

# PRIMER CAPÍTULO DE LA CONTIENDA PUBLICITARIA COMPARATIVA ENTRE EMPRESAS CERVECERAS: ATRIBUCIÓN “LA CERVEZA MÁS CARA DE SUDAMÉRICA”

---

GIANFRANCO IPARRAGUIRRE ♦

ANTONIO PALMISANO ♦♦

INDECOPI<sup>1</sup>

## Resumen

*El modelo social de represión de la competencia desleal acepta que la publicidad comparativa es capaz de producir un daño al competidor; sin embargo, afirma también que —en cuanto sirva al interés superior del consumidor brindándole información— deberá ser tolerada. Cabe agregar que la publicidad comparativa basada en afirmaciones objetivas (siempre y cuando éstas sean verdaderas) será considerada leal y legal, pues produce un daño concurrencial lícito a los competidores. Aun cuando esté permitido el uso de la publicidad comparativa, es necesario señalar que dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida también a los principios que rigen la actividad publicitaria en general, tales como el principio de veracidad, el*

---

♦ Asistente Legal de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en la maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Publicitario en la Unidad de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y en el Instituto San Ignacio de Loyola.

♦♦ Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios en la maestría en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consultor *ad-hoc* de la obra «ABC de preguntas y respuestas sobre la regulación publicitaria» (2006). Actualmente es miembro del equipo jurídico de la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Adjunto de docencia del curso de Legislación Publicitaria en el Instituto San Ignacio de Loyola.

<sup>1</sup> Los autores agradecen el valioso trabajo de investigación, así como los comentarios efectuados por Silvana Mansilla Cartagena, estudiante de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, UPC, en la elaboración del presente artículo. Asimismo, los autores agradecen a la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI por la colaboración en la investigación realizada en la presente entrega. Finalmente, los autores señalan que toda opinión vertida en el presente artículo les es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participan como profesionales.

*principio de lealtad, el principio de legalidad, entre otros. En esta entrega se presenta el primer capítulo de la denominada “Guerra de las cerveceras”, donde se realizará un análisis jurídico-económico —con apreciación de las metodologías denominadas de “Dólares corrientes” y de “Paridad de poder de compra”— de los principios reguladores de la publicidad comercial en la modalidad de publicidad comparativa. Asimismo, se realizarán comentarios respecto a lo señalado en su momento por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en el caso, con la atribución “La cerveza más cara de Sudamérica”.*

## **I.- Introducción**

En los últimos tiempos, gracias a la evolución y al desarrollo, tanto de los medios de comunicación, como de las técnicas de información que poseen los agentes concurrentes al mercado, la publicidad, en tanto herramienta de comunicación y de información, ha presentado un vertiginoso crecimiento en lo relativo a su valoración como instrumento para desplegar la acción de competencia en el mercado. Así, hoy en día resulta común que grandes, medianas y pequeñas empresas, individualmente o en conjunto, inviertan cantidades impresionantes de dinero en la promoción de sus bienes y servicios, con la finalidad de posicionar las características positivas de éstos en la mente del receptor de un mensaje publicitario, y conseguir, de esta manera, su preferencia.

Este artículo tiene por finalidad realizar un análisis —con la ayuda de parámetros económicos y jurídicos— de las resoluciones emitidas por las dos instancias administrativas del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), en el procedimiento seguido por la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en adelante Backus) en contra de la Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (en adelante Ambev) por la difusión —en el contexto del ingreso de un nuevo jugador al mercado peruano de comercialización de cerveza— de un anuncio publicitario que intentaba informar a los peruanos acerca de que a raíz del ingreso del referido agente comercial al mercado, no volverían a pagar aquello que Ambev denominó la “cerveza más cara de Sudamérica”, supuestamente haciendo referencia al producto que comercializaba Backus en dicho momento en el mercado.

## **II.- El procedimiento seguido por la denuncia presentada por Backus en contra de Ambev**

### **2.1.- El caso: “Los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica”**

A finales del año 2004, el mercado cervecero nacional se vio natural y particularmente convulsionado por el ingreso de un nuevo agente competidor, el belga brasilero Grupo Ambev, a través de la empresa peruana Ambev. En ese entonces, resultaba indudable que ante el inminente ingreso de dicho agente al referido mercado, se avizorara un nuevo panorama de ardua competencia frente al que, en ese momento, constituía un significativo agrupamiento de empresas que, por una agresiva política de adquisiciones estratégicas de diversos competidores, paulatinamente había conformado la corporación cervecera peruana Backus.

Ante tal contexto, resultaba inevitable y hasta cierto punto evidente que uno de los frentes de la lucha concurrencial, con la finalidad de obtener —para el caso de Ambev— o mantener —para el caso de Backus—, en el corto plazo, una significativa cantidad de consumidores de la plaza cervecera, resultaría siendo el ámbito publicitario.

En este orden de ideas y a manera de paréntesis en el desarrollo de los hechos del caso a analizar, destaca por su importancia aquello que cierto sector de la doctrina refiere con relación a la finalidad del mensaje publicitario en sí. En tal sentido, se ha manifestado que

“[l]a función de la actividad publicitaria estriba justamente en abrir las puertas del mercado a las mercancías y servicios de la empresa. La actividad publicitaria actúa a modo de eslabón que enlaza y pone en comunicación a la empresa con la gran masa de consumidores (...) [j]unto a la finalidad informativa aparece en la actividad publicitaria una finalidad ulterior: persuadir al público para que compre los productos anunciados. Los anuncios y demás expresiones publicitarias albergan en su interior tanto comunicaciones puramente informativas como manifestaciones esencialmente persuasivas.”<sup>2</sup>

La persuasión del mensaje publicitario, particularmente en un entorno de competencia tal como el que empezaba a crearse entre las empresas comercializadoras de cerveza a finales del año 2004, podría haber resultado ser un “arma letal”, utilizada

<sup>2</sup> Cita textual tomada de FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos (1989, p.58).

licitamente, con la finalidad de “golpear” a un competidor —particularidad que potencialmente sí puede tener todo anuncio publicitario, lícito o ilícito, respecto de las consecuencias económicas que acarrea en el mercado, sobre todo en la persuasión de las decisiones de consumo que en éste se concretan. Por ello, el nuevo inquilino “pegó” uno de los golpes del naciente combate comercial, seguramente en una de las fibras más sensibles que la percepción de los consumidores puede tener en lo que atañe las ofertas de los concurrentes al mercado: el precio.

