisión de consumo de los consumidores. Al respecto, Ambev señaló que dichas modalidades de *product placement* se limitarían a presentar al producto o servicio como parte integrante de la obra audiovisual y que, por lo tanto, no se encontrarían sujetas a la regulación publicitaria.

En ese orden de ideas, Ambev manifestó que la modalidad de emplazamiento que utilizó en el capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO" no tendría carácter publicitario, por lo que no se encontraba obligada a cumplir con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, esto es, consignar la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".

Finalmente, con fecha 9 de mayo de 2012, Ambev presentó un escrito reiterando sus argumentos de defensa.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

2. IMÁGENES DE LA PUBLICIDAD MATERIA DE IMPUTACIÓN

- Escenas del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", transmitido el día martes 2 de noviembre de 2010:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000076



3. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

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

1. La presunta infracción al principio de legalidad.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. La graduación de la sanción aplicable, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

4.1. Criterios de interpretación de los anuncios

El numeral 21.1 del artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dispone que la publicidad deba ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el numeral 21.2 del citado artículo prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe.

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.¹ Asimismo, 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, las presentaciones visuales, musicales y los efectos sonoros, ello debido a que el consumidor aprehende integralmente el mensaje publicitario.²

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

¹ 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.

² 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 Intradevco Industrial S.A. contra Colgate-Palmolive Perú S.A.





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

4.2. La presunta infracción al principio de legalidad

4.2.1. Normas y criterios aplicables

La libertad que poseen los anunciantes para difundir sus mensajes publicitarios no es absoluta. Por el contrario, está sujeta a restricciones impuestas por el propio ordenamiento legal, las que se fundamentan en la existencia de un interés de la sociedad que es superior a los intereses privados de los anunciantes.

Así, el artículo 58 de la Constitución Política establece como regla general que la iniciativa privada en materia económica es libre y que la misma se ejerce en una economía social de mercado.³ Por su parte, el artículo 59 de dicho cuerpo constitucional señala que el Estado garantiza la libertad de empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de las mismas no debe ser lesivo a la moral, a la salud, ni a la seguridad pública.⁴

Trasladando estas reglas al campo específico de la publicidad comercial, tenemos como regla general que, en principio, todos los anuncios, cualquiera sea el producto o servicio promocionado, pueden ser difundidos libremente y a través de cualquier medio de comunicación social. Sin embargo, dicha libertad debe ser ejercida observando los derechos, principios y libertades previstos en la Constitución Política, en las leyes, así como las restricciones legales propias de la actividad publicitaria, conforme al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone textualmente:

"Artículo 17º.- Actos contra el principio de legalidad.-

- 17.1. Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.
- 17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

(...)"

En ese contexto, es aplicable a la publicidad de bebidas alcohólicas, lo establecido en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas:

"Artículo 8.- De los anuncios publicitarios

Sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa general sobre publicidad, la publicidad de toda bebida alcohólica deberá sujetarse a las siguientes restricciones:

(...)

2. La publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase a que se hace referencia en el artículo 7 de la presente Ley, por un espacio no menor a tres (3) segundos.

(...)"

³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

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

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidad de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

000078

En consecuencia, la Comisión debe determinar si la publicidad cuestionada, cumple con las disposiciones contenidas en la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, en lo relativo a las restricciones aplicables a la publicidad audiovisual.

4.2.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, la Secretaría Técnica imputó a Ambev la presunta infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debido a que habría difundido publicidad audiovisual de la cerveza "Brahma" en la que no se transmitiría en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", infringiendo con ello lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

Al respecto, Ambev señaló que en el Perú no existiría regulación sobre la figura del *product placement*. Al respecto, la imputada señaló que uno de los principios que rige la potestad sancionadora de la Administración es el principio de tipicidad. En ese sentido, Ambev manifestó que en aplicación del referido principio sólo sería posible sancionar a un administrado en tanto la conducta desarrollada por este se encuentre prevista expresamente como infracción en la ley. Según, Ambev la Comisión debería adoptar una regla que presuma que la conducta que realizó es lícita, debido a que se encontraría sustentada en el derecho constitucional de la libertad de empresa.

En dicho contexto, la imputada manifestó que para determinar si el *product placement* tiene naturaleza publicitaria sería necesario analizarlo en el caso concreto. En ese sentido, Ambev señaló que para calificar una obra audiovisual como publicidad, no bastaría con incluir un signo distintivo o una marca en la misma. En este punto, la imputada precisó que se debería verificar en el emplazamiento del producto, la existencia de un mensaje dirigido al consumidor, mostrando las ventajas y beneficios que ofrece el producto o servicio, para que este opte por consumirlo o contratarlo.

Por lo expuesto, la imputada sostuvo que ciertas modalidades de *product placement* no tendrían efectos publicitarios al carecer de un mensaje de persuasión capaz de influenciar en la decisión de consumo de los consumidores. Al respecto, Ambev señaló que dichas modalidades de *product placement* se limitarían a presentar al producto o servicio como parte integrante de la obra audiovisual y que, por lo tanto, no se encontrarían sujetas a la regulación publicitaria.

En ese orden de ideas, Ambev manifestó que la modalidad de emplazamiento que utilizó en el capítulo del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO" no tendría carácter publicitario, por lo que no se encontraba obligada a cumplir con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, esto es, consignar la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".

Al respecto, es pertinente recordar la definición de publicidad recogida en el literal d) del artículo 59 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

"Artículo 59º.- Definiciones.-

Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;
(...)."

Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de la publicidad audiovisual cuestionada, y tomando en consideración la definición de publicidad recogida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión aprecia que, el mostrar escenas en el programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO" donde aparecían cajas, vasos, sombrillas y botellas con el logotipo de la cerveza "Brahma", así como personajes de la serie bebiendo el mencionado producto, tendría por finalidad atraer la atención del público en general y así, promover la compra de la cerveza "Brahma" por parte de los consumidores.

En este punto, es pertinente precisar que toda publicidad audiovisual que publicita bebidas alcohólicas, debe transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", ello en estricto cumplimiento del inciso 2 del artículo 8 de Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas. Por lo que, sin importar el tipo de técnica empleada para su difusión, los anunciantes deberán cumplir con las disposiciones establecidas en la referida norma.

En ese orden de ideas, para determinar la existencia de una infracción al principio de legalidad, basta con acreditar que el hecho cuestionado transgreda la literalidad de alguno de los preceptos establecidos en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal o de alguna norma sectorial que regule la publicidad comercial, en este caso, el inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas. Así, luego de un análisis de la publicidad audiovisual cuestionada, la Comisión aprecia que Ambev no cumplió con transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO".

Por lo expuesto, en tanto la publicidad materia de imputación no transmite la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", la Comisión considera que ha quedado acreditado que la imputada infringió el principio de legalidad, establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al no cumplir con lo exigido por el inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, por lo que corresponde declarar fundada la imputación hecha de oficio por la Secretaría Técnica.

4.3. La pertinencia de imponer una medida correctiva

De conformidad con el numeral 55.1 del artículo 55 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI⁶ que *"es importante destacar que las 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 la imputada difundió publicidad que infringió el principio de legalidad conforme a lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Represión de la

⁶ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tectosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Competencia Desleal. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que publicidad de naturaleza similar sea difundida en otra oportunidad, justifica que se ordene una medida correctiva destinada a evitar que la conducta infractora se repita en el futuro.

4.4. Graduación de la sanción

4.4.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe en su artículo 52 lo siguiente:

"Artículo 52º.- Parámetros de la sanción.-

- 52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:
- Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
 - Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
 - Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
 - Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientos (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.
- 52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.
- 52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción declarada y graduar la sanción. En tal sentido, el citado artículo dispone lo siguiente:

"Artículo 53º.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal."

4.4.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la actividad publicitaria, 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 infractora, así como graduar la misma.

Al respecto, en relación con el criterio referido al beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, la Comisión considera que, en el presente caso, el hecho de omitir transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", en una única publicidad audiovisual, no generará incremento alguno en la venta de las bebidas alcohólicas ofrecidas por Ambev, debido a que, a criterio de la Comisión, existen otros canales informativos complementarios que contienen la información omitida, como por ejemplo, el rotulado del empaque o etiqueta de los envases de los productos ofrecidos.

Por ello, a criterio de esta Comisión corresponde graduar la sanción, tomando en cuenta los otros criterios existentes para determinar la multa aplicable a la infractora, los que serán considerados para atenuar o agravar la misma. En tal sentido, considerando los criterios de la modalidad y alcance de la conducta infractora, así como la duración de la misma, del expediente se desprende que la publicidad audiovisual infractora ha tenido un alto impacto publicitario, toda vez que fue transmitida en el programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", el mismo que, como es de público conocimiento, ostenta altos niveles de sintonía, a través de la señal de América Televisión - Canal 4, de alcance nacional, lo cual constituye una circunstancia agravante en el presente caso.

Asimismo, debe considerarse que el hecho de omitir transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos, en la publicidad audiovisual de bebidas alcohólicas, la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", a criterio de la Comisión, es capaz de generar un efecto negativo en los consumidores, ya que se puede afectar la salud de éstos al no informárseles adecuadamente sobre el riesgo del consumo excesivo de dicha clase de productos.

Adicionalmente, debe lograrse que la multa cumpla con la función desincentivadora que le corresponde, con la finalidad de evitar que para la infractora pueda resultar más ventajoso incumplir la Ley de Represión de la Competencia Desleal y asumir la correspondiente sanción, que someterse a lo dispuesto por las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria. Esta función es recogida por el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos como el presente.

Por ello, la Comisión considera que en el presente caso la infracción debe ser considerada como leve, con efecto en el mercado, correspondiendo aplicar, por las circunstancias descritas, una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, conforme al numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la misma que no supera el diez por ciento (10%) de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

0001082

los ingresos brutos percibidos por la infractora, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior.

5. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del INDECOPI y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

HA RESUELTO:


PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la imputación hecha de oficio contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., por la infracción al principio de legalidad, establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

SEGUNDO: **SANCIONAR** a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: **ORDENAR** a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión de la publicidad audiovisual infractora y de cualquier otra similar, en tanto no cumplan con transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", infringiendo con ello lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 8 de la Ley N° 28681 - Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

CUARTO: **ORDENAR** a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente 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 numeral 57.1 del artículo 57 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Ramón Bueno-Tizón Deza, Alfredo Castillo Ramírez, Luis Concha Sequeiros y Carlos Cornejo Guerrero.


RAMÓN BUENO-TIZÓN DEZA
Presidente
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal



**RESOLUCIÓN DE LA SALA
ESPECIALIZADA EN DEFENSA DE
LA COMPETENCIA.**



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO
DENUNCIADA : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.
MATERIA : CONFIDENCIALIDAD
NULIDAD
PUBLICIDAD COMERCIAL
ACTOS CONTRA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD
MEDIDAS CORRECTIVAS
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

000132

SUMILLA: se declara la **NULIDAD** de la Resolución 080-2012/CCD-INDECOPI del 16 de mayo de 2012, debido a que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal incurrió en un vicio de motivación aparente al omitir valorar los argumentos de defensa formulados por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C.

Sin perjuicio de lo señalado, y toda vez que se cuentan con suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento, corresponde INTEGRAR y declarar FUNDADA la imputación de oficio planteada contra Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. por la infracción del principio de legalidad publicitario establecido en el artículo 17 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal, sancionándola con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias y ordenándole una medida correctiva de cese definitivo e inmediato del anuncio infractor u otros similares.

La razón es que en el capítulo del programa televisivo “AL FONDO HAY SITIO” transmitido el martes 2 de noviembre de 2010, se incluyeron escenas en las cuales se mostraron con fines publicitarios productos de la marca de cerveza “Brahma”, omitiéndose incluir en la transmisión la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO” por un espacio no menor a tres (3) segundos, tal como lo exige para el caso de anuncios audiovisuales el artículo 8.2 de la Ley 28681 –Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

SANCIÓN: DIEZ (10) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS

Lima, 28 de diciembre de 2012

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución s/n del 30 de setiembre de 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la

M-SDC-13/1A



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011-00013

- (i) No existe a nivel nacional una definición legal o jurisprudencial del "Product Placement" ni tampoco en doctrina se ha desarrollado un concepto único de esta figura. En ese sentido, al ser este un procedimiento administrativo sancionador destinado a restringir derechos como la libertad de empresa, debe procurarse que la definición del "Product Placement" se efectúe en forma razonable, evitando interpretaciones amplias que lleven a restringirlo excesivamente.
- (ii) En ese contexto, bajo una interpretación razonable del "Product Placement", es posible afirmar que no toda inclusión de una marca o producto en el contexto narrativo de una película o serie cumple fines persuasivos, o lo que es lo mismo, no siempre tiene naturaleza publicitaria.
- (iii) Así, cuando solo se incluya la marca o producto en el decorado de una producción audiovisual⁵; o cuando el actor se limite a interactuar con la marca o producto –dado que lo consume o manipula– o se corrobore alguna mención verbal del producto pero sin aludir a sus beneficios⁶, no se estará ante una comunicación publicitaria, dado que la marca aparece en la producción audiovisual con fines meramente narrativos y sin que se enaltezca alguna de sus características.
- (iv) En cambio, existirá publicidad cuando la marca se encuentre aludida de forma explícita y se incluya algún tipo de valoración sobre esta⁷; o cuando la marca o producto sea mencionado, valorado positivamente y, a su vez, exista interacción con los protagonistas de la producción audiovisual⁸. Ello, puesto que solo en estos dos escenarios la persuasión sobre los consumidores se hace posible, en tanto la aparición o mención de la marca se da aparejada de la transmisión de un mensaje articulado que resalta las bondades y ventajas del producto.
- (v) La Sala y la Comisión ya han señalado en dos procedimientos anteriores resueltos en el año 2002 que para que una comunicación pública califique como publicidad no basta que se incluya un signo distintivo, sino que debería acompañarse esta difusión de un mensaje que refiera expresamente las ventajas del producto o servicio anunciado.
- (vi) En la medida que la inclusión del producto "Brahma" durante el capítulo del 2 de noviembre de 2010 del programa "AL FONDO HAY SITIO" se ha

⁵ Modalidad que Ambev identifica como "Product Placement Pasivo".

⁶ Modalidades que Ambev denomina "Product Placement Activo" y "Product Placement Verbal no intensivo".

⁷ Modalidad que Ambev identifica como "Product Placement Verbal Intensivo".

⁸ Modalidad que Ambev denomina "Product Placement Hiperactivo o Protagonístico".



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000135

dado como parte del decorado de las escenas, y los personajes que interactúan con el producto tampoco dan un juicio de valor sobre este, no se advierte un mensaje persuasivo expreso. Por tanto, como el solo hecho de mostrar una marca o producto no califica como publicidad, Ambev no se encontraba obligada a cumplir con el artículo 8.2 de la Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas, pues este es aplicable solo a comunicaciones publicitarias.

5. Por Proveído 4 del 23 de abril de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión informó a Ambev que podía presentar escritos, argumentos y ofrecer las evidencias que considere necesarios hasta antes de concluir el período de prueba. Cabe precisar que en dicha oportunidad, se señaló que el plazo de conclusión del período probatorio se computaría desde el 24 de abril de 2012, esto es, con independencia de la fecha en que el Proveído 4 fuera notificado al administrado.
6. El 10 de mayo de 2012, Ambev reiteró lo señalado en sus descargos y expuso argumentos adicionales, sugiriendo los criterios de graduación de la sanción que debían considerarse en caso la Comisión determine que a través de la transmisión del capítulo del 2 de noviembre de 2010 del programa "AL FONDO HAY SITIO" se había infringido el principio de legalidad publicitario previsto en el artículo 17 de la Ley Represión de la Competencia Desleal.
7. Mediante Resolución 080-2012/CCD-INDECOPI del 16 de mayo de 2012, la Comisión halló responsable a Ambev por infracción al principio de legalidad, al considerar que a través de la transmisión del capítulo del 2 de noviembre de 2010 del programa "AL FONDO HAY SITIO" se difundió publicidad audiovisual de "Brahma" sin incluir la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", por el espacio mínimo de tres (3) segundos que exige el artículo 8.2 de la Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas. A criterio de la Comisión, "(...) *el mostrar escenas (...) donde aparecían cajas, vasos, sombrillas y botellas con el logotipo de la cerveza 'Brahma', así como personajes de la serie bebiendo el mencionado producto, tendría por finalidad atraer la atención del público en general y así, promover la compra de la cerveza 'Brahma' por parte de los consumidores*".
8. Asimismo, la Comisión sancionó a la imputada con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), considerando los siguientes factores: (i) no se produjo un beneficio ilícito que se traduzca en un incremento de la venta de cervezas de marca "Brahma", debido a que existen canales informativos complementarios que contienen la frase omitida (v.g. rotulado del envase); (ii) el alto impacto publicitario que se deriva de los altos niveles de sintonía de la serie y el alcance nacional de la señal a través del cual se difunde; y, (iii) el efecto negativo sobre los consumidores, ya que estos pueden ver afectada su salud al



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000136

no informárseles adecuadamente sobre los riesgos del consumo excesivo de bebidas alcohólicas.

9. El 4 de junio de 2012, Ambev apeló la Resolución 080-2012/CCD-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) El pronunciamiento debía ser declarado nulo, debido a que la primera instancia incurrió en un vicio de incongruencia y motivación aparente. Ello, puesto que nunca rebatió los argumentos señalados en sus descargos referidos a que no todo "Product Placement" tiene naturaleza publicitaria, y en los cuales se desarrolló de forma extensa porqué es que no basta la inclusión de la marca de un producto sino que es necesario que exista concurrentemente un ensalzamiento expreso de sus cualidades.
 - (ii) Existe un vicio procesal relacionado con el cómputo del plazo de diez (10) días hábiles que se le otorga a los administrados para ejercer su defensa en la etapa inmediatamente previa a la conclusión del período de prueba. En efecto, para la Comisión, el plazo preclusorio para presentar escritos y ofrecer evidencias se computa desde la fecha señalada en el proveído, independientemente de la fecha de su notificación a las partes, que es el momento desde el cual el acto administrativo empieza a surtir efectos y las partes se encuentran en posibilidad de ejercer su contradictorio.
 - (iii) Una vez dispuesta la nulidad de la resolución, la Sala debería ordenar la devolución del expediente a la primera instancia, pues de optar por integrar y resolver el procedimiento sin devolución, en la práctica la Sala haría las veces de primera y segunda instancia administrativa a la vez. No obstante, en el supuesto que la Sala decida integrar el pronunciamiento, debía declarar infundada la denuncia de oficio, bajo los mismos argumentos desarrollados en su escrito de descargos.
 - (iv) En el caso negado que se considere que la inclusión de imágenes alusivas a la cerveza "Brahma" en el episodio de "AL FONDO HAY SITIO" tiene fines publicitarios, no debe perderse de vista que el "Product Placement" es un concepto que no cuenta con una definición legal, jurisprudencial ni doctrinaria unívoca. En ese contexto, la propagación de imágenes de "Brahma" se dio en la creencia y con la confianza legítima que no era publicidad, lo cual constituye una justificación que elimina los efectos antijurídicos de la conducta.
 - (v) La Comisión tampoco respetó el principio de congruencia en lo referido a la determinación de la sanción, considerando que no habría hecho referencia a sus argumentos sobre el particular contenidos en el escrito del 10 de mayo de 2012.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000137

- (vi) Sin perjuicio de ello, la sanción de diez (10) UIT impuesta tenía una motivación contradictoria, pues si la Comisión aceptó que a través de canales informativos complementarios (v.g. rotulado) el consumidor podía conocer que el consumo excesivo de bebidas alcohólicas es dañino y ello fue sustento de su decisión de declarar que no existía beneficio ilícito, ese mismo razonamiento también sustentaba que los consumidores se encontraban en posibilidades de informarse ante de ingerir una bebida, evitándose así cualquier daño a su salud.
- (vii) Asimismo, la multa de diez (10) UIT era excesiva si se tenía en cuenta: a) el bajo impacto de la supuesta publicidad, dado que la difusión se dio en un solo día y no existe una campaña; y b) que la infracción no le reportó beneficio, en la medida que su única ganancia se traduce en el ahorro ínfimo que representó el no haber incluido la frase de advertencia de forma visible.
10. Asimismo, en dicha oportunidad Ambev solicitó a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (antes, Sala de Defensa de la Competencia 1, y en adelante, la Sala) que le conceda el uso de la palabra, a fin de sustentar oralmente sus argumentos.
11. Por Requerimiento 219-2012/SC1 notificado el 11 de diciembre de 2012, se solicitó a Ambev que precise si es que su representada tiene suscrito un convenio o ejecuta alguna contraprestación con el objeto de que se incluyan imágenes alusivas a sus productos en el programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO".
12. El 13 de diciembre de 2012, Ambev absolvió el requerimiento de información efectuado, adjuntando los Contratos K0007 y L0003 y correspondientes adendas suscritas con la Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (en adelante, América TV), en virtud de las cuales se asumió la obligación de incluir en el programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO" emplazamientos de su marca de cerveza. Cabe precisar que en dicha oportunidad Ambev solicitó que se declare la confidencialidad de la información presentada por un plazo indefinido, alegando su naturaleza de secreto comercial en tanto contienen las condiciones contractuales acordadas por las partes como parte de su estrategia de posicionamiento.
13. El 14 de diciembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informe oral solicitada, con la asistencia de la abogada representante de la imputada, quien reiteró sus argumentos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000138

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

14. De los argumentos formulados en la apelación por Ambev, así como de la solicitud de confidencialidad planteada en escrito posterior, se desprenden las siguientes cuatro cuestiones controvertidas:
- (i) evaluar si corresponde otorgar tratamiento confidencial a la información de Ambev anexa a su escrito del 13 de diciembre de 2012;
 - (ii) determinar si se han producido los vicios procesales alegados por Ambev y, de ser el caso, si debe declararse la nulidad de la resolución final y devolverse el expediente a la primera instancia;
 - (iii) en caso la resolución sea nula y sea posible su integración, corresponde establecer si la inclusión en el programa "AL FONDO HAY SITIO" de escenas donde se muestran vasos, sombrillas, botellas y cajas de cerveza apiladas de la marca "Brahma", así como la introducción de secuencias reiterativas donde diversos personajes aparecen consumiendo la mencionada cerveza, cumple o no un papel publicitario persuasivo; y,
 - (iv) en caso que la difusión efectuada califique como publicidad y se haya acreditado que no se incluyó la frase de advertencia exigida en la regulación sectorial, se deberá establecer la sanción y medida correctiva aplicables.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1. De la solicitud de confidencialidad

15. La información sistematizada que una empresa produce sobre los procesos industriales, sobre las transacciones comerciales o sobre su actividad empresarial cuesta y, por tanto, para propiciar que esta inversión sea aprovechada por su titular y no por cualquier tercero no autorizado, el sistema legal le otorga a estos conocimientos una "exclusividad relativa"⁹ a manera de secreto empresarial.
16. Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, en la sentencia emitida en el caso *Kewanee Oil Company v.*

⁹ En palabras de Cáceres Barraza, el término "exclusividad relativa" obedece a "(...) que el titular de la información puede evitar que terceros, con o sin acceso a ella, puedan usufructuar dicha información, a menos que haya sido desarrollada por ellos con sus propios medios e investigaciones. Al referirnos a la expresión *exclusividad relativa* hacemos mención al carácter imperfecto de la protección del know-how, puesto que otras personas pueden desarrollar por sus propios medios e inversiones información que pueda equipararse o superar a la ya existente." CÁCERES BARRAZA, César. "Protección Jurídica de los secretos empresariales". Lima: Cultural Cuzco, 2002, pp. 46-47.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000139

Bicron Corp., 416 U.S. 470, precisó que la protección de los secretos empresariales o *trade secrets* responde a la necesidad de que el titular disfrute de los resultados de su trabajo, pues solo en la medida que pueda apropiarse de sus frutos no se desincentivaría la innovación y el descubrimiento de nuevas formas de conocimiento que promuevan el avance tecnológico y científico de la nación, así como el proceso competitivo¹⁰.