A través de anuncios publicitarios difundidos en medios tales como la televisión y los diarios, Ambev comenzó a informar a los peruanos sobre su cercano e inminente ingreso en el mercado nacional de comercialización de cerveza. Sin embargo, la particularidad del mensaje de dicha empresa no solamente se concentraba en informar acerca del inicio de sus actividades empresariales, sino que además presentaba un mensaje singular y sumamente efectista: “los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica”. A continuación se presenta el anuncio gráfico materia de la campaña publicitaria de la referencia, que fuera difundida por Ambev.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Cabe señalar que los anuncios cuestionados fueron básicamente tres, los cuales estaban conformados por dos difundidos a través de la televisión y uno difundido en medios gráficos. A continuación se describen los anuncios televisivos:

**“Anuncio 1:**

Se muestra un fondo blanco y el logotipo de Ambev Perú en segundo plano, mientras el protagonista (un conocido locutor de radio y televisión), afirma lo siguiente:

“En el 2005, con una inversión de ochenta (80) millones de dólares, comenzará a funcionar la planta de elaboración de cerveza de Ambev Perú.

Y con ella, Tú tendrás la opción de elegir una buena cerveza, de Ambev Perú o no, pero a un precio justo.

Y es que nunca nadie te lo dijo, pero los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica.

Ambev ya está en marcha.

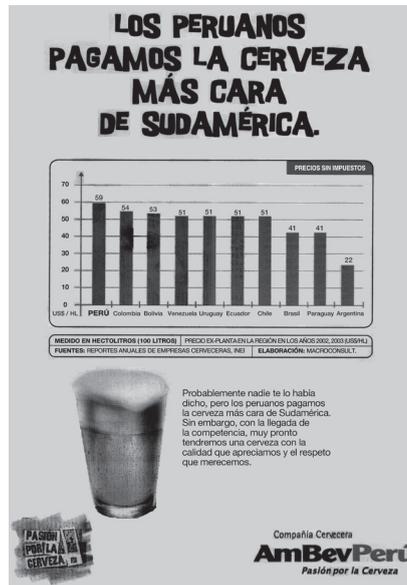
Llega una cerveza con la calidad que apreciamos y con el respeto que nos merecemos.”

Finalmente, se muestra la imagen de un vaso lleno de cerveza con el rótulo “Compañía Cervecería Ambev Perú. Pasión por la cerveza.”

**Anuncio 2:**

Una voz en *off* afirma: “La verdad”, mientras se muestra gráficamente la referida afirmación.

**FIGURA N° 1**  
**ANUNCIO PUBLICITARIO DIFUNDIDO EN MEDIOS GRÁFICOS**  
**QUE FUERA CUESTIONADO**



Luego se muestra un fondo blanco y el logo de Ambev Perú en segundo plano, mientras el protagonista (un conocido locutor de radio y televisión), afirma lo siguiente:

“Dentro de unos meses, en el 2005, comenzará a funcionar la planta de elaboración de cerveza de Ambev Perú.

Y con ella tú tendrás la opción de elegir una buena cerveza, de Ambev Perú o no, pero a un precio justo.”

Se muestra nuevamente la afirmación “La verdad”. Continúa el protagonista:

“Y es que nunca nadie te lo dijo, pero los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica.

Ambev ya está en marcha.

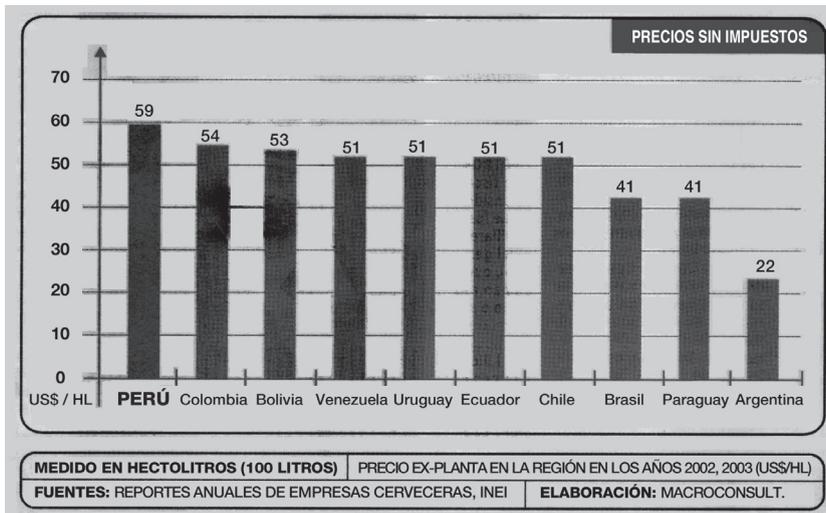
Llega una cerveza con la calidad que apreciamos y con el respeto que nos merecemos”.

Una voz en *off* afirma: “La verdad es una sola. Con la llegada de la competencia el que gana eres Tú”, mientras se muestran gráficamente las frases: “La verdad” y “El que gana eres Tú”.

Finalmente, se muestra un vaso lleno de cerveza y el rotulado ‘Compañía Cerveceras Ambev Perú. Pasión por la cerveza’”.

La descripción de los anuncios consignada en la presente nota al pie, se hace en base a citas textuales de la Resolución N° 118-2005/CCD de fecha 26 de octubre de 2005, emitida en el Expediente N° 145-2004/CCD.

**FIGURA N° 2**  
**EXTRACTO DE LA FIGURA 1 EN LA QUE SE MUESTRA**  
**EL CUADRO COMPARATIVO PRESENTADO POR AMBEV**  
**EN EL ANUNCIO CUESTIONADO**



## 2.2.- La denuncia de Backus por presuntas infracciones a los mandatos de no engañar y de no denigrar, aplicables a la publicidad comparativa

Como el lector podrá intuir, ante la difusión de los anuncios anteriormente descritos la empresa cervecera Backus presentó una denuncia ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, la Comisión), en contra de su par extranjero, debido a que consideró que a través de los anuncios mencionados, en los que se consignó la afirmación referida a que los peruanos pagaríamos la cerveza más cara de Sudamérica, se habrían utilizado cifras obtenidas mediante una metodología inadecuada.

En tal sentido, al decir de Backus la información utilizada a efectos de realizar la afirmación denunciada debió sustentarse en la metodología de “paridad de poder de compra” en lugar de sustentarse en la metodología de “dólares corrientes” — utilizada por Ambev—, por ser, a su criterio, la mejor metodología para realizar una comparación de precios en distintos mercados. Según Backus, aplicando este método la afirmación “los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica” no habría sido cierta, porque de haberlo hecho dicho producto hubiese resultado ser el cuarto más caro de los países comparados.