17. El artículo 40.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal reconoce que las partes pueden solicitar a la autoridad administrativa que declare la reserva de toda aquella información que presenten en el marco de un procedimiento y que tenga carácter confidencial por tratarse de un secreto empresarial¹¹.
18. Se considera secreto empresarial aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial obliga a los agentes económicos a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a ella, pues estos podrían obtener alguna ventaja competitiva indebida de conocerla¹². Así, se entiende

¹⁰ En la mencionada decisión, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

"La Ley de Secreto Comercial promueve la invención en aquellas áreas que no se encuentran bajo el alcance de la protección de las leyes sobre patentes, generando que el innovador independiente continúe con el descubrimiento y explotación de su invención. La competencia es fomentada y el público no se ve privado del uso de una invención que si bien no es patentable, es valiosa.

(...)

La Ley de Secreto Comercial fomenta el desarrollo y la explotación de las invenciones menores o diferentes de aquellas a las que se les concede una protección bajo las leyes de patentes, pero cuyos elementos juegan un importante rol en el avance tecnológico y científico de la Nación. La Ley de Secreto Comercial promueve el intercambio de conocimientos y el funcionamiento eficiente de la industria, y permite al inventor individual recoger los frutos de su trabajo mediante la contratación de una empresa lo suficientemente grande como para desarrollar y explotar su invención."

Traducción libre del siguiente texto:

"Trade secret law will encourage invention in areas where patent law does not reach, and will prompt the independent innovator to proceed with the discovery and exploitation of his invention. Competition is fostered, and the public is not deprived of the use of valuable, if not quite patentable, invention.

(...)

Trade secret law encourages the development and exploitation of those items of lesser or different invention than might be accorded protection under the patent laws, but which items still have an important part to play in the technological and scientific advancement of the Nation. Trade secret law promotes the sharing of knowledge, and the efficient operation of industry; it permits the individual inventor to reap the rewards of his labor by contracting with a company large enough to develop and exploit it." (Texto accesible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/416/470/case.html> Página web visitada el 19 de diciembre de 2012).

¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 40.- Información confidencial.-**

40.1.- A solicitud de parte o tercero con interés legítimo, incluyendo a una entidad pública, la Comisión declarará la reserva de aquella información que tenga carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial, información que afecte la intimidad personal o familiar, aquella cuya divulgación podría perjudicar a su titular y, en general, la prevista como tal en la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (subrayado agregado)

¹² **DIRECTIVA 001-2008/TRI-INDECOPI. SOBRE CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SEGUIDOS POR LOS ÓRGANOS FUNCIONALES DEL INDECOPI**

IV. DISPOSICIONES GENERALES

(...)

1. Información confidencial.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000140

como tal aquella que cumpla con los siguientes requisitos que se desprenden de lo previsto en el artículo 40.2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

- (i) se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado, siendo que quienes tienen acceso a dicho conocimiento poseen voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado; y,
 - (ii) que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial¹³.
19. En el presente caso, por escrito del 13 de diciembre de 2012, Ambev solicitó que se le otorgue tratamiento confidencial por un plazo indefinido a los Contratos K0007 y L0003 y correspondientes adendas suscritas con América TV, alegando su naturaleza de secreto comercial en tanto revelan su estrategia de posicionamiento al contener el detalle de las condiciones contractuales acordadas por las partes como parte de los compromisos de transmisión de publicidad.
20. Los mencionados contratos y adendas no han sido divulgados previamente a terceros no autorizados, de manera que puede afirmarse que su contenido constituye información preservada con cuidado dentro del propio ámbito de conocimiento exclusivo de Ambev y demás partes que los suscriben.
21. Asimismo, su contenido revela una serie de aspectos comerciales sensibles, vinculados a las condiciones de pago de la contraprestación (precisada por programa televisivo y tipo de publicidad), el detalle de las obligaciones asumidas y negociadas por cada parte, estipulaciones especiales vinculadas al procedimiento de emisión de la publicidad, la distribución de ciertos riesgos relacionados con incumplimientos legales, entre otros. Todos estos elementos contractuales, de ser conocidos por terceros ajenos a Ambev, les permitirían

(...)

- a) Secreto comercial: aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad empresarial, obliga a las empresas a mantenerla fuera del alcance de los terceros ajenos a la empresa;
- b) Secreto industrial: conocimiento tecnológico referido a procedimientos de fabricación o producción en general, o el conocimiento vinculado al empleo y aplicación de técnicas industriales, que permitan obtener o mantener una ventaja competitiva o económica frente a terceros;

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 40.- Información confidencial.-**

(...)

40.2.- De conformidad con la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la solicitud de declaración de reserva sobre un secreto comercial, industrial, tecnológico o, en general, empresarial será concedida por la Comisión o el Tribunal, siempre que dicha información:

- a) Se trate de un conocimiento que tenga carácter de reservado o privado sobre un objeto determinado;
- b) Que quienes tengan acceso a dicho conocimiento posean voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para mantener dicha información como tal; y,
- c) Que la información tenga un valor comercial, efectivo o potencial.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000141

acceder a las condiciones especiales adoptadas por América TV frente a la solicitante como cliente, facilitándoles entender los alcances de sus estrategias publicitarias de posicionamiento y la inversión que viene realizando en difusión televisiva.

22. Por tal motivo, al haberse corroborado que los Contratos K0007 y L0003 y correspondientes adendas presentadas por Ambev tienen valor comercial y se mantienen en reserva, se debe declarar su confidencialidad.

III.2. De los cuestionamientos procesales y la solicitud de nulidad

23. El principio del debido procedimiento, expresión administrativa del derecho constitucional al debido proceso¹⁴, es una garantía fundamental reconocida en el artículo IV.1.2 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General¹⁵, que contiene, a su vez, una serie de derechos, dentro de los cuales se encuentran el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a obtener una decisión motivada, entre otros, previstos con el fin de limitar la actuación de los poderes públicos.
24. En particular, el deber de motivación de las resoluciones contemplado en el artículo 3.4 de la ley administrativa¹⁶, y desarrollado en el artículo 6 del mismo

¹⁴ Como señala la doctrina, el derecho a un debido proceso "tiene un ámbito de aplicación que no se limita únicamente a un escenario de corte jurisdiccional, es decir, a los procesos jurisdiccionales, valga la redundancia, sino que se proyecta también a los diferentes procedimientos de tipo administrativo, político, arbitral, militar y particular". ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy. "El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular". Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. "Derechos Fundamentales y Proceso Justo". Lima: Ara Editores, 2001, p. 188.

En esta misma línea, Agustín Gordillo señala: "(...) negarle el nombre o carácter de "proceso" al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que por tal circunstancia la administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su tramitación. En efecto, pareciera ser evidente hoy día que ciertos principios generales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de Derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinadas a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial; también la administración está sometida a esos principios y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de "proceso". La terminología en sí no es fundamental (...) De allí entonces que rechazar la calificación de "proceso" no implica en absoluto desecher la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales; ni tampoco dejar de sustentar el principio de que el procedimiento administrativo tenga regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento". GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2, La Defensa del Usuario y del Administrado". Lima: Ara Editores, 2003, p. IX-3.

¹⁵ LEY 27444, 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:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹⁶ LEY 27444, Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182/2011/CCD

000142

cuerpo normativo¹⁷, ordena que para que el acto administrativo sea válido debe exteriorizar los argumentos que lo justifican y de su lectura debe desprenderse el tratamiento que se le ha dado a las alegaciones de las partes¹⁸.

25. En esa línea, resulta fundamental que en el seno de un procedimiento administrativo, y más aún en el caso de un procedimiento sancionador como es el de represión de la competencia desleal¹⁹, la autoridad cumpla con la garantía de motivación en su expresión del deber de congruencia²⁰, y se pronuncie respecto de los hechos y fundamentos que configuran la petición o defensa de los administrados involucrados en el procedimiento, explicando las razones por las cuales decide admitir o no admitir un argumento o medio de prueba, y valorarlo en determinado sentido.
26. La violación más flagrante del deber de congruencia y motivación se produce cuando no se expresa fundamentación alguna sobre las alegaciones que sustentan la posición del administrado. En la sentencia emitida en el Expediente 00728-2008-HC el 13 de octubre de 2008²¹, a través de la cual el

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

¹⁷ LEY 27444, Artículo 6.- Motivación del acto administrativo.-

6.1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras de la motivación del acto.

¹⁸ El contenido del deber de motivación exige, en palabras del profesor Morón, una "fundamentación de los aspectos jurídicos –mediante la cita de las fuentes jurídicas pertinentes, la síntesis de las argumentaciones jurídicas alegadas y de las seguidas para estimarlas o desestimarlas– como la fundamentación de los hechos –relación de supuestos reales apreciados y verificados por el funcionario–". MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 158.

¹⁹ El propio Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia emitida en el Expediente 02192-2004-AA/TC del 11 de octubre de 2004 (Demanda de Amparo seguida por Gonzalo Antonio Costa López y otra contra el alcalde de la Municipalidad Provincial de Tumbes), que el deber de motivación de las resoluciones administrativas adquiere una especial relevancia en el marco de los procedimientos sancionadores. Así, en palabras del referido tribunal:

"[En la medida que] una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador".

²⁰ El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 8327-2005-AA/TC del 8 de mayo de 2006 (Demanda de Amparo interpuesta por la Iglesia Evangélica Presbiteriana del Cusco contra la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República), ha reconocido que el deber constitucional de motivación supone que se efectúe una valoración de cada argumento trascendente de las partes o, lo que es lo mismo, que se respete el deber de congruencia. En esta línea, el tribunal indicó 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 (...)"

²¹ Demanda de Hábeas Corpus interpuesta por la señorita Giuliana Flor de María Llamuja Hilaes contra los vocales integrantes de la Tercera Sala Penal con Reos en Cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000143

Tribunal Constitucional delimitó el contenido del deber de motivación, el referido colegiado precisó, a propósito del supuesto de motivación aparente o inexistente, que:

"Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso".
(subrayado agregado)

27. Frente a un pronunciamiento carente de motivación o con motivación aparente, el órgano superior jerárquico se encuentra en la obligación de declarar su nulidad de pleno derecho. Ello, atendiendo a que el artículo 10 de la Ley 27444 contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez²², y que el artículo 14 del mismo cuerpo normativo no admite a la motivación aparente dentro de los supuestos de conservación de los pronunciamientos administrativos²³.
28. En el presente procedimiento, Ambev precisamente ha sostenido en su impugnación que la Resolución 080-2012/CCD-INDECOPI es nula, debido a que la primera instancia incurrió en un vicio de incongruencia y motivación aparente. Ello, básicamente, puesto que nunca rebatió los argumentos señalados en sus descargos referidos a que no toda inclusión de imágenes o menciones de un producto u otras mercancías alusivas de un producto en el contexto de una producción audiovisual calificaba como "Product Placement" de naturaleza publicitaria, dado que el efecto persuasivo dependía de que estas imágenes se encuentren acompañadas de afirmaciones que expresamente enaltezcan las cualidades de los productos.

²² LEY 27444, Artículo 10.- Causales de nulidad. Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
(...)

²³ LEY 27444, Artículo 14.- Conservación del acto.-

14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.

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

14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.

14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.

14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.

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.

14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial.

14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

29. La resolución impugnada, en la parte pertinente, se limita a sostener lo siguiente:

"Sobre el particular, luego de un análisis superficial e integral de la publicidad audiovisual cuestionada, y tomando en consideración la definición de publicidad recogida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión aprecia que, el mostrar escenas en el programa televisivo 'AL FONDO HAY SITIO' donde aparecían cajas, vasos, sombrillas y botellas con el logotipo de la cerveza 'Brahma', así como personajes de la serie bebiendo el mencionado producto, tendría por finalidad atraer la atención del público en general y así, promover la compra de la cerveza 'Brahma' por parte de los consumidores.

En este punto, es pertinente precisar que toda publicidad audiovisual que publicita bebidas alcohólicas, debe transmitir en forma visual y por un espacio no menor a tres (3) segundos la frase 'TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO', ello en estricto cumplimiento del inciso 2 del artículo 8 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas. Por lo que, sin importar el tipo de técnicas empleada para su difusión, los anunciantes deberán cumplir con las disposiciones establecidas en la referida norma".

30. De una revisión del extracto citado, se aprecia que, en efecto, pese al extenso desarrollo de la argumentación de Ambev que se ha resumido en el punto 28 –y que configuró su argumento de defensa central–, la primera instancia nunca desarrolló su interpretación sobre la definición de publicidad, ni tampoco sustentó porqué es que a su criterio, bajo esta definición, la exposición o emplazamiento de elementos distintivos de la marca "Brahma" en el programa "AL FONDO HAY SITIO" era suficiente para que se esté frente a un anuncio, sin que sea necesario que se efectúen alegaciones expresas que aludan a las ventajas de la cerveza para que se configure una publicidad.
31. Asimismo, tampoco explicó qué características particulares tuvo la inclusión de imágenes relacionadas con la cerveza "Brahma" en el capítulo de "AL FONDO HAY SITIO" para que se de un efecto persuasivo publicitario y no se esté frente a una mera inclusión de productos con el fin de dotar de realismo y acercar a la "vida diaria" el contexto narrativo de la serie televisiva.
32. En palabras de Morón, *"la motivación de las resoluciones debe incluir la cita de las principales argumentaciones de los administrados y la forma en que se han tenido en cuenta al momento de resolver, tanto en forma desestimatoria como estimatoria"*²⁴. Pero ello precisamente no ha sucedido en el pronunciamiento apelado, pues la Comisión hace un razonamiento superficial que no cumple con indicar en absoluto los motivos por los cuáles debía estimarse o desestimarse

²⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Op. Cit.*, p. 159.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000145

la alegación sobre la naturaleza no publicitaria de ciertos usos marcarios en los contextos de producciones audiovisuales.

33. Esta situación llama especialmente la atención de esta Sala, si se tiene en cuenta que este argumento de fondo presentado por Ambev era relevante y su omisión reviste mayor gravedad, en tanto que de ser cierto podía determinar que la obligación sectorial establecida en la Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas no le sea exigible.
34. Por las consideraciones expuestas, y atendiendo a que de conformidad con los artículos 10 y 14 de la Ley 27444 un acto administrativo en el que no se exprese motivación sobre algún aspecto trascendente no puede ser conservado, corresponde ordenar la nulidad de la Resolución 080-2012/CCD-INDECOPI.
35. Sin perjuicio de lo señalado, y pese a que ya no resulta determinante la evaluación del otro vicio que alegó Ambev –referido al cómputo del plazo que se le otorgó para ejercer su defensa al término del período de prueba– al haberse declarado la nulidad de la resolución impugnada en base a una causal distinta (motivación aparente), la Sala considera importante poner de relieve que el criterio de cómputo de plazo seguido por la primera instancia se aparta de la interpretación que ha hecho este colegiado anteriormente.
36. El cómputo de plazo para la conclusión del período de prueba y, por consiguiente, el plazo perentorio que se le otorga a las partes para presentar sus alegatos finales, se encuentra regulado en el artículo 41.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal:

"El período de prueba concluirá diez (10) días hábiles después de que la Secretaría Técnica ponga en conocimiento de la Comisión todo lo actuado, por considerar que en el procedimiento obran los medios probatorios y sucedáneos suficientes para la resolución del caso."

37. En relación con el referido dispositivo, la Sala²⁵ ya ha señalado que una interpretación literal de este supondría un recorte al derecho de defensa de los administrados y a su derecho a probar, pues, en estricto, las partes apersonadas se encuentran en posibilidad de formular sus alegatos recién desde el momento en que se le notifica del acto administrativo que le informa de la próxima culminación del período de prueba.

²⁵ Véase, entre otras, la Resolución 0058-2011/SC1-INDECOPI del 11 de enero de 2011 y la Resolución 0172-2011/SC1-INDECOPI del 26 de enero de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3685-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000146

38. En ese contexto, la regla general más beneficiosa para los administrados, que nace de una interpretación sistemática y garantista, consiste en que el cómputo del plazo se inicie desde la fecha de su comunicación efectiva al administrado, esto es, que no se sujete el cómputo a una fecha ajena al acto de notificación. Ello, más aun cuando el artículo 16 de la Ley del Procedimiento Administrativo General²⁶ dispone que un acto administrativo es eficaz a partir de su notificación, lo cual implica que este surtirá efectos cuando sea puesto en conocimiento del administrado, pudiendo ser eficaz desde su emisión sólo cuando este sea más favorable para dicho administrado.
39. Como puede apreciarse, las normas bajo comentario que rigen el procedimiento administrativo, establecen claramente como regla general que los actos administrativos surten efectos luego de que son notificados o puestos en conocimiento del administrado, fijando siempre una tendencia a que cualquier excepción a dichas reglas será de aplicación únicamente cuando resulte más beneficiosa para aquel.
40. De tal modo, el hecho que el Proveído 4 –a través del cual se notificó a Ambev de la culminación del período de prueba y presentación de alegatos– fije una fecha específica de comienzo del cómputo de diez (10) días hábiles y no sujete el inicio de este cómputo a la mera notificación al administrado investigado, constituye en sí mismo una desviación del procedimiento regular previsto²⁷.
41. En ese contexto, esta Sala recomienda a la primera instancia que, bajo la óptica garantista que debe guiar la aplicación de toda norma de instrucción en un procedimiento sancionador, en lo sucesivo, a fin de evitar el eventual recorte del derecho de contradicción de los administrados que actúan en condición de partes, el plazo de diez (10) días hábiles para la culminación del período de prueba que delimita el término para la presentación de alegatos, debe computarse para cada administrado considerando el momento en que cada uno de estos es debidamente notificado.

III.3. La definición de publicidad y el concepto de "Product Placement"

42. Al haberse declarado la nulidad del pronunciamiento final de la Comisión, corresponde evaluar si es que se debe devolver el expediente a la primera

²⁶ LEY 27444, Artículo 16.- Eficacia del acto administrativo.-

16.1.- El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos, conforme al presente capítulo.

16.2.- El acto administrativo que otorga beneficio al administrado se entiende eficaz desde la fecha de su emisión, salvo disposición diferente del mismo acto.

²⁷ No obstante, cabe precisar que en el caso concreto esa desviación del procedimiento regular sería intrascendente y no ha limitado en la práctica la defensa de Ambev, puesto que la fecha señalada para el inicio del cómputo del plazo fue la misma fecha en que se notificó (24 de abril de 2012). Ver a fojas 60 y 61 del expediente.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

001147

instancia o es posible que esta Sala resuelva de manera definitiva el procedimiento.

43. Sobre el particular, Ambev alegó que se debería ordenar la devolución del expediente a la primera instancia, pues de optar por integrar y resolver el procedimiento directamente, en la práctica la Sala haría las veces de primera y segunda instancia administrativa a la vez. De tal manera, a criterio de Ambev, sería necesario que se le garantice el derecho a contar con una doble instancia administrativa; siendo que si el tribunal integraba el pronunciamiento, no generaba incentivos para que la primera instancia corrija su irregular proceder.
44. Al respecto, es de notar que según lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en uniforme jurisprudencia, la doble instancia administrativa no constituye un derecho fundamental de los administrados y, en tal sentido, la Administración Pública, tras declarar la nulidad, no se encuentra obligada a tramitar el procedimiento devolviendo el expediente a la Comisión, como pretende Ambev²⁸.
45. Incluso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad administrativa, además de declararla puede resolver el asunto, siempre que cuente con elementos de juicio suficientes²⁹ y en tanto no se afecte la posibilidad de las partes de formular alegaciones. Como se aprecia, el propio sistema legal administrativo –inspirado en los principios de celeridad y

²⁸ En la Sentencia emitida en el Expediente 3741-2004-AA/TC el 14 de noviembre de 2005, el Tribunal Constitucional sostuvo lo siguiente:

"Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental. El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo bien en todo caso, de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales."

En el mismo sentido, la Sentencia emitida en el Expediente 2209-2002-AA/TC el 12 de mayo de 2003, indica que

"(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acríticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo (...) en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias".

²⁹ LEY 27444, Artículo 217.- Resolución (...)

217.2 Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011-CCP 48

eficacia que ordenan su tramitación³⁰– ha previsto la posibilidad explícita de que aún mediando una nulidad del procedimiento, este puede ser resuelto definitivamente por el propio superior jerárquico que la declaró.

46. En el presente procedimiento de oficio, la parte investigada ha sustentado a través de diversos escritos presentados a lo largo del procedimiento los argumentos que sustentan su posición. De tal manera, se aprecia que se cuentan con los elementos de juicio necesarios para resolver la materia controvertida, sin necesidad de que el expediente sea devuelto a la primera instancia, puesto que el derecho de defensa del procesado se encuentra garantizado.
47. En ese sentido, a continuación se procederá al análisis de fondo de los argumentos planteados por Ambev sobre la definición de “Product Placement” y su relación con el concepto de publicidad, para lo cual resulta pertinente delimitar previamente el marco legal y jurisprudencial aplicable a la definición de publicidad comercial.
48. El artículo 59 literal d) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal acoge una definición bastante amplia del concepto de publicidad comercial, precisándose que como tal debe entenderse a cualquier tipo de comunicación que se encuentre dirigida al público y que tenga por objeto promover la contratación de bienes y servicios, para así mejorar la situación competitiva del anunciante:

“Para efectos de esta ley se entenderá por:

(...)

d) Publicidad: a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.”

³⁰ LEY 27444, 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:

(...)

1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.