### III.- Criterios de aplicación a la publicidad comparativa en la regulación publicitaria nacional

La publicidad comparativa<sup>4</sup> es una de las modalidades a través de la cual los agentes de mercado pueden ocasionar un daño lícito concurrencial<sup>5</sup> a sus competidores. Dicha modalidad publicitaria se desarrolla mediante la presentación de las bondades de los bienes o servicios ofrecidos por un agente en el mercado frente a las carencias de los bienes o servicios que, en la misma plaza, ofrecen también sus competidores, con el objeto de persuadir a los consumidores de adquirir sus productos.

“[l]a publicidad comparativa aparece caracterizada fundamentalmente por dos elementos. En primer lugar, en ella se hace referencia no solo a los productos o servicios propios de la empresa anunciante, sino también a los productos o servicios ajenos. En segundo lugar, la referencia conjunta, en la comunicación publicitaria, a los productos o servicios propios y ajenos tiene como finalidad primordial la de entablar una comparación entre éstos, comparación que produzca el efecto, directo o indirecto, de presentar las ventajas de los productos o servicios propios de la empresa anunciante frente a las desventajas de la empresa competidora”. (Tato Plaza 1996. p.20).

Al respecto, en esa línea de razonamiento, jurisprudencia recientemente emitida por los órganos resolutivos del INDECOPI ha permitido delinear diversas pautas para la interpretación y aplicación de las normas publicitarias a la publicidad

---

<sup>4</sup> El tratamiento legislativo de la publicidad comparativa es recogido en el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, Ley sobre Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, el cual establece:

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

<sup>5</sup> Al respecto, ver los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante Resolución N° 001-2001 LIN-CCD- del 5 de julio de 2001.

“En una economía social de mercado la actuación de una empresa que ofrece mejores precios, condiciones de venta más favorables o una mejor calidad, puede representar una oportunidad comercial perdida para sus competidores (daño concurrencial lícito), lo cual, en principio, no constituiría un acto de competencia desleal.

A fin de determinar si un acto es o no desleal, la Comisión evaluará si la conducta de los supuestos infractores es o no contraria a la buena fe comercial y a las normas de corrección que deben regir en el mercado, o si atenta contra el normal desenvolvimiento de las actividades económicas, teniendo en cuenta que la clientela, la fuerza de trabajo, los suministradores de bienes, servicios y capitales, son factores dinámicos en el mercado, y que la pérdida de los mismos ante ofertas más atractivas es un riesgo natural y previsible.”

comparativa en general. Entre éstas se encuentra, como eje principal, el precedente de observancia obligatoria desarrollado por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en el procedimiento seguido por The Coca-Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C., tramitado bajo Expediente N° 051-2002/CCD. En dicho caso, el órgano colegiado estableció, mediante el referido precedente,<sup>6</sup> que la publicidad comparativa tiene dos elementos fundamentales que la caracterizan, que están constituidos por la referencia efectuada —la cual puede

---

<sup>6</sup> El texto del precedente de observancia obligatoria, en materia de publicidad comparativa establecido por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI es el siguiente:

- “1. La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.
2. El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 permite el uso de la publicidad comparativa como instrumento de la acción de concurrencia, sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida a los principios que rigen toda la actividad publicitaria.  
En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán calificados como publicidad comparativa ilícita.
3. El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal, recogido en el artículo 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.
4. La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo —es decir, deja de transmitir información al consumidor— teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.
5. La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño —materializado en la detracción potencial o real de clientela— sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.
6. La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten, no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial.”

ser explícita o implícita—,<sup>7</sup> de manera conjunta e inequívoca, a la oferta propia y a la de uno o varios competidores determinados, y que aquella inequívoca alusión tiene por finalidad presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.<sup>8</sup>

En tal sentido, resulta obvio que la utilización de la publicidad comparativa como herramienta de competencia por parte de los agentes concurrentes al mercado, busca evidenciar las posibles desventajas de aquellos bienes o servicios de un competidor que pugna por obtener la preferencia de los consumidores en la plaza, con la finalidad de generar en éstos —y consecuentemente sobre dicho competidor—, una percepción negativa en comparación con la oferta que presenta el emisor de dicha publicidad comparativa.

Asimismo, en el referido precedente también se ha señalado que no será permitida aquella publicidad comparativa que, vulnerando el principio de lealtad publicitaria,<sup>9</sup> carezca, en su integridad, de información objetiva en el mensaje comparativo que presenta al consumidor. Esto, cuando se presente centrándose, indebidamente, en la utilización de la reputación del competidor con la finalidad de presentar las ventajas de su oferta frente a las desventajas —a través de afirmaciones de imposible comprobación por su núcleo subjetivo— de la oferta del competidor.

Así, la utilización de comentarios u opiniones del anunciante —referidas, por ejemplo, a lo “delicioso” que le pueda parecer un producto frente a otro— no brindarán al receptor del mensaje publicitario elementos objetivos para que, luego de observar la comparación planteada en un anuncio, pueda tomar una decisión de

---

<sup>7</sup> Al respecto ver Tato Plaza, quien desarrolla una explicación respecto a la referencia implícita, manifestando que resultaría extremadamente difícil determinar si en un caso concreto existe la mencionada “referencia inequívoca” a uno o varios competidores en el mercado, circunstancia que algún sector doctrinal ha denominado *crux interpretationis*. (1996, p. 21).

<sup>8</sup> *Cfr.* Resolución N° 0547-2003/TDC de fecha 10 de diciembre de 2003, emitida en el procedimiento seguido por denuncia interpuesta por The Coca-Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C., que fue tramitado bajo Expediente N° 051-2002/CCD.

<sup>9</sup> El cual se encuentra contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, que señala:

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

Los anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros de otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión.

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

consumo razonablemente adecuada a sus expectativas y a las reales características de los bienes o servicios que le ofrecen.

Por otra parte, cabe señalar que la publicidad comparativa deberá cumplir con todos los principios que la regulación publicitaria nacional reconoce como aplicables a todo tipo de publicidad que sea difundida en el territorio peruano, tales como el principio de autenticidad o de legalidad, y particularmente los principios de veracidad y de no denigración.

### **3.1.- Breve comentario respecto al principio de veracidad en la regulación publicitaria nacional**

El principio de veracidad, establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor,<sup>10</sup> plantea como exigencia fundamental para los anunciantes que el contenido de la publicidad difundida en el mercado no sea susceptible de inducir a error al consumidor.

Sobre el particular, Stucchi señala que si bien el principio de veracidad no precisa como obligación para dichos anunciantes decir todo aquello que se pueda plantear respecto a los bienes o servicios que ofrecen en el mercado, sí les exige que:

“(…) i) presenten la información relevante del producto, es decir aquella que si el consumidor conociera, modificaría sustancialmente los beneficios que aprecia sobre el conjunto de atributos que conforma el producto; y, ii) no presenten información capaz de inducir a error al consumidor, es decir que sea capaz de generar en el consumidor una impresión del producto y/o de las circunstancias con las que se oferta, que sea diferente a la realidad.” (2006, p. 128).