1.10. Principio de eficacia.- Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000149

49. Nótese que la misma ley reconoce que los instrumentos publicitarios pueden plasmarse en diversos tipos de soportes. Ello quiere decir que el concepto de publicidad no se limita a aquellos mensajes elaborados que se transmiten a través de medios de comunicación tradicionales. Por el contrario, la concepción amplia que prevé la vigente Ley de Represión de la Competencia Desleal, permite comprender como publicidad no solo aquellos documentos que se transmiten por los canales típicos (prensa, televisión, folletos, carteles en la calle, etcétera), sino también a cualquier estrategia comunicativa distinta.
50. Asimismo, el segundo rasgo distintivo que se desprende del artículo 59 literal d) de la ley sobre la materia se vincula con lo que se conoce como la función persuasiva de la publicidad comercial, esto es, que la comunicación pública tenga por finalidad o efecto, de manera directa o indirecta, la adquisición de bienes o contratación de servicios³¹. Esta finalidad persuasiva puede lograrse mediante la promoción directa de un determinado producto o servicios o, de manera indirecta, por ejemplo, al enaltecer la reputación comercial del anunciante mediante la difusión de sus logros, posicionamiento en el mercado, difusión intensiva de la marca, entre otros mecanismos³².
51. Ahora bien, para lograr este efecto persuasivo, es relevante notar que la norma no exige que el anunciante se atribuya expresamente ciertas características beneficiosas o que enaltezca expresamente sus ventajas frente a otros empresarios. Es decir, no existe mandato legal alguno que refiera que la publicidad debe necesariamente limitarse solo a aquellos actos de comunicación pública en los cuales el anunciante incluya un mensaje articulado que resalte las bondades de su producto, servicio o establecimiento.
52. Ello es así pues la función persuasiva de la publicidad comercial no consiste necesariamente en describir las características de los productos o servicios publicitados, sino que esta función puede consistir en la presentación estratégica e intensiva de un determinado producto, servicio, una marca o un

³¹ Al respecto, Mabel López señala que: "(...) la publicidad no se limita al comercio, y por ello hemos tratado de dar una visión amplia del concepto de publicidad. Nosotros utilizaremos el término de publicidad como modo de comunicación que dotada de un carácter específico persuasivo se utiliza como mensaje informativo especial con una intención determinada, consistente en influir en la toma de decisiones del receptor del mensaje. Sin embargo, en lo que se refiere a la protección de los consumidores deberemos atender exclusivamente a la publicidad comercial, atendiendo a ésta como un tipo de publicidad; es aquella publicidad que se lleva a cabo con la intención de provocar un acercamiento a la marca, producto o empresa en el potencial consumidor, es un mensaje informativo que con un carácter persuasivo se ejecuta y difunde de acuerdo a técnicas específicas y que actúa como medio de captación de sujetos promoviendo la contratación de bienes y servicios." LÓPEZ GARCÍA, Mabel. *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*. p. 17. (Editado por eumed-net; accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/>, página web visitada el 19 de diciembre de 2012.)

³² Este criterio fue recogido por la Sala en la Resolución 1738-2007/TDC-INDECOPÍ del 19 de setiembre de 2007, en el procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra Plisco Airlines S.A.C. (Expediente 224-2006/CCD).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

agente económico, sin hacer mención alguna a las características de los bienes que comercializa. 000156

53. Bajo esta premisa, la autoridad administrativa no puede restringirse a evaluar únicamente los anuncios publicitarios tradicionales que contengan un determinado paradigma de contenido informativo (mensaje articulado que exprese las ventajas del bien ofertado), pues ello contradice la creatividad inherente a los diversos tipos de mensajes inmersos en los anuncios publicitarios. Creatividad que, como los propios expertos en publicidad sostienen³³, puede involucrar una multitud de mecanismos novedosos.
54. En este escenario, el mero uso de una marca en un contexto intensivo puede cumplir no solo el fin típico distintivo de identificación del origen empresarial, sino también involucrar un eminente fin persuasivo y, por consiguiente, tener naturaleza publicitaria. Ciertamente, como lo reconoce incluso la propia doctrina especializada en materia de signos distintivos³⁴, la exposición de un signo distintivo tiene por lo general un efecto de recordación en los consumidores, siendo que este efecto de posicionamiento de una marca y del empresario constituye en muchas ocasiones el objetivo de un anuncio o campaña

³³ "Ahora que se han disparado los costos de las cadenas de televisión mientras que los públicos se encogen, muchos anunciantes están buscando formas nuevas de llegar a los consumidores. El cambio hacia estrategias de micromarketing, más concentradas en grupos de consumidores específicos, también ha alentado a la búsqueda de medios alternos que sustituyan o complementen a las cadenas de televisión. Los anunciantes están dedicando porciones cada vez más grandes de sus presupuestos a medios que cuestan menos y a los que se dirigen con mayor precisión. (...) En su lucha por encontrar formas menos costosas y más dirigidas de llegar a los consumidores, los anunciantes han descubierto una gama extraordinaria de "medios alternos". (...) dondequiera que vayamos y hagamos lo que hagamos, probablemente nos toparemos con alguna forma nueva de publicidad. Diminutos carteles pegados a los carritos del supermercado, anuncios en las bolsas para las compras, e incluso calcomanías publicitarias en los pisos de las tiendas (...) Letreros encima de los parquímetros anuncian multitud de cosas, como Jeeps, cámaras Minolta y alimento para perros Recipe. Un camión urbano pasa junto a nosotros, totalmente pintado como anuncio ambulante del cereal Trix. Escapamos al parque de béisbol, sólo para encontrar pantallas de video gigantes que muestran anuncios de Budweiser mientras un dirigible con un tablero electrónico de mensajes da vueltas lentamente en las alturas (...)" KOTLER, Philip y Gary ARMSTRONG. Fundamentos de Mercadotecnia. 4ª Ed. México: Prentice-Hall Hispanoamericana, 1998, p. 491.

³⁴ A nivel doctrinario se ha discutido mucho acerca de la existencia de una función publicitaria inherente asociada a las marcas. Sobre el particular, Bugallo señala: "En definitiva, hoy prevalece ampliamente la tesis favorable al reconocimiento jurídico de la función publicitaria de la marca, mantenida por un importante sector de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas, defendida por la doctrina y jurisprudencia europeas. Más aún: se comienza a sustentar, por la doctrina alemana, que la función publicitaria constituye el rol determinante de un signo distintivo en el mercado." (subrayado agregado). BUGALLO, Beatriz. *Marca y Función Publicitaria. Breves Consideraciones*. Cita tomada de la nota al pie número 11 contenida en la Resolución 2046-2007/TDC-INDECOPI.

En el mismo sentido, Llobregat refiere "(...) La función publicitaria [de las marcas], la cual presenta dos vertientes: información a los consumidores y persuasión. En relación con la primera de ellas, los empresarios utilizan las marcas con el fin de que los consumidores las asocien con una información lo más completa y precisa posible sobre los precios, el origen, la calidad y las características de sus respectivos productos. Por esta vía los empresarios consiguen atraer a los consumidores a través de una publicidad informativa y sugestiva". LLOBREGAT HURTADO, María Luisa. *Temas de Propiedad Industrial*. Madrid: Editorial La Ley, 2da. Edición, 2007, p. 50.

También véase: AREÁN LALÍN, Manuel. *En torno a la función publicitaria de la marca*. En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, Tomo 8, 1982, pp. 57-84; y, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA; Enrique, SOLER PASCUAL, Luis Antonio y Rafael FUENTES DEVESA. *Tratado Práctico de Propiedad Industrial*. p. 79.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

publicitaria y es una vía indirecta de promover la adquisición o contratación de bienes o servicios. 000151

55. El papel publicitario de la marca sin necesidad de que exista un mensaje articulado adicional no es un aspecto novedoso, puesto que ha sido objeto de pronunciamientos de este tribunal en anteriores procedimientos de represión de conductas desleales.
56. Así, por ejemplo, en la reciente Resolución 2861-2012/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2012, la Sala estableció expresamente que el uso marcario que había efectuado el imputado encerraba fines publicitarios. Se cita a continuación la parte pertinente:

"La función informativa de la publicidad comercial no consiste necesariamente en describir las características de los productos o servicios publicitados, sino que esta función puede consistir en la presentación de un determinado producto, servicio, una marca o un agente económico, sin hacer mención alguna a los bienes que comercializa. Ello sucede con frecuencia, por ejemplo, cuando se trata de un nuevo competidor que ingresa al mercado o cuando se realiza campañas publicitarias que buscan lograr el posicionamiento de una marca.

(...)

En tal sentido, en la medida que a través de la tarjeta de presentación, el boletín de sugerencias, el cartel dentro del establecimiento y la indicación en el frontis se posiciona la marca de la cadena a la cual pertenece el establecimiento, (...) la Sala advierte que nos encontramos ante información de tipo publicitario que se encuentra al acceso general de los consumidores y es susceptible de desviar sus preferencias."

57. En el mismo sentido, en la Resolución 2046-2007/TDC-INDECOPI del 24 de octubre de 2007, la Sala consideró que la inclusión de la marca "Marlboro" en la indumentaria de anfitrionas de eventos sociales, era percibida especialmente por los consumidores y cumplía un fin persuasivo publicitario, sin necesidad de que se involucre la transmisión de algún mensaje adicional sobre las características y ventajas del producto:

"En torno a la finalidad promocional, la Sala considera que la contratación de anfitrionas o promotoras con vestimenta alusiva al signo distintivo "Marlboro" tiene por objeto promocionar el consumo de los cigarrillos de dicha marca. En este caso, el contenido del mensaje publicitario es simple, generar la recordación de dichos productos mediante la difusión de su marca, mediante la asociación de las personas que utilizan la vestimenta alusiva a la marca."

58. Como se aprecia, la exposición de signos distintivos en determinados contextos puede ser calificada como publicidad comercial, al cumplir un fin persuasivo que es percibido como tal por el consumidor.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOP

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000152

59. Actualmente, una de las técnicas publicitarias que recurre a la inclusión de determinados signos distintivos en el contexto de una comunicación pública se produce en el denominado "Product Placement" o emplazamiento de producto en el contexto de una serie, película u otra narración³⁵. Esta figura, que no tiene desarrollo legal específico ni jurisprudencia a nivel nacional, sin embargo sí ha sido conceptualizada en legislación internacional así como en diversa literatura de marketing.
60. Así, a nivel de legislación comparada, la Directiva sobre Actividades de Radiodifusión Televisiva de la Unión Europea, aprobada el año 2007, define al "Product Placement" como "toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que aparezca en un programa, a cambio de una remuneración o contraprestación similar"³⁶.
61. En la misma línea, la Ley 7/2010, Ley General de la Comunicación Audiovisual en España, caracteriza al "Product Placement" como "Toda forma de comunicación comercial audiovisual consistente en incluir, mostrar o referirse a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa".
62. Por su parte, en la sección nueve del Ofcom Broadcasting Code (Código de la Industria de la Comunicación) del Reino Unido³⁷, se califica al "Product Placement" como "La inclusión o referencia en un programa de un producto, servicio o marca con propósito comercial a cambio de la realización de un pago o el otorgamiento de otra ventaja que se entrega al proveedor del contenido u otra persona relacionada, y que no sea "Prop Placement"³⁸. Asimismo, este Código resalta que este supuesto de exclusión denominado "Prop Placement" se presenta cuando la inclusión de la marca o bien se produce en un contexto no significativo y no existe pago al productor principal de los contenidos u otro

³⁵ "Actualmente el 'Product Placement' se ha convertido en un recurso adicional para el posicionamiento de la marca. Si bien solo no necesariamente generará su lanzamiento, como parte de una estrategia de marca y de marketing mix puede ser un catalizador que genere enormes cantidades de impresiones."

Traducción libre del siguiente texto: "Today product placement has become a supplemental source of brand awareness. Alone it will not launch a brand, however as part of the brand advertising and marketing mix it can be a catalyst in generating enormous amounts of impressions". ZAZZA, Frank citado por LEHU, Jean-Marc. *Branded Entertainment: Product Placement & Brand Strategy in the Entertainment Business*. Cornwall: MPG Books, 2007, p. 8.

³⁶ Véase definición legal del artículo 1.2. literal m) de la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

³⁷ Ofcom es la Autoridad Regulatoria y de Competencia Independiente para la industria de las comunicaciones en el Reino Unido.

³⁸ Traducción libre del siguiente texto:

Meaning of "product placement":

The inclusion in a programme of, or of a reference to, a product, service or trade mark where the inclusion is for a commercial purpose, and is in return for the making of any payment, or the giving of other valuable consideration, to any relevant provider or any person connected with a relevant provider, and is not prop placement.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

66153

individuo que tenga control sobre lo que se expone en la producción, en ese caso no existirá "Product Placement"³⁹.

63. Por otro lado, a nivel doctrinario, según el diccionario "J. Walter Thompson. Comunicación, marketing y nuevas tecnologías", la definición exacta de "Product Placement" es la de una "Técnica de comunicación que consiste en insertar estratégicamente productos comerciales en las secuencias o guiones de una película de cine o televisión con fines publicitarios."⁴⁰
64. Por su parte, Morgado señala que el "Product Placement" es, propiamente, una técnica publicitaria en expansión, que no consiste en una mera inclusión de productos o signos distintivos como decorado o *atrezzo* de la escena narrativa. Ciertamente, encierra fines eminentemente comerciales que han sido previamente pactados y coordinados con el empresario titular del bien o servicio mostrado⁴¹.
65. En el mismo sentido, Baños y González consideran "al product placement como una herramienta de comunicación utilizada por empresas, organizaciones, instituciones (...) cuya técnica radica en incorporar un producto o marca real en el contexto de una trama narrativa de ficción. (...) Por lo tanto, una marca en escena, cuya presencia responde a una operación de product placement, implica la existencia de de un mensaje comercial pagado que busca una eficacia dada"⁴².
66. Como se puede concluir de las definiciones precitadas, el "Product Placement" es una técnica de posicionamiento que siempre encierra naturaleza comercial, siendo que se distingue de la mera inclusión de productos o servicios en una producción audiovisual con fines narrativos (a la cual se denominará como "Prop Placement"), por el hecho que su objetivo no es el de "decorar" y "ambientar" la escena para que esta represente de la manera más fidedigna la realidad. Por el contrario, el "Product Placement" es un instrumento de

³⁹ Cfr. con el siguiente texto:

"Meaning of 'prop placement':"

The inclusion in a programme of, or of a reference to, a product, service or trade mark where the provision of the product, service or trade mark has no significant value, and no relevant provider, or person connected with a relevant provider, has received any payment or other valuable consideration in relation to its inclusion in, or the reference to it in, the programme, disregarding the costs saved by including the product, service or trade mark, or a reference to it, in the programme."

⁴⁰ Cfr. AA.VV. *Diccionario J. Walter Thompson. Comunicación, marketing y nuevas tecnologías*. Madrid: Ediciones de las Ciencias Sociales, 2003.

⁴¹ Cfr. MORGADO, María. *Del Product Placement no se escapa nadie*. Universitat Jaume, pp. 3-4.

⁴² BAÑOS GONZÁLEZ, Miguel y Teresa RODRÍGUEZ GARCÍA. *Imagen de marca y Product Placement*. Madrid: Esic Editorial, 2012, p. 169.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

066154

marketing eficaz, pues se vale de la producción audiovisual para sortear la incredulidad típica que tienen los consumidores frente a los anuncios comunes e ingresar así de manera desapercibida frente a ellos, advirtiéndose que su papel comercial parte de que no se muestra a la marca como un simple "decorado", sino que se le da un papel intenso en un contexto persuasivo.

67. Por ello, considerando que no necesariamente toda inclusión de productos o marcas en una producción audiovisual tiene fines publicitarios, esta Sala considera que deben establecerse determinadas reglas que faciliten la identificación de cuando existe un fin comercial publicitario o "*Product Placement*".
68. En ese contexto, y siguiendo las definiciones legales y doctrinarias internacionales mayoritarias arriba referidas, el primer elemento que debe concurrir para que se esté frente a "*Product Placement*" es el factor objetivo.
69. El elemento objetivo consiste en determinar la existencia de un contrato, convenio o, ante la ausencia documental de un contrato, del pago de alguna contraprestación –no necesariamente monetaria– a través de la cual el empresario conviene que sus productos, servicios o marcas sea exhibidas en el contexto de una producción audiovisual dada.
70. En efecto, conforme al principio de causalidad que guía las actuaciones administrativas⁴³, y en concordancia con la definición de anunciante que recoge la ley –la cual califica como tal no solo al sujeto beneficiario de la difusión, sino a aquel que ha provocado esta difusión⁴⁴–, es evidente que solo podrá atribuirse responsabilidad administrativa al empresario cuyos bienes o marcas son exhibidos si se acredita que esta exhibición respondió a un encargo expreso de su parte. De lo contrario, la inclusión de estas imágenes se explica por las necesidades narrativas del propio proveedor de los contenidos audiovisuales y no por un fin comercial atribuible al empresario.
71. No obstante ello, cuando no existan pruebas explícitas de un contrato o un pago, la Comisión –o la Sala, de ser el caso– podrán tener en cuenta cualquier

⁴³ LEY 27444, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)

8. Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

⁴⁴ DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 59.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:
(...)

c) Anunciante: a toda persona, natural o jurídica, que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que, por medio de la difusión de publicidad, se propone: i) ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o, ii) motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales; (subrayado agregado)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000155

otro elemento de juicio relevante que demuestre que la actuación del autor de los contenidos se encontraba encaminada a efectuar publicidad de bienes o servicios a favor del empresario. Ello sucedería, por ejemplo, si se lograra acreditar que la difusión de la marca en la narración se debió a un favor en beneficio de un cliente conocido o a solicitud de este último.

72. El segundo factor a verificar es de índole subjetivo y consiste en constatar que la inclusión de la marca sea susceptible de provocar efectos persuasivos en los consumidores que son destinatarios de la comunicación pública, puesto que estos advierten un cierto protagonismo del producto emplazado y no un mero uso con fines narrativos, artísticos, dramáticos o escénicos.
73. Cuando la aparición de la marca se vea aparejada de frases complementarias alusivas a sus cualidades y virtudes, es evidente y no habrá duda que se produce un efecto persuasivo. Ciertamente, la adición de alusiones expresas que le otorguen protagonismo a un producto determinado en el contexto de una narración, es el escenario más sencillo, puesto que en él el consumidor percibe directamente un intento comercial de posicionamiento que se vale del contexto narrativo para pasar desapercibido.
74. Sin embargo, esta evaluación deberá ser más exhaustiva en aquellos casos donde la inclusión de los bienes o marcas no presente elemento adicional al solo uso del signo distintivo. En dicho escenario, la evaluación deberá darse en el caso concreto, considerando esta Sala que a fin de proteger en la mayor medida posible a los consumidores en el contexto del mandato constitucional de protección especial establecido en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú⁴⁵, la autoridad deberá dar primacía a la presunta finalidad publicitaria que, como se ha visto, podría estar presente en cualquier supuesto de exposición de un signo distintivo.
75. Así, entre otros factores que pueden evaluarse para afirmar el uso publicitario de los signos distintivos en un contexto narrativo se pueden enumerar los siguientes: (i) la falta de necesidad de su inclusión en el contexto de la trama, esto es, la aparición del bien o marca se encuentra desligado de la narración que se muestra y no encuentra justificación escénica; (ii) el uso intenso de su inclusión, pues pese a que la inserción del producto emplazado se justifica en la escena, se resalta intensamente y de una manera recurrente, que no encuentra esa difusión intensa sustento en la necesidad narrativa; (iii) la marcada interacción de los personajes de la producción audiovisual con el producto, más aún cuando este personaje es protagónico; (iv) el hecho que la presencia del

⁴⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000158

producto en las escenas esté claramente diferenciado respecto de otros bienes que se muestran paralelamente; (v) que a lo largo de la producción sea notorio que se evita la inclusión de marcas o productos competidores; y, (vi) presencia destacada y visualmente dominante de la marca, asociada a primeros planos, contrastes lumínicos, movimiento de cámara sobre el producto, entre otras técnicas visuales⁴⁶ 47.

76. En atención a estos dos factores objetivo y subjetivo, se debe evaluar la difusión realizada por Ambev, a fin de determinar si califica como una comunicación pública de carácter publicitario que, como tal, se encuentra sujeta al principio de legalidad.

III.4. El acto de difusión cuestionado y el cumplimiento del principio de legalidad publicitario

77. Con relación al criterio objetivo de determinación del "Product Placement", es relevante notar que en el trámite ante la primera instancia no se efectuaron requerimientos destinados a verificar si la inclusión de las imágenes alusivas a la cerveza "Brahma" se produjo como consecuencia de la existencia de un acuerdo celebrado entre Ambev y el encargado de la producción del contenido o titular de la difusión del programa "AL FONDO HAY SITIO".
78. En ese contexto, por Requerimiento 219-2012/SC1 notificado el 11 de diciembre de 2012, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Ambev que precise si es que su representada tenía suscrito un convenio o efectúa el pago de alguna contraprestación con el objeto de que se incluyan imágenes alusivas a sus productos en la mencionada serie.
79. En respuesta a dicho requerimiento, Ambev adjuntó los Contratos de Transmisión de Publicidad y adendas N° K0007 y L0007, por el cual acordó con América TV el pago de una contraprestación a cambio de la difusión a nivel nacional de publicidad a través de sus filiales y retransmisoras. Entre estas obligaciones, se pactó la inclusión de anuncios y auspicios vía los diversos programas de la parrilla de programación, pactándose expresamente la difusión de "Product Placement" en la serie "AL FONDO HAY SITIO" por un período que abarcó la fecha en que se transmitió el capítulo en cuestión.
80. En ese sentido, de lo establecido en el contrato se evidencia la existencia de un encargo directo de naturaleza publicitaria por parte de Ambev, con lo cual la difusión efectuada en el capítulo del 2 de noviembre de 2010 de "AL FONDO

⁴⁶ Cfr. MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. *Análisis del principio de autenticidad desde el ordenamiento jurídico peruano*. En: Normas de la Publicidad. Lima: Editorial Rhodas, 2006, p. 198.

⁴⁷ Cfr. BAÑOS GONZÁLEZ, Miguel y Teresa RODRÍGUEZ GARCÍA. *Op. cit.*, pp. 168 y 169.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0180-2011/CCP

HAY SITIO" de los signos distintivos y producto de la marca "Brahma" responde a la voluntad publicitaria de la imputada y cumple con el requisito objetivo exigible al "Product Placement".

81. En cuanto al factor subjetivo, Ambev ha sostenido a lo largo del procedimiento que la inclusión de las imágenes alusivas a su cerveza "Brahma" se da como mero decorado, de una manera tal que no cumple fines persuasivos publicitarios y es percibido por los consumidores como parte natural de las escenas. Ello, más aún considerando que su inclusión se produce sin involucrar un mensaje articulado complementario, en tanto que los protagonistas de la serie no han efectuado menciones resaltando las características y ventajas de "Brahma".
82. Como ya se explicó en el apartado teórico, el efecto persuasivo de la publicidad no requiere de un mensaje articulado. Ciertamente, contrariamente a lo sostenido por Ambev a lo largo del procedimiento⁴⁸, y en línea con la última tendencia jurisprudencial adoptada por este colegiado que ha sido plasmada en las resoluciones referidas en los párrafos 56 y 57, bastaría un uso intenso y predominante de la marca, aún cuando no involucre la descripción de características y ventajas específicas de "Brahma", para que se afirme la existencia del requisito subjetivo del "Product Placement" respecto de esta marca de cerveza.
83. Teniendo en cuenta ello, esta Sala considera que el capítulo de "AL FONDO HAY SITIO" bajo análisis, en el cual se representa una pollada organizada en ayuda de uno de los personajes de la serie, sí presenta un uso intenso de los signos de "Brahma". En efecto, a lo largo del capítulo, en diversas oportunidades se muestran escenas donde aparecen vasos, sombrillas, botellas y cajas de cerveza apiladas de la marca "Brahma", así como secuencias reiterativas donde diversos personajes aparecen consumiendo la mencionada cerveza.
84. Si bien no se puede negar que la cerveza es un elemento ligado a este tipo de celebraciones populares, por lo que su inclusión en el contexto de una pollada encuentra una justificación escénica, no es menos cierto que la forma en que aparecen los diversos elementos que llevan el signo distintivo de "Brahma" (botellas, vasos, cajas) muestra una evidente voluntad de colocarlos en escena de manera tal que el signo distintivo sea suficientemente visible. En efecto, el signo distintivo es mostrado deliberadamente de manera directa y protagónica frente a los televidentes en más de una toma del episodio⁴⁹.