---

<sup>10</sup> El artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor señala lo siguiente:

“**Artículo 4°.-** Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta.

Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos.

Los anuncios que expresen precios deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda. Cuando se anuncie precios de venta al crédito deberá incluirse, además, el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad.”

En consecuencia, el principio de veracidad publicitaria establece como su objetivo principal prohibir la emisión de mensajes publicitarios que tengan por finalidad inducir a error a los receptores de dichos mensajes, considerando que la difusión de los mismos buscará que los potenciales consumidores de los bienes y servicios anunciados opten por elegir una oferta en el mercado sobre la base de información no adecuada, generando decisiones de consumo no acordes con la realidad que perciben mediante una publicidad infractora de dicho principio.

Cabe señalar, para mayor abundamiento, que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI emitió un precedente de observancia obligatoria, en materia de veracidad publicitaria, a través de la Resolución N° 0904-2004/TDC-INDECOPI de fecha 7 de diciembre de 2004, en el procedimiento seguido por Robert Aguilar Rivas en contra de Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> El referido precedente de observancia obligatoria se transcribe a continuación:

- “1. Las infracciones al principio de veracidad contenido en el artículo 4 de Decreto Legislativo N° 691 pueden verificarse a través de la publicidad falsa o de la inducción a error al consumidor. La publicidad falsa representa el caso más elemental de infracción al principio de veracidad, pues implica que las afirmaciones empleadas no corresponden a la realidad. En cambio, la inducción a error al consumidor puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas, dependiendo de la forma en que dichas afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que acompañan a dichas afirmaciones.
2. La afectación del principio de veracidad se encuentra estrechamente relacionada con la vulneración del derecho a la información de los consumidores. Ello debido a la doble naturaleza de la infracción al principio de veracidad publicitaria, la cual constituye un ilícito concurrencial —es decir, un acto de competencia desleal, en la modalidad de acto de engaño— y, a la vez, una afectación del derecho a la información de los consumidores.
3. El contenido esencial del derecho a la información de los consumidores es la puesta a disposición del consumidor, de manera clara, efectiva y comprensible, de todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios, en particular, las advertencias, riesgos previsibles, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastando la sola indicación de su existencia sino que debe mencionarse expresamente en qué consisten. Este contenido esencial es el mínimo indispensable para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal y no se vea vaciado de contenido.
4. Cuando diversos anuncios son difundidos en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como, televisión, catálogo de ventas, revistas, paneles e Internet, respecto a los mismos productos y conteniendo el mismo mensaje publicitario destinado a la promoción directa o indirecta de la adquisición de productos, la evaluación integral impide que se analice dicha situación como una simple difusión de anuncios aislados sino que debe realizarse como una campaña publicitaria efectuada en el marco de una estrategia integral de comunicación de mercadotecnia y diseñada con la finalidad de promocionar los productos anunciados.

### **3.2.- Breve comentario respecto al mandato de no denigración en la regulación publicitaria nacional**

El mandato de no denigración forma parte del contenido del denominado principio de lealtad publicitaria, que como señaláramos anteriormente se encuentra establecido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Plantea como exigencia fundamental para los anunciantes que el contenido de la publicidad difundida en el mercado no sea susceptible de menoscabar el crédito de un competidor en el mercado, ya sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.

Sobre el particular, reciente jurisprudencia emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, desarrolló un precedente de observancia obligatoria respecto a la publicidad denigratoria y su correcta regulación. Así, mediante la Resolución N° 0347-2006 TDC-INDECOPI, de fecha 17 de marzo de 2006,<sup>12</sup> emitió el referido precedente,<sup>13</sup> que mantiene el criterio según el cual no podrá menoscabarse el crédito de un competidor en el mercado conforme a lo señalado por el citado artículo de la Ley de publicidad peruana, introduciendo

- 
5. En el caso de campañas publicitarias, la exigencia del respeto al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores alcanza a cada uno de los medios en los que se difunde la campaña. Los perfiles particulares de cada medio de comunicación empleado en la campaña no pueden ser utilizados como justificación para dejar de brindar a los consumidores, de manera clara, efectiva y comprensible, todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios.
  6. En el Derecho de la Publicidad, la existencia de una afectación al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores determina una inducción a error al consumidor y, por tanto, una vulneración del principio de veracidad.
  7. La difusión de advertencias, restricciones o limitaciones, cuando el medio utilizado sea la televisión o la radio, deberá tener una exposición al consumidor no menor del tiempo que demore una lectura ininterrumpida de todo el texto o la escucha de la lectura del mismo en el caso de la radio.”

<sup>12</sup> Cabe precisar que el mencionado precedente de observancia obligatoria fue emitido durante la tramitación del procedimiento administrativo —el 17 de marzo de 2006— iniciado por Backus en contra de Ambev. Por ello, este nuevo criterio no fue considerado en el pronunciamiento emitido por la Comisión —de fecha 26 de octubre de 2005—, pero si fue considerado y aplicado en la resolución de segunda instancia de dicho caso, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia el 23 de junio de 2006.

<sup>13</sup> El texto del precedente de observancia obligatoria aprobado por la citada resolución es el siguiente:

como modificación que dicha denigración sí podrá realizarse bajo la aplicación del principio de la “excepción a la veracidad” o *exceptio veritatis*. Es decir, podrá existir publicidad denigratoria siempre que ésta pueda vencer el *test* de veracidad, exactitud y pertinencia al que sea sometido por la autoridad de competencia nacional.

- 
- “1. La publicidad desleal es parte integral de la disciplina general de la competencia desleal, mereciendo, por tanto, un tratamiento sistemático.
  2. El artículo 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal y, por tanto, reprimible y sancionable, a toda conducta que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como actos de competencia desleal. Debido a ello, la difusión de un mensaje publicitario que contravenga el principio de lealtad tendrá la naturaleza de acto de competencia desleal cuya materialización ha ocurrido en forma de anuncio publicitario.
  3. El ilícito propio de la legislación de represión de la competencia desleal es definido como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, que tenga por objeto o efecto afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado. En tal sentido, el ámbito de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal comprende al interés económico general, incluyendo al interés de los consumidores y, en último término, a la preservación del orden económico de mercado, considerado como el mecanismo para lograr el mayor bienestar de la sociedad por el marco constitucional.
  4. La calificación de una conducta como acto de competencia desleal no requiere que el infractor se encuentre en relación de competencia directa con el afectado, bastando únicamente que la conducta resulte objetivamente contraria a la buena fe.
  5. La prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.
  6. En todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace la posibilidad de generar un daño a éste, pues es capaz de menoscabar el crédito en el mercado del competidor aludido. No obstante, ello no equivale a calificar como denigratorios e ilícitos a todos los mensajes publicitarios con contenido alusivo, sino únicamente a aquellos que tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado del competidor aludido, buscando o siendo capaces, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar la permanencia de dicho competidor en el mercado.
  7. Las condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son aplicables a la prohibición de la denigración publicitaria, incluyendo la ‘excepción de veracidad’. En aplicación de dicha ‘excepción de veracidad’, un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea, concurrentemente, verdadero, exacto y pertinente.”

Sobre el particular, coincidimos en lo señalado por Gagliuffi cuando precisa que:

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

“(…) consideramos que actualmente, la legislación nacional regula la denigración en la publicidad comercial de manera específica, mediante la Ley de Publicidad (artículo 7) y su reglamento, y de manera genérica mediante la Ley de Competencia Desleal (artículo 11), pero ello no libra a la autoridad de aplicar sistemáticamente los criterios establecidos en ambos bloques normativos, pudiendo apreciarse en consecuencia que la regla legal consiste en que se encuentre prohibido el uso de la denigración o el menoscabo del crédito de los agentes, sus marcas, sus productos o avisos directa o indirectamente o por implicación en la publicidad comercial, sea ésta comparativa o no, por la vía del humor, la fantasía o la exageración o cualquier otra, salvo que las afirmaciones empleadas sean verdaderas, pero al mismo tiempo exactas y pertinentes (...)” (2003. pp. 304-305).

#### **IV.- Sobre la evaluación de la aplicación de la metodología de “Dólares corrientes” (DC) versus la metodología de “Paridad de poder de compra” (PPC), efectuada por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI**

Como señaláramos en los puntos precedentes, uno de los aspectos controvertidos del caso analizado era la determinación de cuál de las metodologías alegadas por las partes, para la presentación de la comparación de los precios de la cerveza en los países sudamericanos —considerados por Ambev en la publicidad cuestionada—, sería la más adecuada para efectuar dicha comparación.

En tal sentido, Ambev presentó como metodología utilizada la denominada “Dólares corrientes”, mediante la cual obtendría como resultado que la cerveza más cara de los países sometidos a la comparación<sup>14</sup> estaría comercializándose en el Perú. Por su parte, Backus, mediante la metodología de “Paridad de poder de compra”, señaló que el precio de la cerveza que comercializaba en ese momento se encontraba ubicado en la cuarta posición de los países comparados y no en la primera como se consignaba en la publicidad cuestionada.

#### 4.1.- Sobre la metodología de “Dólares corrientes” (DC)

Corresponde señalar que la metodología de DC tiene como finalidad presentar el precio de un bien en dólares, igual al que va a presentar, en otro país, el mismo bien en igual moneda. De esta manera, lo que propone dicho método es realizar la conversión del precio en Nuevos Soles de la cerveza —dentro del caso materia de análisis— a dólares, para que sobre la base del resultado obtenido a través de la referida conversión, el precio en dólares pueda ser sujeto de comparación con el precio en dólares del bien cerveza que se tiene, por ejemplo, en Argentina o en Chile. A continuación se presenta un cuadro ilustrativo de la metodología explicada, que fuera realizado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI ante la consulta efectuada por la Comisión durante la tramitación del procedimiento analizado en el presente trabajo:

**CUADRO N° 1**  
**COMPARACIÓN DE PRECIOS POR DÓLARES CORRIENTES<sup>15</sup>**

Variable	Perú (Soles)	Chile (Pesos)
a. Precio en moneda doméstica	1	250
b. Tipo de cambio (moneda local/dólares)	3,25	592,75
c. Precio en dólares (corrientes)/1	0,31	0,42

<sup>14</sup> Los países sudamericanos que fueron materia de la comparación de precios efectuada en este caso fueron: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

<sup>15</sup> Para mayor detalle, el lector podrá revisar el Informe N° 035 2005/GEE que contiene el “Estudio sobre metodología empleada por UCP Backus & Johnston y Ambev Perú en publicidad de precios de cerveza”, realizado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, que forma parte del Expediente N° 118-2005/CCD.

Sobre la referida metodología, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, de manera acertada, señaló como conclusión que “[I]a metodología de DC presenta desventajas en la comparación de precios entre países, en cuanto considera las desviaciones en el tipo de cambio y el nivel de precios. Estas desviaciones son parte de su teoría en sí” (Informe 035-2005/GEE. 2005, p. 7).

De esta manera, tomando en consideración los problemas que la referida metodología podía presentar en la comparación de precios —como, por ejemplo, puede ser la política económica del país o la cantidad de dólares que existen en la economía de determinado Estado, o las fluctuaciones que se pueden dar entre el precio de la moneda extranjera por factores económicos o políticos—, sostuvieron que quizá no presentaba una adecuada manera de medir las diferencias reales entre los precios de las cervezas en los países participantes en la comparación presentada por Ambev en el anuncio cuestionado por la corporación cervecera nacional.

#### **4.2.- Sobre la metodología de “Paridad de poder de compra” (PPC)**

La metodología denominada “Paridad de poder de compra” —planteada por Gustavo Casel a inicios del siglo veinte— señala que el tipo de cambio entre las monedas de dos países es igual a la relación entre los niveles de precios de esos dos países (Krugman y Obstfeld. 1995, p. 485). De esta manera, el precio de un determinado bien, expresado en unidades monetarias de un país A, tiene que ser igual al precio del mismo bien expresado en unidades monetarias de un país B por el tipo de cambio entre esos dos país (Rao Prosada. 2001, p. 7).<sup>16</sup>

A continuación se presenta un cuadro ilustrativo de la metodología PPC, que fuera realizado también por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI ante consulta efectuada por la Comisión durante la tramitación del procedimiento administrativo materia de análisis (Ver Informe 035-2005/GEE. 2005, p. 5):

---

<sup>16</sup> Ambas citas tomadas del Informe N° 035-2005/GEE, elaborado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.

**CUADRO N° 2**  
**COMPARACIÓN DE PRECIOS AJUSTADOS POR PPC**<sup>17</sup>  
**(Cabe señalar que para el presente cuadro se utiliza el nivel de precios de Estados Unidos como numerario, porque se expresa los precios de los bienes de todos los países en dólares americanos)**

<b>Variable</b>	<b>Perú (Soles)</b>	<b>Chile (Pesos)</b>	<b>USA (dólar numerario)</b>
a. Precio en moneda doméstica	1	250	2
b. Tipo de cambio (moneda local/dólares)	3,25	592,75	1
c. Precio en dólares (corrientes/1)	0,31	0,42	2
d. Nivel de precios	120	180	300
e. Factor /2	2,5	1,67	1
f. Precio en dólares ajustados por PPC/3	0,78	0,70	2

Sobre el método PPC, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI indicó que si bien la referida metodología permitiría una comparación de precios en términos reales, mediante el aislamiento de los efectos de tipo de cambio, “(...) presenta problemas en su aplicación, dado que los niveles de precios entre países corresponden a cestas de consumo representativas que no son necesariamente similares”. Por lo que, para la mencionada Gerencia, las limitaciones de dicha teoría no se encontrarían en sus fundamentos, sino en aspectos de la realidad en sí. (Informe 035-2005/GEE. 2005, p. 7).

Sin embargo, cabe indicar también que, de acuerdo a lo señalado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI en el citado informe, la metodología PPC permitiría obtener resultados que implican un menor sesgo en la comparación, por lo que el hecho de utilizar adecuadamente el ajuste por PPC llevaría a que los resultados de la comparación fueran los óptimos.

<sup>17</sup> Para mayor detalle, al igual que para el cuadro precedente, el lector podrá revisar el Informe N° 035 2005/GEE que contiene el “[e]studio sobre metodología empleada por UCP Backus & Johnston y Ambev Perú en publicidad de precios de cerveza”, realizado por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, el cual forma parte del Expediente N° 145-2004/CCD.

## **V.- La resolución de primera instancia emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal**

Luego de la revisión de las aristas más importantes de las jurisprudencias materia de análisis, corresponde desarrollar los comentarios acerca de cada una de las posiciones que, en contraste, decidieron los órganos resolutivos del INDECOPI en materia publicitaria.

### **5.1.- Sobre el extremo de la resolución referida a la presunta infracción al principio de veracidad dentro del marco de la publicidad comparativa**

Como hemos podido revisar a lo largo del desarrollo del presente análisis, uno de los puntos materia de controversia estaba centrado en la determinación de cuál de las metodologías presentadas por las partes era la “correcta” para comparar los precios de la cerveza en los diferentes mercados sudamericanos. Esto era necesario para verificar si es que la publicidad difundida vulneraba o no el principio de veracidad publicitaria.

Al respecto, mediante la Resolución N° 118-2005/CCD-INDECOPI, de fecha 26 de octubre de 2005 —que puso fin a la primera instancia del procedimiento administrativo en cuestión—, la Comisión consideró, con base en el análisis remitido por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, “(...) que una comparación de precios de distintos mercados es válida tanto utilizando la metodología de ‘dólares corrientes’ como utilizando la metodología de ‘paridad de poder de compra’, dado que ambas gozan de utilización generalmente aceptada”.

Esta primera determinación contenida en el sustento considerativo del fallo de la Comisión cobra mayor sentido aún cuando, luego de analizar las ventajas y desventajas que la implementación de cualquiera de las metodologías expuestas por las partes en el procedimiento, se llega a la conclusión de que no habrá un resultado totalmente preciso —en la apreciación y comparación de precios en los diversos mercados de Latinoamérica— en cuanto a qué cerveza será la más cara de Sudamérica. Sin embargo, el resultado obtenido por cada una de las metodologías antes señaladas, nos dará una comparación válida que podrá ser aceptada.

El criterio de la Comisión, ante la carencia de una metodología que brinde un resultado inobjetable en la comparación de precios aludida, se sustentó en la consideración de que ambos resultados son adecuados y válidos. Y más aún si, tal como se plantea en la citada resolución, el consumidor conoce cuál es la

metodología que se ha utilizado en la construcción del cuadro estadístico presentado en el anuncio. Por ello, la Comisión consideró que el consumidor podía tener en cuenta cuáles son las ventajas y desventajas de la metodología utilizada por Ambev, puesto que ésta es indicada en el referido anuncio, por lo que, a su criterio, no podría ser inducido a error por parte de la publicidad cuestionada.

En este orden de ideas, consideramos necesario precisar que, en su pronunciamiento, la Comisión hizo suyo lo expuesto por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI en el Informe N° 035-2005/GEE cuando consideró que: “[I]a metodología de DC presenta desventajas en la comparación de precios entre países, en cuanto considera las desviaciones en el tipo de cambio y el nivel de precios”, mientras que “La metodología de ajuste por PPC (...) presenta problemas en su aplicación, dado que los niveles de precios entre los países corresponden a cestas de consumos representativas que no son necesariamente similares.” (Informe 035-2005/GEE. 2005, p.7).

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, en la resolución bajo análisis la Comisión sostuvo que

“(…) si bien un consumidor razonable no se verá inducido a error respecto al mensaje que transmiten los cuadros estadísticos mostrados por Ambev en sus anuncios gráficos, la información que consolidan no sería sustento suficiente y exacto para afirmar que ‘los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica’, conforme se afirma en los anuncios difundidos por Ambev que han sido cuestionados en la presente denuncia. La Comisión arriba a esta consideración pues la información estadística que respalda la afirmación de Ambev no muestra, según la metodología utilizada, el precio final que efectivamente paga un consumidor en cada país.”

Sobre el particular, se aprecia cómo la Comisión, tomando como punto de partida el mensaje publicitario difundido, manifestó que si bien la metodología utilizada para efectuar la comparación presentada por Ambev es adecuada, ésta se realizó sobre la base de un precio que no es aquél que un consumidor pagaría por la adquisición de una cerveza en cualquier establecimiento donde ésta se expende—conforme a los argumentos y medios probatorios que las partes presentaron en el procedimiento en cuestión. Ante tal circunstancia, para la Comisión el mensaje difundido por la empresa anunciante se alejaría de la evidencia que es relevante para el potencial consumidor del producto anunciado, como es el precio final que efectivamente se va a cancelar por la adquisición del bien publicitado.

Esta circunstancia se ve complementada con el razonamiento que el mencionado cuerpo colegiado de primera instancia realiza para complementar su consideración, toda vez que especifica que

“(…) en cada plaza, el consumidor paga, además del monto del producto expuesta, el componente de impuesto que cada país aplica a dicha adquisición, sea un impuesto al valor agregado o un impuesto selectivo al consumo, entre otros. En este sentido, la Comisión considera inexacta la afirmación ‘los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica’ en el contexto del anuncio denunciado y con el sustento estadístico que presenta Ambev, debido a que el pretendido precio más caro de Sudamérica no considera un precio final y completo, incluido impuestos, presentando, por el contrario, un precio que no estaría realmente al alcance de un consumidor en cada país sudamericano comparado.”

De esta forma, se concluye que el mensaje publicitario difundido por Ambev —que se consolida luego de la correcta aplicación de la metodología DC en la comparación del precio de las cervezas en los países sudamericanos—, no ha tomado en cuenta el precio final que el consumidor desembolsa.

Finalmente, del pronunciamiento de primera instancia se desprende que el consumidor, al enfrentarse a una información obtenida de una realidad distante a aquella que confrontará al momento de obtener el producto ofrecido, se verá inducido a error. Ello se debe al hecho de que no encontrará en el mensaje publicitario difundido la cantidad final del precio que acorde con la realidad deberá desembolsar en la plaza.

## **5.2.- Sobre el extremo de la resolución referido a la presunta infracción al mandato de no denigración dentro del marco de la publicidad comparativa**

Por otra parte, se discutió también que la afirmación “los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica” podría alejarse de la obligación de no denigración contenida en el principio de lealtad publicitaria, toda vez que existiría la posibilidad de que ésta desacreditara a Bakcus al presentarla como una compañía abusiva y explotadora de la posición de mercado que en dicho momento tenía. Esto era negado por la empresa anunciante, toda vez que para ella se estaría difundiendo información que resultaba ser acorde con la realidad que en ese momento se vivía en el mercado de cerveza.

Asimismo, en el inicio del procedimiento, la Comisión había considerado que en la campaña publicitaria cuestionada, si bien no habría afirmación alguna que expresamente hiciera referencia a Backus, el consumidor podría percatarse de que ésta era la aludida. En tal sentido, la Comisión estimó que se configuraría aquella referencia conjunta e inequívoca entre los precios que Backus ofrecía en el mercado y la promesa de precios que la nueva concurrente ofertaría, puesto que al momento de difundirse la publicidad cuestionada Backus copaba casi el íntegro de la plaza nacional de comercialización de cerveza.

En el pronunciamiento materia de análisis, la Comisión consideró que los anuncios contenidos en la campaña denunciada serían

“(…) capaces de proyectar un efecto de descrédito sobre Backus y sus productos, debido a que a estos se les atribuye la condición de ser los más caros, en su especie, a nivel sudamericano, lo cual se basa en información estadística que no considera, al mostrar sus resultados, un precio final y completo, incluido impuestos, presentando por el contrario un precio que no se encontraría efectivamente al alcance de un consumidor en cada país sudamericano comparado”.

Cabe señalar que al momento de la emisión de la resolución de primera instancia, los criterios de evaluación y aplicación de la obligación de no denigración eran distintos a los que fueron considerados por la segunda instancia al momento de evaluar este caso. Recordemos que en aquel momento, a diferencia de la actual posición que permite la aplicación del *test de la exceptio veritatis* para determinar la licitud de las publicidades denigratorias, no estaba permitido denigrar a un concurrente a través de la publicidad. Así, tomando en consideración la existencia de una inducción a error a los consumidores en la publicidad cuestionada, la Comisión estimó que los anuncios cuestionados generarían descrédito en la imagen de Backus.

Es importante indicar también que debe tomarse en cuenta en el análisis de la denigración que los anuncios contenidos en la campaña cuestionada presentaban afirmaciones tales como “(…) tú tendrás la opción de elegir una buena cerveza, de Ambev Perú o no, pero a un precio justo”; “La verdad, con la llegada de la competencia el que gana eres tú”; “Y es que nunca nadie te lo dijo pero los peruanos pagamos la cerveza más cara de Sudamérica. Ambev ya está en marcha. Llega una cerveza con la calidad que apreciamos y con el respeto que nos merecemos.”

En vista de ello, la Comisión señaló que:

“(…) los anuncios denunciados son capaces de generar un efecto de descrédito sobre Backus y sus productos, pues el consumidor podría entender no solamente que la llegada de la competencia sería beneficiosa para el mercado, sino también inferir que Backus habría abusado de su posición privilegiada en el mercado, cobrando un precio excesivo y arbitrario en el mercado local.

Dicha circunstancia, a criterio de la Comisión, es capaz de denigrar a la denunciante por cuanto además de atribuirle la condición de vendedora de los productos caros, en su especie, a nivel regional, al sugerir que habría desplegado una conducta abusiva, aunque ésta fuera mínima, se deteriora gravemente su imagen ante el consumidor y se afecta su posición futura en el mercado. En consecuencia, dicha afectación a la imagen de Backus no se produciría por la eficiencia de sus competidores, sino por imputaciones publicitarias capaces de afectar su crédito comercial.”

Adicionalmente, la Comisión también consideró que el hecho de presentar un atributo referido a que el precio de un producto es elevado,

“(…) o que se encuentra frente a un producto que excede mucho del valor o estimación regular (....) podría deteriorar la imagen de Backus, considerando que sus productos se dirigen al público en general y que el precio de un producto en determinado mercado puede responder a diferentes y diversas causas que generan un precio elevado, pero que en el mercado en el que se presenta no excede necesariamente el valor o estimación regular del mismo”.

De tal manera, en el presente caso se desprende de acuerdo a lo planteado por la Comisión que la finalidad de señalar que los peruanos consumían la cerveza más cara de Sudamérica era la de: 1) informar al consumidor acerca de un atributo negativo del producto comercializado por Backus —el precio del mismo—; y, 2) señalar que Backus abusaba de los consumidores al presentarles precios que, en la región, superaban el promedio del costo de la cerveza en cada plaza comparada, dejando una imagen negativa también de dicho agente comercial.

## **VI.- La revocatoria de la resolución de primera instancia a través de la resolución emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI**

En su pronunciamiento, si bien la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI coincidió con la Comisión en que la metodología aplicable era la correcta y que, además, en la campaña publicitaria cuestionada se habría informado al consumidor acerca de que era la metodología DC la empleada para obtener el cuadro estadístico, no hizo suyo el criterio referido a que la comparación debió de hacerse con respecto a los precios finales de la cerveza ofrecida, tanto en el mercado peruano como en las plazas internacionales.

Al respecto, en la Resolución N° 0980-2006/TDC-INDECOPI se señaló que,

“[t]oda vez que una comparación entre precios ex-planta refleja únicamente el valor de los bienes ofrecidos, esta variable puede ser considerada como un indicador razonable de las decisiones de los fabricantes, referidas a los niveles de ingresos y, consecuentemente, a los márgenes de utilidad recibidos por la comercialización de sus productos. (...) no podría considerarse que el no efectuar una comparación sobre la base de precios finales daría cuenta de una infracción al principio de veracidad”.

A diferencia de lo establecido por la Comisión en la resolución de primera instancia, la cual centró su razonamiento en el análisis integral y superficial del mensaje publicitario contenido en la publicidad cuestionada, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI hizo de su centro de gravedad interpretativo la mayor valoración por la metodología presentada por Ambev como sustento de la afirmación cuestionada, y no el contenido mismo del mensaje transmitido al consumidor.

La posición asumida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, se sostiene en premisas relativas a la validez de un sustento metodológico, mientras que la resolución efectuada por la Comisión en el pronunciamiento de primera instancia se distingue por enfocarse en el mensaje publicitario. En base a esto, si bien los anunciantes pueden desarrollar los criterios y metodologías que consideren más pertinentes para sustentar las afirmaciones objetivas que difundan en sus anuncios, éstos deben ser adecuados a la realidad fáctica de lo que el consumidor percibe como mensaje publicitario en un anuncio.

En tal sentido, si bien la información estadística proporcionada por Ambev era adecuada, sobre parámetros de evaluación con variables válidas desde el punto de vista económico, dichas variables no tenían una coincidencia —fáctica real—, conforme lo apreciado en el procedimiento, con aquel precio al que era expendido el producto de Backus al momento de la difusión del mensaje y que el consumidor iba a asumir, producto de su realidad al momento de evaluar las ofertas de ambos competidores.

Por otra parte, y como consecuencia de su razonamiento primigenio en la resolución del presente caso, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI optó por señalar que la publicidad cuestionada no denigraría a Backus, sobre la base de que

“(…) del análisis de los elementos que forman parte de los anuncios difundidos por Ambev, ha podido determinarse no solo que el mensaje es verdadero y exacto, dado que se sustenta en los resultados objetivos de un método válido utilizado frecuentemente para realizar comparaciones entre precios, sino que también es pertinente, ya que tiene por finalidad comunicar a los consumidores el efecto negativo que, de conformidad con la evidencia obtenida, sería capaz de producir un monopolio en los precios. Dado que se ha verificado que en el presente caso el mensaje es verdadero, exacto y pertinente, éste no puede ser considerado denigratorio.”

Al respecto, la decisión de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI puede encadenarse con la verificación de que la metodología respalda la veracidad del mensaje cuestionado y la pertinencia de la difusión del mensaje publicitario de Ambev. A pesar de ello, aun cuando el mensaje fuera verdadero y exacto, podría ser cuestionado por considerar que la comparación fue realizada sobre la base de precios que no corresponden a aquellos que son desembolsados por el consumidor para adquirir la cerveza de la empresa peruana.

## **VII.- Comentario final**

Luego de la apreciación de los pronunciamientos emitidos por los órganos colegiados del INDECOPI en el procedimiento que ha sido materia de análisis de la presente entrega, se puede concluir que en materia publicitaria las interpretaciones de los criterios establecidos por la jurisprudencia y la doctrina se adecuan a cada caso en particular, con la posibilidad de generar posturas de matiz diverso.

En tal sentido, resulta valioso apreciar los criterios emitidos por los órganos colegiados del INDECOPI, con el fin de ubicar su razonamiento en el análisis integral y superficial del mensaje publicitario, frente al centro de gravedad interpretativo constituido por la correcta metodología presentada en el caso.

Si bien las afirmaciones desarrolladas sobre la base de información veraz y exacta en el marco de la publicidad pueden no coincidir con la realidad comercial del mercado, la valoración de la existencia de una perspectiva no adecuada a la realidad recaerá en la posición argumental y doctrinal con que se aborde el problema, circunstancia común en materia publicitaria, tal como lo es el análisis caso por caso.

En tal sentido, resulta enriquecedor verificar cómo la posición asumida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, construida sobre la base de premisas que se apoyan en la validez de un sustento metodológico, rebate a aquella de primera instancia que plantea un enfoque en el mensaje publicitario. Por ello, si bien los anunciantes pueden desarrollar los criterios y metodologías que consideren más pertinentes para sustentar las afirmaciones objetivas que difundan en sus anuncios, deben adecuarse a la realidad fáctica de lo que el consumidor percibe como mensaje publicitario en un anuncio, circunstancia que en el presente caso permite dar el primer paso —“Primer capítulo de la contienda publicitaria comparativa entre empresas cerveceras: atribución “la cerveza más cara de Sudamérica”— para un apasionante debate académico.

## Referencias

- FERNÁNDEZ, C. (1989). “Estudios de Derecho de la Publicidad. Homenaje a la Facultad de Derecho ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa Catedrático de Derecho Mercantil nos XXV años de cátedra”. Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela.
- GAGLIUFFI, I. (2003). “La publicidad denigratoria en el Perú: memorias sobre la guerra de las kolas amarillas (historia de Gómez, los chamanes, los cocineros y la impulsadora)”. En: *THEMIS* 46. Lima.
- KRUGMAN, P. y M. OBSTFELD (1995). “Economía internacional. Teoría y políticas”. Mc Graw Hill / Interamericana de España. Tercera Edición.
- STUCCHI, P. (2006). “Normas de la publicidad. Comentarios-Precedentes jurisprudenciales”. En: ESPINOZA, J. y P. STUCCHI (coordinadores) y otros. Lima. Rodhas.

TATO PLAZA, A. (1996). “La publicidad comparativa”. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid.

### **Resoluciones e informes**

RESOLUCIÓN N° 0547-2003/TDC-INDECOPI de fecha 10 de diciembre de 2003, emitida en el procedimiento seguido por denuncia interpuesta por The Coca-Cola Company en contra de Embotelladora Don Jorge S.A.C., que fue tramitado bajo Expediente N° 051-2002/CCD.

RESOLUCIÓN N° 0347-2006/TDC-INDECOPI de fecha 17 de marzo de 2006, emitida en el procedimiento seguido por denuncia interpuesta por Telefónica del Perú S.A.A en contra de Mactel Electrónica E.I.R.L., que fue tramitado bajo Expediente N° 114-2004/CCD.

RESOLUCIÓN N° 0901-2004-INDECOPI de fecha 7 de diciembre de 2004, emitida en el procedimiento seguido por la denuncia interpuesta por Robert Aguilar Rivas en contra de Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C., que fue tramitado bajo Expediente N° 107-2003/CCD.

RESOLUCIÓN N° 118-2005/CCD- INDECOPI de fecha 26 de octubre de 2005, emitida en el procedimiento seguido por la denuncia interpuesta por Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.A. en contra de Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., que fue tramitado bajo Expediente N° 118-2005/CCD.

RESOLUCIÓN N° 0980-2006/TDC- INDECOPI de fecha 23 de junio de 2006, emitida en el procedimiento seguido por la denuncia interpuesta por Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.A. en contra de Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C., que fue tramitado bajo Expediente N° 118-2005/CCD.

INFORME N° 035-2005/GEE. “Estudio sobre metodología empleada por UCP Backus & Johnston y Ambev Perú en publicidad de precios de cerveza. Emitido por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI con fecha 9 de junio de 2005. Dicho informe forma parte del Expediente N° 145-2004/CCD de foja 384 a foja 390.