⁴⁸ En este punto, es de notar que la interpretación invocada por Ambev alude al criterio recogido en la Resolución 0052-2002/TDC-INDECOPI del 1 de febrero de 2002 y la Resolución 117-2002/CCD-INDECOPI del 12 de diciembre de 2002.

⁴⁹ Son al menos tres escenas o secuencias, situadas en los minutos 13:45, 26:25 y 28:37 aproximadamente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000158

85. Asimismo, el posicionamiento del producto evidencia una coordinación previa para que su colocación en escena se de ocupando lugares estratégicos y siempre enseñando la marca. Así por ejemplo, cuando en la secuencia se aprecian cajas de cerveza apiladas, en ningún caso estos objetos se encuentran colocados mostrando un lado en el cual no se encuentre consignado el signo distintivo, como naturalmente sucedería en la vida real. Esto es, todas las cajas se encuentran ordenadas de manera tal que se aprecie directa y frontalmente la marca "Brahma".
86. Similar situación se reproduce en el caso de las personas que toman cerveza, pues en diversas oportunidades en que estas cogen las botellas, la manera en que cogen el producto es colocando la etiqueta de frente hacia la cámara, de manera que se capte con facilidad el signo distintivo.
87. Asimismo, el consumo de "Brahma" está básicamente asociado a los personajes de "Pepe" y "Tito", figuras icónicas que típicamente toman cerveza dentro de la trama de la serie y que, como tales, pueden extender su valor o *good-will* como personajes concededores de bebidas alcohólicas al producto, haciendo así extensivo este reconocimiento y propiciando un mejor posicionamiento de la marca. Incluso, en una secuencia, estos personajes le dan un rol absolutamente protagónico a la cerveza, pues en determinado momento parecen reaccionar y rendirse ante el supuesto "llamado" de la cerveza, dado que indican "La chela nos llama compadre".
88. Por estas consideraciones, se puede concluir que hay una marcada presencia del producto y una representativa interacción de los personajes con la cerveza, que no responde a una mera inclusión narrativa. Por consiguiente, ha quedado acreditado la concurrencia del elemento subjetivo y, de tal modo, la naturaleza publicitaria o de "Product Placement" en relación con la difusión del producto "Brahma" y su marca en el capítulo del martes 2 de noviembre de 2010 del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO".
89. Ahora bien, en la medida que toda publicidad audiovisual que promocióne bebidas alcohólicas debe incluir la frase de advertencia "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO" por un espacio no menor a tres (3) segundos, y dicha obligación sectorial establecida en el artículo 8.2 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas no ha sido cumplida por Ambev, debe declararse fundada la imputación de oficio.
90. Ambev pretende exceptuarse del cumplimiento de esta obligación alegando que, al no existir una definición uniforme y predecible de "Product Placement" desconocía que el uso de su marca cuando no estaba acompañado de un



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000159

mensaje articulado tenía fin publicitario y, por tanto, su inclusión en el programa "AL FONDO HAY SITIO" se dio bajo la legítima confianza de que no constituía publicidad. Así, había operado una causal que eliminaba la antijuridicidad de su conducta y la eximía de responsabilidad administrativa.

91. Frente a ello, esta Sala aprecia que la causal eximente de responsabilidad de legítima confianza que Ambev alega debe ser desestimada por dos razones.
92. En primer lugar, porque si bien el concepto de "*Product Placement*" no se encuentra definido en el ordenamiento ni la jurisprudencia nacional, lo que sí ha sido suficientemente desarrollado en la actual ley y en reiterados pronunciamientos es que el uso de una marca de forma intensa y persuasiva califica como publicidad, sin que sea necesario que para que tenga ese rasgo persuasivo la inclusión de la marca se encuentre aparejada de aseveraciones o alabanzas sobre sus cualidades y ventajas.
93. Por tal motivo, Ambev, al ser un agente económico que participa en el mercado y conoce las reglas legales aplicables, bajo un estándar de diligencia ordinaria no podía alegar el desconocimiento de estas reglas legales publicitarias que otorgan a la publicidad la calidad de un concepto de amplia cobertura. Ambev debía encontrarse suficientemente informado que la publicidad no requiere de un mensaje articulado para calificar como tal y, por tanto, este agente se encontraba en la posibilidad de asumir que la inclusión de su signo distintivo en el programa "AL FONDO HAY SITIO" podía ser catalogado como un acto comercial de difusión publicitaria.
94. Abona a esta tesis, a su vez, el hecho que en los propios contratos y adendas que Ambev suscribió con América TV, se enmarcó la difusión de "*Product Placement*" de "Brahma" en la serie "AL FONDO HAY SITIO" como parte de las obligaciones de naturaleza publicitaria y de auspicio pactadas. Es decir, la imputada era plenamente consciente del trato comercial – publicitario que tenía la actividad de colocación del signo distintivo de su cerveza en el programa en cuestión.
95. La segunda razón es que el propio ordenamiento de represión de la competencia desleal resta relevancia a la intención del administrado sobre la ilicitud de su actuación, estableciendo un sistema de responsabilidad objetiva en el cual no encuentra lugar como eximente de responsabilidad el conocimiento, creencia o voluntad del imputado. Ello se desprende del reconocimiento expreso efectuado en el artículo 7.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece que la determinación de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia del administrado⁵⁰.

⁵⁰ DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 7.- Condición de ilicitud.-



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000160

96. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar la responsabilidad de Ambev por infracción del principio de legalidad publicitario, al haber omitido incluir en la edición del martes 2 de noviembre de 2010 del programa "AL FONDO HAY SITIO" la frase "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO" por el espacio mínimo de tres (3) segundos, acorde con el artículo 8.2 de la Ley que Regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

III.4. De la medida correctiva

97. El artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que, además de la sanción que corresponda ante el incumplimiento de sus disposiciones, la autoridad administrativa podrá ordenar las medidas correctivas necesarias para corregir las distorsiones producidas y restablecer la leal competencia⁵¹.

98. Al imponer una medida correctiva debe procurarse dictar un remedio que corrija el mal funcionamiento del mercado sin intervenir desmedidamente en los derechos de los empresarios, esto es, respetando el principio de proporcionalidad⁵². En tal sentido, en el presente caso, la medida adecuada y suficiente para evitar que en el futuro la imputada cometa una nueva vulneración a las normas publicitarias, consiste en ordenar el cese definitivo e inmediato de la difusión de contenidos publicitarios alusivos a la cerveza "Brahma" a través del programa televisivo "AL FONDO HAY SITIO", en tanto

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

(...)

⁵¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 55, Medidas correctivas.-**

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica;
- b) La remoción de los efectos producidos por el acto, mediante la realización de actividades, inclusive bajo condiciones determinadas;
- c) El comiso y/o la destrucción de los productos, etiquetas, envases, material infractor y demás elementos de falsa identificación;
- d) El cierre temporal del establecimiento infractor;
- e) La rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas;
- f) La adopción de las medidas necesarias para que las autoridades aduaneras impidan el ingreso al país de los productos materia de infracción, las que deberán ser coordinadas con las autoridades competentes, de acuerdo a la legislación vigente; o,
- g) La publicación de la resolución condenatoria.

55.2.- El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas. (subrayado agregado)

⁵² En efecto, el mandato de proporcionalidad –ampliamente desarrollado por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias como parte del "Test de Razonabilidad"– consiste en que el grado de realización del objetivo debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de intervención o afectación sobre los derechos de los particulares.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000167
que Ambev no incluya la frase de advertencia "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO" por un espacio no menor a tres (3) segundos, tal como lo exige para el caso de anuncios audiovisuales el artículo 8.2 de la Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

99. Cabe precisar que para el cumplimiento del referido mandato, Ambev puede optar por el mecanismo que le resulte más idóneo. No obstante, no debe perderse de vista que la inclusión de la mencionada frase deberá efectuarse de manera tal que sea suficientemente perceptible para el consumidor, procurándose que todos los televidentes que observan la secuencia de "Product Placement" puedan encontrarse en condición de conocer la advertencia.

III.5. De la graduación de la sanción

100. A efectos de graduar la sanción aplicable, el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los criterios que la autoridad administrativa puede emplear para determinar la gravedad de la infracción⁵³, dependiendo la adopción de uno u otro de la conducta infractora cometida y de las particularidades y características de cada caso en concreto.
101. Del mismo modo, además de los criterios antes indicados, debe tenerse presente el principio de razonabilidad recogido en el artículo 230.3 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, regla elemental en el ejercicio de la potestad sancionadora⁵⁴. Dicho principio tiene como premisa fundamental el deber de la Administración de imponer sanciones proporcionales a la infracción cometida, siempre salvaguardando que la comisión de las conductas

⁵³ DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL, Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

⁵⁴ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

1. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

sancionables no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción a imponerse en un eventual procedimiento. 000162

102. En virtud a lo anterior, la aplicación de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal permitirá a la autoridad administrativa actuar bajo parámetros de objetividad en la imposición de las sanciones, evitando cualquier tipo de arbitrariedad a fin de evitar que se vulneren los derechos de los administrados.
103. Al respecto, un primer factor de graduación que suele ser utilizado en los diversos pronunciamientos emitidos por la Sala⁵⁵, está referido al beneficio ilícito, el cual usualmente constituye un punto de partida para la determinación de la sanción aplicable al infractor.
104. Sin embargo, este colegiado conviene en precisar que esta metodología no resulta aplicable a todos los casos sin excepción, pues existen algunos supuestos en los cuales la infracción, o no es idónea como para modificar la conducta del consumidor y aumentar los niveles de ventas del producto o servicio infractor, o produce un efecto muy residual en la variación de las preferencias de consumo.
105. En efecto, si por beneficio ilícito se entiende aquella desviación efectiva de la demanda que el infractor ilegalmente atrae hacia sí, existirán variados escenarios en los cuales la actuación desleal no tiene el efecto de incrementar indebidamente la situación económica del denunciado o, en todo caso, genera un incremento marginal y no ponderable. Esto es, casos en que los ingresos no son idóneos como indicadores inequívocos del beneficio ilícito generado⁵⁶.
106. Uno de esos casos es el procedimiento materia de análisis. Ciertamente, la difusión de un anuncio en el que no se percibe la frase de advertencia "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO" no es una condición determinante para la adopción de una decisión de consumo, toda vez que este mismo mensaje es informado a los consumidores a través de diversos medios complementarios, como su inclusión en el rotulado del propio producto u otros canales publicitarios. Por ello, siguiendo el criterio establecido recientemente en un procedimiento similar seguido contra el mismo administrado⁵⁷, como el

⁵⁵ Entre otros pronunciamientos, se puede ver, a modo de referencia, los siguientes: la Resolución 2619-2012/SC1-INDECOPI del 27 de setiembre de 2012, emitida en el procedimiento seguido por Farminindustria S.A. contra Teva Perú S.A. y la Resolución 1972-2012/SC1-INDECOPI del 10 de setiembre de 2012, seguido por Corporación Infarmasa S.A. contra Farmagé S.A.C.

⁵⁶ Este mismo razonamiento ha sido plasmado en la Resolución 0642-2010/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2010, expedida en el procedimiento seguido de oficio contra ZS Motor's S.A.C.

⁵⁷ Resolución 3022-2012/SDC-INDECOPI del 5 de noviembre de 2012.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000163

eventual impacto a nivel de ingresos es marginal, no resulta idóneo recurrir al criterio del beneficio ilícito para la determinación de la sanción, debiéndose evaluar otros criterios que también contempla el Decreto Legislativo 1044.

107. En cuanto al criterio de efecto sobre el mercado, esta Sala entiende que la omisión de la advertencia "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO" produce un efecto perjudicial residual sobre la salud de los consumidores. Ciertamente, si bien la falta de consignación visible de la frase de advertencia en los anuncios, como el que es materia de evaluación, disminuye la probabilidad de recibir información relevante sobre los riesgos del consumo, lo cierto es que la mencionada advertencia también puede encontrarse –como ya se ha señalado– consignada en otros soportes, principalmente en el envase del producto o en otros medios publicitarios complementarios, lo que atenúa en cierta manera el efecto nocivo de la omisión detectada.
108. No obstante estos criterios de atenuación, no es posible soslayar el impacto y alcance publicitario que tuvo la difusión declarada infractora.
109. En este punto debe recordarse que uno de los criterios de graduación es el referido al alcance e impacto del acto publicitario denunciado. Como ha señalado la Sala en diversos pronunciamientos⁵⁸, para determinar cuál es el impacto de la estrategia publicitaria desplegada, resulta útil recurrir a criterios propios de la disciplina del marketing⁵⁹. En ese sentido, se deben analizar aspectos tales como el perfil del medio utilizado y el grado de cobertura que proporciona respecto del público consumidor; el grado de exposición de la pauta publicitaria cuestionada, esto es, el nivel de duración y repetición que ha tenido el anuncio; la probabilidad de percepción y su contexto que es, por

⁵⁸ Ver la Resolución 0625-2009/SC1-INDECOPI del 18 de junio de 2009, correspondiente al procedimiento seguido de oficio contra Laboratorios Unidos S.A.; Resolución 0988-2009/SC1-INDECOPI del 10 de septiembre de 2009, recaída en el procedimiento seguido por Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. contra Ajeper; Resolución 1269-2009/SC1-INDECOPI del 11 de noviembre de 2009, correspondiente al procedimiento iniciado de oficio contra Hotel Imperio E.I.R.L.; y, Resolución 0004-2010/SC1-INDECOPI del 5 de enero de 2010, correspondiente al procedimiento seguido de oficio contra Quality Products S.A.

⁵⁹ 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, 1 994, p. 550.

Estos criterios, al ser las principales consideraciones que evalúa un anunciante al elegir un determinado plan de medios, son útiles para estimar el impacto que causará en los destinatarios la pieza publicitaria.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000164

ejemplo, muy elevado en los medios animados, en los cuales se combinan el color, animación o sonido; entre otros.

110. Así, si bien el anuncio particularmente cuestionado fue difundido durante la emisión de un capítulo de la serie "AL FONDO HAY SITIO", cabe precisar que el medio utilizado fue televisión a nivel nacional. Este mecanismo otorga un alto grado de cobertura, muy superior al de otros soportes publicitarios, tales como folletos o publicidad estática de carreteras, por citar dos ejemplos. Además, la oportunidad de difusión se vale de uno de los programas televisivos que, como es de conocimiento público, ha ostentado sostenidamente a lo largo de los años una de las más altas audiencias.
111. En consecuencia, valorando el perfil del medio y su cobertura, la Sala considera que se produce un nivel de recordación alto y bastante intenso entre los consumidores.
112. Asimismo, es importante tener en cuenta que la omisión en que ha incurrido Ambev supone el desconocimiento de las políticas públicas adoptadas por el Estado frente al consumo excesivo de las bebidas alcohólicas. Es decir, involucra un apartamiento deliberado respecto de aquellas reglas jurídicas de corte preventivo establecidas por el legislador con el fin de desincentivar la ingesta excesiva de licores.
113. Según cifras oficiales utilizadas por el Ministerio de Salud, en el Perú aproximadamente un millón cuatrocientas mil personas sufren de alcoholismo, lo que representa un grave problema de salud pública⁶⁰. Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud ha informado que en nuestro país se consume aproximadamente 9,9 litros de alcohol puro *per capita* por año, en la población adulta (de 15 años o más), lo cual coloca al Perú entre los países latinoamericanos con mayor consumo. De las bebidas registradas, la que más se consume es la cerveza (88%), seguida por otros licores y, con menos frecuencia, los vinos⁶¹.
114. La relevancia del problema del consumo abusivo del alcohol es tal que el Estado peruano incluso ha adoptado un Plan Nacional de Lucha contra el Consumo Nocivo de Alcohol. En el "Plan de Comunicación" elaborado en ejecución del mencionado plan nacional, se indica que el alcoholismo es un cuadro de salud que alcanza a gran parte de la población del país y que genera

⁶⁰ Véase cifras citadas en el "Plan de Comunicación" del Plan Nacional de Lucha Contra el Consumo Nocivo de Alcohol elaborado por el Ministerio de Salud. Accesible en: http://www.minsa.gob.pe/portada/especiales/2008/amorycontrol/archivos/Plan_de_Comunicaciones.pdf (página web visitada el 26 de diciembre de 2012).

⁶¹ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Alcohol y salud pública en las Américas*. Washington D.C.: OPS; 2007.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000165

severas implicancias médicas⁶². En esa línea, de acuerdo con las estadísticas recopiladas por la Red para la Acción y Avance de la Salud Mental y Psiquiatría del Perú, en el país el abuso y la dependencia al alcohol figuran como la tercera causa más importante de pérdidas económicas por muerte prematura o discapacidad, superados solo por la neumonía y los accidentes de tránsito.

115. Las implicancias del consumo excesivo de alcohol involucran también un mayor riesgo de contraer afecciones tales como depresión mayor⁶³, enfermedades cardiovasculares⁶⁴ y el cáncer⁶⁵, entre otras consecuencias nocivas. Asimismo, según el propio Ministerio de Salud, se producen adicionalmente daños educativos, sociales y comunitarios, tales como violencia familiar, accidentes de tránsito mortales, uso prematuro de drogas ilegales, entre otros⁶⁶.
116. En términos económicos, el consumo excesivo del alcohol no genera problemas solo al consumidor y a su círculo familiar y social. Por el contrario, es un problema que genera serias externalidades para el Estado, pues según la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (DEVIDA), el problema del alcohol le genera al Perú pérdidas anuales de al menos 245 millones de dólares⁶⁷. Pérdidas que, como es evidente, son asumidas por todos los contribuyentes del sistema de salud pública.
117. Bajo estas estadísticas preocupantes es que debe contextualizarse el objetivo y la relevancia del cumplimiento de la Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas. Como sostiene expresamente el artículo 1 de este cuerpo legal, el objeto de sus disposiciones que involucran, entre otras reglas preventivas, la obligación publicitaria de consignar la frase de advertencia "TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO", es el de proporcionar a los ciudadanos la mayor cantidad de medios informativos posibles para que se encuentren debidamente advertidos de los riesgos que involucra el consumo excesivo. Ello, con la clara finalidad de minimizar, en la

⁶² Cfr. "Plan de Comunicación" del Plan Nacional de Lucha Contra el Consumo Nocivo de Alcohol elaborado por el Ministerio de Salud.

⁶³ FERGUSSON, D.M.; BODEN J.M. y L.J. HORWOOD. *Tests of causal links between alcohol abuse or dependence and major Depression* citado por FIESTAS, Fabián. *Reduciendo la carga de enfermedad generada por el consumo de alcohol en el Perú: propuestas basadas en evidencia*. En: Revista Perú Med Exp. Salud Pública, 2012, p. 112.

⁶⁴ ROMELSJO, A; ALLEBECK, P.; ANDREASSON, S. y A. LEIFMAN. *Alcohol and mortality in 50,000 swedish conscripts- No heart protective effect up to age 55*. Citado por FIESTAS, Fabián. *Ibidem*, p. 112.

⁶⁵ CHEN, L.; GALLICCHIO, L.; BOYD-LINDSLEY, K.; TAO, X.G.; ROBINSON, K.A. y T.K. LAM. *Alcohol consumption and the risk of nasopharyngeal carcinoma: a systematic review*. Citado por FIESTAS, Fabián. *Ibidem*, p. 112.

⁶⁶ Cfr. "Plan de Comunicación" del Plan Nacional de Lucha Contra el Consumo Nocivo de Alcohol elaborado por el Ministerio de Salud.

⁶⁷ Cfr. COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO Y VIDA SIN DROGAS (DEVIDA). *Impacto social y económico del consumo de drogas en el Perú-2010*. Lima: DEVIDA, 2010.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0182-2011/CCD

000166

mayor medida posible, los daños directos que el exceso del consumo produce para la salud pública así como los perjuicios colaterales para la integridad de la familia del consumidor⁶⁸.

118. Por tanto, cuando se concede al INDECOPI la potestad de fiscalizar aquella publicidad que, vía medios audiovisuales de cualquier índole, promocióne bebidas alcohólicas sin incluir la frase de advertencia, lo que se procura es un objetivo institucional claro: que la autoridad de competencia colabore en la consecución de una política pública de alcance nacional, consistente en minimizar los riesgos sanitarios y sociales del consumo excesivo.
119. Por ello, y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 230.3 literal a) de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁶⁹, con independencia de que el beneficio ilícito y el posible efecto perjudicial de la omisión de Ambev se vean atenuados por la existencia de otros canales informativos complementarios, al valorar la sanción se debe estimar la relevancia del bien jurídico transgredido, en este caso, la política del Estado frente al consumo excesivo de bebidas alcohólicas. Más aun cuando el papel del Indecopi en el cumplimiento de este objetivo institucional, es indeclinable y exige de su parte una especial firmeza, por ser de interés público.
120. En consecuencia, considerando los factores atenuantes y los agravantes relacionados al alcance publicitario y bien jurídico vulnerado, la Sala estima que se debe sancionar a Ambev con una multa de diez (10) UIT.

RESUELVE

PRIMERO: declarar la confidencialidad de los Contratos K0007 y L0003 y correspondientes adendas, presentadas por Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. el 13 de diciembre de 2012.

SEGUNDO: disponer la nulidad de la Resolución 080-2012/CCD-INDECOPI del 16 de mayo de 2012.

⁶⁸ LEY 28681, Artículo 1.- Objeto de la ley.- La presente ley tiene por objeto establecer el marco normativo que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas de toda graduación, a efectos de advertir y minimizar los daños que producen a la salud integral del ser humano, a la desintegración de la familia y los riesgos para terceros, priorizando la prevención de su consumo, a fin de proteger a los menores de edad.

⁶⁹ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.-

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; (subrayado agregado)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

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

RESOLUCIÓN 3665-2012/SDC-INDECOPI


EXPEDIENTE 012007/CCD

TERCERO: integrar y declarar fundada la imputación de oficio formulada contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. por infracción del principio de legalidad publicitario previsto en el artículo 17 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal.

CUARTO: ordenar como medida correctiva el cese definitivo e inmediato de la difusión de contenidos publicitarios alusivos a la cerveza “Brahma” a través del programa televisivo “AL FONDO HAY SITIO”, en tanto que no se incluya la frase de advertencia “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DANINO” por un espacio no menor a tres (3) segundos, tal como lo exige para el caso de anuncios audiovisuales el artículo 8.2 de la Ley 28681 –Ley que regula la Comercialización, Consumo y Publicidad de Bebidas Alcohólicas.

QUINTO: sancionar a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.

Con la intervención de los señor vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, José Luis Bonifaz Fernández, Julio Carlos Lozano Hernández y Edgardo Enrique Rebagliati Castañón.


SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidente