

# La Denigración o el Descrédito sobre la Imagen Comercial Ajena como Acto de Competencia Desleal y como Acto Contrario a la Regulación Publicitaria

Pierino Stucchi López Raygada\*

*“En el presente artículo el autor analiza como la denigración o el descrédito sobre a imagen ajena utilizado por las empresas atenta contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo que generalmente permite su viabilidad en base a su eficiencia.”*

## 1. Identificación e Imagen Comerciales

En el escenario concurrencial, la identificación comercial permite a una empresa distinguir su oferta de otra. Un producto que es identificable o que es ofrecido por una empresa identificable puede ser reconocido por los consumidores como una oferta diferente entre otra similares o sustitutas.

Sobre la identificación comercial se construye la imagen comercial. Esta imagen define a una empresa y/o a sus productos ante los consumidores. Mientras que la identificación distingue, la imagen comercial proyecta a los consumidores los atributos que caracterizan a una empresa o a un producto. Ciertamente, en el escenario comercial, sin identificación no existe imagen. Sin embargo, puede existir identificación sin imagen definida.

La imagen comercial definida logra intensidad cuando se comunican adecuadamente los atributos de la propia empresa, así como los atributos de los bienes o servicios que ésta ofrece en el mercado. Una empresa aprovecha

una imagen definida para reducir la *sustituibilidad* de su oferta por otras. Ello ocurre, por ejemplo, cuando logra comunicar que sus productos o servicios son de alta calidad, de duración mayor o que son el resultado de un trabajo singular hecho a mano. También ocurre cuando la empresa logra comunicar que sus productos son los de menor precio ante otros similares o sustitutos, o que sus productos son los que otorgan un mayor beneficio por el precio pagado. En todo caso, una imagen definida contribuye con la empresa en su búsqueda por la preferencia del consumidor<sup>1</sup>.

En la actualidad, podemos identificar, entre otras estrategias de concurrencia en un mercado, las siguientes: i) diferenciación; ii) alta calidad; y, iii) bajo precio. Las tres estrategias se valen de la imagen para lograr sus objetivos. Las dos primeras pretenden evitar la competencia al apartarse de la *sustituibilidad*; mientras que la tercera arremete contra la competencia mediante un planteamiento de bajo precio para la satisfacción de una misma necesidad. Cualquier estrategia que en el mercado desea lograr éxito requiere de la definición de una imagen.

Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Profesor del curso Integración Económica y Comercial y Tratados Internacionales en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), así como del curso Derecho Empresarial en la misma casa de estudios. Profesor del curso Derecho Económico Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales y Comercio Internacional en el Instituto de Gobierno. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa en la UPC y de segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El autor agradece especialmente al señor Carlos Rodas Ramos.

1 Revelando que la mejora en prestaciones puede ser tan importante como la imagen para lograr la preferencia de los consumidores, Phillip Kotler señala que “[c]uanto más se pueda mejorar o hacer diferente un producto o sus servicios acompañantes, más oportunidades habrá de reemplazar al líder. La marca *Total de Colgate* ofrecía nuevos beneficios que no ofrecía *Crest*. En lo que respecta a *Pepsi* y *Cola - Cola*, sus refrescos son muy similares, pero la imagen cuenta mucho (...) tal vez la estrategia ganadora de *Pepsi* sea cambiar dramáticamente su imagen en lugar de su producto” Cita textual tomada de KOTLER, Phillip. Las preguntas más frecuentes sobre marketing. Bogotá: Norma, 2005. p. 55.

## 2. La Función de la Imagen Comercial en la Estrategia de Mercado

Para lograr una estrategia de marketing exitosa, Phillip Kotler indica que se debe generar *concentración, posicionamiento y diferenciación*. Así, indica que la empresa debe “definir con cuidado su mercado objetivo, desarrollar y comunicar una posición única y desarrollar diferenciaciones en la oferta y los servicios que les dificulte a los competidores copiar el conjunto”<sup>2</sup>.

Podemos observar que, de los tres elementos concurrentes sugeridos para una estrategia de actuación exitosa en el mercado, el primero, definido como *concentración*, se construye sobre la base del estudio del mercado para definir al público objetivo que será el conjunto de consumidores al que la empresa dirigirá su producto. Por su parte, los dos elementos siguientes, definidos como *posicionamiento y diferenciación*, se construyen sobre la base de una definida imagen comercial. Insistimos, cualquier estrategia que desea lograr éxito requiere de la definición de una imagen en el mercado.

En consecuencia, cuando se desarrolla una imagen comercial se persigue transmitir al consumidor la *posición* del producto en el mercado respecto de las necesidades que satisface y respeto de los productos competidores o sustitutos. Asimismo, se persigue lograr una *diferenciación* que singularice la oferta propia respecto de las ofertas sustitutas. Por ello, la construcción de una imagen comercial se encuentra en el plano de la comunicación hacia los consumidores, pues se tiene el objetivo de generar sobre ellos percepciones positivas acerca de una oferta consistente en un bien y/o un servicio. Sin embargo, no se debe perder de vista que la construcción de la imagen comercial de un producto también se encuentra condicionada por la experiencia de consumo de quien ha adquirido dicho producto. Esta experiencia puede: i) ser neutra, al no afianzar ni resistir la imagen que se pretende; ii) afianzar la imagen que construye la comunicación desde la empresa oferente; o, iii) resistir o diluir dicha imagen. En esta dinámica, la imagen se construye y reconstruye continuamente en el escenario comercial.

Incluso, cabe señalar que desde la perspectiva de la generación de valor a través de la construcción de una marca, la disciplina del marketing afirma que existe una diferencia entre imagen e identidad, al señalar que “la identidad de marca es un conjunto de activos (y pasivos) vinculados al nombre y símbolo de una marca que incorporan (o sustraen) el valor suministrado por un producto o servicio”;

diferenciándola de la imagen comercial de una marca, que es “como la perciben los clientes.” Así, “una imagen es como uno es percibido y una identidad es como aspira uno a ser percibido”<sup>3</sup>.

Queda claro que, en la estrategia de mercado, la imagen comercial cumple un papel fundamental pues sobre esta imagen se construye la percepción de valor que un consumidor tiene sobre determinada oferta. La imagen comercial de una empresa y la imagen de los bienes o servicios que ésta ofrece en el mercado son la plataforma sobre la que se construye la preferencia del consumidor. Una empresa que persigue lograr éxito en el mercado invierte directa o indirectamente en lograr que la imagen comercial de su oferta en el mercado presente el mayor valor posible al consumidor para la satisfacción de determinada necesidad.

“La imagen comercial de una empresa y la imagen de los bienes o servicios que éste ofrece en el mercado son la plataforma sobre la que se construye la preferencia del consumidor.”

## 3. La Reputación Comercial como Valor Percibido en la Imagen Comercial

Cuando una imagen comercial logra definición comunica con mayor potencia los atributos de la empresa y/o de los bienes o servicios que ésta ofrece en el mercado. Una imagen definida en el mercado es aquella que ha comunicado eficazmente determinados atributos respecto de un oferente o una oferta. Ello no significa necesariamente que la imagen comercial se encuentre adecuada a la identidad comercial que, como se ha referido, es lo que la empresa desea que se perciba de sí misma y/o de su oferta.

El valor es asignado por el consumidor a determinada oferta o empresa oferente en el mercado, como consecuencia de que los atributos que su imagen comercial revela. A mayor valor, mayor será el grado de reputación comercial<sup>4</sup> de la oferta o de la empresa oferente en el mercado.

Toda imagen comercial genera un nivel o grado de reputación. Dicho nivel o grado puede ser mínimo o

2 Cita textual tomada de KOTLER, Phillip. Las preguntas más frecuentes sobre marketing. Bogotá: Norma, 2005. p. 54.

3 Citas textuales tomadas de AAKER, David. Construir marcas poderosas. Lima: El Comercio, 2002. pp. 26, 68 y 280.

4 Conforme a la vigésima segunda edición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, reputación se define como: “reputación.

(Del lat. *reputat-o*, -ónis).

1. f. Opinión o consideración en que se tiene a alguien o algo.

2. f. Prestigio o estima en que son tenidos alguien o algo.”Cita textual tomada de: <http://www.rae.es/>

significativo. Dependerá de la percepción de valor que el consumidor tenga sobre el conjunto de atributos que refleja la imagen comercial. Ello significa que la reputación comercial es consecuencia directa de la valoración que el consumidor realiza sobre la imagen comercial de una empresa y/o de su oferta.

#### 4. Los Signos y sus Funciones en relación con la Identificación, la Imagen y la Reputación Comerciales

La identificación se construye sobre signos capaces de distinguir. Las empresas y sus productos se diferencian de otros utilizando signos constituidos por denominaciones, imágenes, colores, sonidos e, incluso, olores.

Los signos capaces de distinguir pueden ser protegidos bajo marcas y otros derechos de propiedad industrial. Los signos capaces de distinguir cumplen, comercialmente, con las siguientes funciones:

- a) Distinción o diferenciación: el uso de un signo sobre bienes y/o servicios que coloca una empresa en el mercado permite diferenciarlos de otros que sean del mismo género o especie. Esta función contribuye a la determinación de una identificación sobre el bien o servicio ofrecido en el mercado.
- b) Indicación del origen empresarial: el uso de un signo puede permitir al consumidor identificar un origen empresarial. Esta función no necesariamente permite al consumidor identificar a la persona natural o jurídica que produce el bien o servicio. Sin embargo, salvo que la evidencia empírica le indique lo contrario, asumirá que el bien o el servicio que tiene aplicado una misma marca es producido y/o comercializado por la misma empresa o, cuando menos, bajo su supervisión. Esta función contribuye a la identificación de una empresa que concurre en el mercado ofreciendo determinados bienes y/o servicios.
- c) Información sobre la calidad: el uso de un signo permite transmitir al consumidor información respecto de los bienes y/o servicios sobre los cuales está aplicada. A través de la fijación de una marca, el consumidor puede reconocer determinada calidad recibida en un bien y/o servicio, y esperar, en posteriores consumos, una calidad equivalente a la recibida en el pasado. Esta función contribuye a la determinación de una imagen comercial pues las marcas facilitan que el consumidor reconozca atributos generados por su propia experiencia de consumo.
- d) Atribución de valor mediante comunicación: el uso de un signo permite a las empresas predicar sobre los bienes y/o servicios que ofrecen en el mercado atributos de diferenciación, calidad

y/o precio, logrando que los consumidores conozcan sus productos como conjuntos de atributos que podrían satisfacer sus necesidades o deseos y los consideren como una alternativa para consumo. Esta función contribuye a la determinación de una imagen pues los signos son significantes que permiten, por ejemplo, - a través de publicidad u otras vías - transmitir y conservar significados de prestigio, bajo precio, alta calidad, distinción, durabilidad, exclusividad o eficiencia, aplicando de la estrategia de marketing que se haya elegido.

#### 5. La Concurrencia en el Sistema Competitivo

En una economía social de mercado, la pugna entre agentes económicos por lograr la realización de transacciones sobre los bienes o servicios que ofrecen implica la existencia de una tensión competitiva. En un contexto competitivo, cada transacción lograda por una empresa es una transacción menos que pudo lograr su competidora.

Por ejemplo, cada transacción lograda por una pizzería al vender una pizza es, con seguridad, una transacción que no logró otra pizzería ubicada en un perímetro cercano. Ocurre lo propio con un pasaje vendido por una empresa de transporte terrestre en la ruta Lima - Pisco, pues éste es un pasaje menos que pudo ser vendido por otra empresa de transporte terrestre, en la misma ruta, para el mismo día, a la misma hora de partida. Asimismo, un paciente alojado durante una semana en una clínica de la ciudad de Trujillo es un paciente menos que pudo alojar otra clínica de la misma categoría, en la misma ciudad, esa misma semana.

La realización de transacciones permite a las empresas lograr beneficios pues, generalmente, los márgenes que deja cada transacción contribuyen en la generación de utilidades. Por ello, una empresa que pierde posibilidades de realizar transacciones, debido a que éstas son realizadas constantemente por una empresa competidora, progresivamente sufre un daño derivado de no generar utilidades, como consecuencia del efecto competitivo. Éste es un daño concurrencial lícito y permitido en una economía de mercado.

La competencia entre empresas que concurren ofreciendo bienes o servicios similares o sustitutos respecto de los que ofrecen otras empresas es lícita, aún cuando genera daño. La empresa exitosa en el mercado es la que logra realizar transacciones, mientras que el competidor de ésta, al ver disminuido el número de transacciones que realiza, podría ver mermadas sus utilidades y, en consecuencia, ver peligrar su permanencia en el mercado. El competidor de la empresa exitosa recibe daño concurrencial lícito.

La licitud de este daño tiene fundamento constitucional pues la economía social de mercado instaurada en nuestra Constitución Política implica el establecimiento

de un sistema competitivo cuya dinámica premia la eficiencia de las empresas que son elegidas para realizar transacciones<sup>5</sup>. En una economía social de mercado, se presume que los agentes económicos, siendo racionales, eligen siempre realizar transacciones sobre los bienes y servicios que consideran que les ofrecen los mayores beneficios, al menor costo posible. En consecuencia, en la concurrencia que genera el sistema competitivo, gana y permanece en el mercado la empresa y los productos percibidos como eficientes, al proveer el mayor beneficio posible al menor costo posible al consumidor.

En el sistema competitivo, la imagen comercial tiene un papel fundamental pues comunica al consumidor los atributos de precio y calidad de una oferta en el mercado, la percepción sobre el valor de la imagen comercial genera reputación y ello contribuye a que una oferta pueda ser elegida sobre otras.

## 6. La Denigración o el Descrédito sobre la Imagen Comercial Ajena como Acto de Competencia Desleal

### 6.1. La Visión Alemana Imperante en Nuestro Sistema de Represión de la Competencia Desleal

El Decreto Ley N° 26122 (en adelante, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal) y la aplicación que de ella se ha realizado por la autoridad administrativa han hecho suyas, implícitamente, a nuestro juicio, la visión continental alemana que, contemporáneamente, acoge dos tesis complementarias que sustentan el entendimiento y categorización de un acto de competencia desleal.

La primera tesis considera un acto de competencia desleal como todo aquél que no sea consistente con el principio de competencia eficiente - *Leistungswettbewerb* - es decir que “la deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores”, en consecuencia, la competencia leal se sustenta en la eficiencia de las propias prestaciones y “[l]a eliminación del competidor menos eficiente no constituye un comportamiento desleal”<sup>6</sup>.

La segunda tesis se sustenta en el principio funcional de la competencia y “propugna que la deslealtad y la contrariedad a la buena fe objetiva se producen cuando un acto contradice los fines perseguidos por las normas de competencia desleal”. Es decir, cuando atenta contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia<sup>7</sup>.

En consecuencia, conforme al ordenamiento económico y jurídico, la competencia desleal es capaz de producir sobre el competidor un daño concurrencial que no corresponde al debidamente esperado por la competencia bajo reglas de eficiencia. Nuestra Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, establece como cláusula general de ilicitud y prohibición de actos de competencia desleal que “[s]e considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial”<sup>8</sup>.

Debe considerarse que bajo el modelo social de represión de la competencia desleal, aplicado en nuestro sistema, la defensa de la buena fe comercial objetiva exige prohibir y sancionar las conductas de un agente que, en el mercado, pretende realizar una transacción logrando la preferencia por causas distintas a su propia eficiencia<sup>9</sup>. Bajo el modelo social, la represión de la competencia desleal tiene como misión principal asegurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia<sup>10</sup>.

### 6.2. La Cláusula General y la Tipificación Combinada

Como hemos sostenido en otra sede, “[e]n la disciplina de la represión de la competencia desleal, en el escenario administrativo, la técnica de tipificación tiene como elemento esencial a la cláusula general que es el tipo sancionador al que se remiten las normas que indican el elenco de sanciones que pueden ser impuestas a quien comete un acto de competencia desleal”, ello permite “dos modalidades de tipificación: i) una combinada, cuando se utiliza para una imputación, además de la cláusula general, la indicación de alguna o algunas de las conductas enunciadas por dicha ley, con la finalidad de aclarar qué conductas configuran actos de competencia

5 La Constitución Política establece claramente nuestro régimen económico: “Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...)”

6 Citas textuales tomadas de GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. pp. 63 y 64.

7 Citas textuales tomadas de GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 64.

8 Cfr. Artículo 6° del Decreto Ley N° 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

9 Cfr. STUCCHI, Pierino. La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados En: Revista Themis. N° 54. Lima, 2007.

10 Corresponde indicar desde la experiencia continental europea que, luego de Segunda Guerra Mundial, “los países europeos consideraron necesario hacer un giro en la disciplina hacia el “interés social”, surgiendo la necesidad de derrocar al modelo profesional individualista (...) [e]n lo referido al objeto, se vislumbra una transición hacia una concepción de la protección del orden económico del mercado no sólo con respecto a la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino también con respecto a los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado. (...) En cuanto a los criterios de valoración o calificación de la deslealtad, ésta ya no se mide exclusivamente en función de la adecuación a los usos y costumbres profesionales, sino en atención a los principios del ordenamiento económico tales como la libre competencia y la tutela del consumidor. (...)” Citas textuales tomadas de GARCIA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 16.

desleal; y, ii) una simple, cuando una imputación se basa solamente en lo establecido por la cláusula general debido a que la conducta que se imputa como acto de competencia desleal no ha sido enunciada por la misma ley<sup>11</sup>.

**“El acto de denigración o descrédito permite un mejor conocimiento de las empresas acerca de lo que constituye este acto de competencia desleal que deben evitar cometer.”**

En este sentido, la denigración o el descrédito sobre la imagen comercial ajena como acto de competencia desleal, siendo un acto enunciado por la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, exige una tipificación combinada. Ello significa que cuando se acusa a una empresa de realizar actos de competencia desleal en la modalidad de denigración o descrédito, se le acusa, en realidad, de realizar una conducta contraria a la buena fe comercial objetiva que se encuentra descrita legalmente, otorgando mayor claridad al acto de denigración o descrédito.

Esta enunciación del acto de denigración o descrédito permite un mejor conocimiento de las

empresas acerca de lo que constituye este acto de competencia desleal que deben evitar cometer. En todo caso, de producirse dicho acto, dicha enunciación permite una tipificación de mayor claridad en el escenario administrativo sancionador y un mejor ejercicio del derecho de defensa de quien resulte imputado en el procedimiento sancionador correspondiente.

### **6.3. Enunciación y Caracterización del Acto de Denigración o Descrédito**

Coincidiendo con la doctrina mayoritaria, se incluye en el análisis ofrecido en este punto el conjunto de disposiciones que regulan la actividad publicitaria en esta materia. Ello, pues éstas contienen normas que cumplen la función de asegurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia.

Siguiendo esta línea mayoritaria, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi en un reciente precedente de observancia obligatoria, ha reconocido expresamente que la regulación publicitaria expresada en el Decreto Legislativo N° 691 (en adelante, Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor) contiene disposiciones que forman parte del sistema de represión de la competencia desleal<sup>12</sup>.

En consecuencia, a continuación, presentamos un cuadro que refleja el contenido de las normas que enuncian y caracterizan el acto de denigración o descrédito como acto de competencia desleal.

11 Cita textual tomada de STUCCHI, Pierino. La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados. En: Revista Themis. N° 54. Lima, 2007. Para mayores precisiones sobre la tipificación en materia de represión sobre competencia desleal acudir a esta entrega.

12 Así, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha determinado, mediante precedente de observancia obligatoria, que:

“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.” Cita textual tomada del precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución N° 0347-2006/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Telefónica del Perú S.A.A. contra Mactel Electrónica E.I.R.L., tramitado bajo Expediente N° 114-2004/CCD.

**Cuadro Único**

**Enunciación y caracterización del acto de denigración o descrédito conforme al Decreto Ley N° 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal - y al Decreto Legislativo N° 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor**

<b>Determinación de actos de denigración o descrédito sobre la imagen comercial ajena como acto de competencia desleal</b>		
	<b>Citas textuales de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal</b>	<b>Citas textuales de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor</b>
<b>Enunciación y caracterización</b>	<p><b>“Artículo 11°.- Actos de denigración:</b> Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado (...).”</p> <p><b>“Artículo 12°.- Actos de comparación:</b> Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando (...) denigre a los competidores.”</p>	<p><b>“Artículo 7°.-</b> (...) Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía.”</p> <p><b>“Artículo 8°.-</b> Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se (...) denigre a los competidores.”</p>
<b>Enunciación particular (presunción de impertinencia)</b>	<p><b>“Artículo 11°.- Actos de denigración:</b> (...) Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”</p>	<i>No contempla</i>
<b>Formulación de excepción</b>	<p><b>“Artículo 11°.- Actos de denigración:</b> (...) a no ser que (dichas noticias o manifestaciones) sean exactas, verdaderas y pertinentes. (Paréntesis añadido)</p>	<i>No contempla</i>

Conforme a lo anterior, reconociendo que la regulación publicitaria es parte del sistema de represión de la competencia desleal, analizaremos a continuación los elementos que caracterizan y exceptúan el acto de competencia desleal en la modalidad de denigración o descrédito. En esta tarea, asumimos, conforme entiende el Indecopi como autoridad administrativa, que los elementos enunciados en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal se aplican también a la denigración o descrédito que se desarrolla a través de la publicidad comercial.

### 6.3.1. ¿Qué es Denigrar o Desacreditar?

La acción de denigrar es definida en su uso coloquial como “ofender la opinión o fama de alguien” o como “injuriar”. A su vez, la acción de injuriar es definida como “agraviar” o “ultrajar con obras o palabras”, así como “dañar o menoscabar” el crédito o la reputación de un suje-

to, un objeto, una actividad, un lugar o una situación. En consecuencia, la denigración produce agravio, es decir ofensa sobre la “honra o fama con algún dicho o hecho”. El efecto de la denigración se equipara con el descrédito que es el efecto de “[d]isminución o pérdida de la reputación de las personas, o del valor y estima de las cosas”<sup>13</sup>.

En consecuencia, las categorías de acción *denigrar* y *desacreditar*, cuyo contenido semántico es similar, se despliegan en el escenario concurrencial definidas como el hecho de afectar la imagen de una empresa o de su oferta. Ello, puede producirse a través del descrédito de su establecimiento, de los signos que las diferencian en el mercado y de los productos mismos, entre otros. La denigración o el descrédito como conducta es capaz de agraviar la imagen y la reputación comercial ajena mediante afirmaciones o imágenes dirigidas a afectar el crédito o prestigio<sup>14</sup> ajeno en el mercado.

13 Citas textuales tomadas de la vigésimo segunda edición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, disponible en <http://www.rae.es/>

14 Conforme a la vigésimo segunda edición del Diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, prestigio se define como:

“prestigio.

(Del lat. praestig-um).

1. m. Realce, estimación, renombre, buen crédito.”

Cita textual tomada de: <http://www.rae.es/>

Aún cuando la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor no define la denigración comercial, pese a prohibirla expresamente, en publicidad también se asume, conforme a lo enunciado en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, que la difusión de comunicaciones, tales como noticias o manifestaciones, que puedan menoscabar el crédito de una empresa en el mercado se considera desleal.

### 6.3.2. ¿Cuál es el Sujeto o el Objeto de la Denigración o del Descrédito? ¿En qué Modalidades se Producen?

Las disposiciones legales bajo análisis revelan que el efecto de la denigración o el descrédito como conducta desleal puede recaer sobre la empresa o sobre su oferta en el mercado.

Si dicho efecto se produce respecto de la imagen empresa, puede recaer sobre los siguientes elementos que la definen: i) su actividad, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que la empresa es ineficiente o trata mal a sus trabajadores; ii) su establecimiento, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que el local de la empresa es antihigiénico o inseguro; iii) sus relaciones mercantiles, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que la empresa no honra sus acreencias; o, iv) sus gestores, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que los directores o gerentes son corruptos.

De otro lado, si el efecto de la denigración o el descrédito como conducta desleal se produce respecto de la imagen de la oferta, puede recaer sobre los siguientes elementos que la definen: i) el producto, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que los bienes de otra empresa se encuentran vencidos; ii) las prestaciones, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que los servicios de la empresa son deficientes; iii) el establecimiento (si éste es escenario de la oferta), por ejemplo cuando otro concurrente afirma que el local de la empresa es antihigiénico o inseguro y en éste local la empresa presta servicios de restaurante; iv) sus marcas, por ejemplo cuando otro concurrente afirma que los productos distinguidos por una marca han descendido su calidad; o, v) sus anuncios publicitarios (avisos), por ejemplo cuando otro concurrente los parodia con burla.

Debe tenerse en cuenta que la denigración o el descrédito se produce por un acto de comunicación realizado por otro concurrente en el mercado. La denigración o el descrédito como acto de competencia desleal afecta la estrategia de mercado ajena pues se afecta la imagen comercial de otro que, como hemos dicho, cumple un papel fundamental pues sobre esta imagen se construye la percepción de valor que un consumidor tiene sobre su oferta. La denigración o el descrédito podrían afectar la plataforma de valor sobre la que se construye la preferencia del consumidor acerca de determinada oferta.

En este sentido, el acto de denigración o descrédito como acto de competencia desleal puede manifestarse a través de una noticia, un comunicado, una pieza publicitaria o contacto directo con el consumidor. Es decir, a través de cualquier medio que sea capaz de comunicar un mensaje en perjuicio de la imagen de otra empresa o de su oferta. La Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, a diferencia de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, indica que la afectación sobre la imagen ajena puede producirse bajo una modalidad directa o indirecta (por implicación). Esta indicación también es predicable en la configuración de la denigración o descrédito mediante vías distintas a la publicidad, aún cuando la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal no contemple esta precisión. Ello, pues, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal por denigración o descrédito, basta que la empresa o la oferta cuya imagen se afecta sean identificables sea directa o indirectamente.

La identificación de la empresa o de la oferta que se denigra o desacredita se apoya en el concepto desarrollado en el primer punto de esta entrega. Un producto que es identificable o que es ofrecido por una empresa identificable puede ser reconocido por los consumidores como una oferta diferente entre otras similares o sustitutas. Esta identificación debe producirse sobre la empresa u oferta que se denigra para sea posible considerar que su imagen se afecta. Sin embargo, cuando se denigra o desacredita mediante una comunicación de tono excluyente<sup>15</sup> a todo un género o especie de bienes o servicios, se puede considerar que la imagen de todos los productos que los conforman se ha visto desacreditada.

Cuando la denigración o descrédito se produce sobre la empresa u oferta ajena mediante publicidad, nos encontramos en el escenario de publicidad alusiva, en tanto que se alude expresa o implícitamente a los bienes o servicios de otro concurrente en el mercado. Al respecto, la doctrina española reconoce que, siendo tanto la publicidad comparativa como la publicidad de tono estrictamente personal publicidad alusiva, “los dos tipos de publicidad tienen idéntica finalidad y utilizan idénticos medios: a través del descrédito del competidor se busca el ensalzamiento de los propios productos o servicios”, aún cuando “ambos se diferencian en el objeto del ataque: en la publicidad de tono personal el objeto del ataque lo constituyen las características y relaciones personales del competidor y en la publicidad comparativa sus productos o servicios”<sup>16</sup>.

Será accesoria a la configuración de la denigración o descrédito sobre una empresa u oferta, aunque valioso para determinar la intención desleal y graduar la sanción correspondiente, que la conducta se viabilice a través de comunicaciones que revelen

15 La doctrina define a la publicidad de tono excluyente como aquella que contiene un mensaje mediante el que se “manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupan una posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor o, en su defecto, por un círculo limitado de competidores.” Cita textual tomada de LEMA DEVEESA, Carlos. La Publicidad de tono excluyente. Madrid: Montecorvo, 1980. p. 422. Esta definición es aplicable a también a toda comunicación no publicitaria emitida por un concurrente en el mercado.

16 Cita textual tomada de TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 43 y 44.

desprecio, sarcasmo, ironía o ridiculización. Estas modalidades no son componentes de la conducta desleal sino solamente matices, sin embargo su identificación permite contrarrestar alegaciones acerca de que la conducta no desleal fue desarrollada voluntariamente. Aún cuando la configuración de un acto de competencia desleal no involucra elementos subjetivos, la realización voluntaria puede aumentar la sanción que corresponda al acto.

Finalmente, debe indicarse que el concurrente que comete el acto de competencia desleal de denigración o descrédito no necesariamente debe ser un competidor directo. En consecuencia, no se requiere acreditar una relación de competencia entre la empresa que denigra y la empresa que es denigrada o cuya oferta es denigrada, a efecto de determinar la existencia de este acto de competencia desleal.

### 6.3.3. ¿Cómo Distorsiona esta Conducta el Adecuado Funcionamiento del Proceso Competitivo bajo Reglas de Eficiencia?

La afectación que produce el acto de denigración o descrédito sobre el adecuado funcionamiento del proceso competitivo se produce, como se ha señalado ya, sobre la imagen comercial de una empresa o de una oferta ajena, distorsionando la percepción de valor que se tiene sobre dicha imagen, afectando su reputación en el mercado - así como la inversión que se ha realizado para definirla - y, en consecuencia, afectando la posibilidad de que dicha oferta pueda ser elegida sobre otras.

La afectación bajo comentario se revela también, como explicaremos en los siguientes puntos, en la distorsión que se produce sobre la percepción del consumidor sobre su excedente si decide contratar a la empresa denigrada o elegir al producto desacreditado. Ello, pues la denigración o el descrédito afectan la imagen de la empresa y/o de la oferta reduciendo su reputación, es decir su capacidad de generar excedente y beneficio al consumidor.

#### a. El Excedente del Consumidor

El excedente del consumidor es el valor que existe entre el precio de mercado de un bien o de un servicio y el precio de reserva sobre dicho bien o servicio que le asigna el consumidor. El precio de reserva del consumidor es el precio máximo que éste estaría dispuesto realmente a pagar por su adquisición.

Por ejemplo, imaginemos una motocicleta bávara sobre la cual un consumidor se encuentra dispuesto a pagar \$ 14 000. Dicho precio se basa en la percepción de valor del consumidor sobre dicha motocicleta

bávara, cuya marca es reconocida por la precisión de sus motores, que posee suspensión digital, de cuatro cilindros con asiento forrado en cuero. El precio de reserva del consumidor, ubicado en \$ 14 000, refleja la valoración máxima que le asigna a dicho bien. A un precio de \$ 14 001, este consumidor no compraría la motocicleta descrita.

Si en el mercado el precio de mercado de la motocicleta bávara es \$ 12 500, el valor de beneficio percibido por el consumidor si realizara la adquisición es de \$ 1 500. Ello, pues éste es el monto de valor que no ha entregado para adquirir dicho bien, pese a haberse encontrado dispuesto a ello. Ese es el excedente del consumidor en la transacción, su nivel de bienestar por realizar la transacción. Naturalmente, se debe entender que esta descripción es una formalización racional de lo que un consumidor define como "la adquisición de un bien a un precio adecuado".

El razonamiento planteado asume que, en muchos casos, la decisión del consumidor para adquirir un bien o un servicio se fundamenta en que el valor que percibe sobre el dinero que entrega por una adquisición es menor que el valor que percibe sobre el bien o el servicio que adquiere. Si fuera al revés, el consumidor no realizaría transacción alguna. Asimismo, si el valor percibido fuera equivalente al precio de mercado, le daría lo mismo transar o no transar y no haría esfuerzo alguno para ello, al no recibir diferencial de beneficio<sup>17</sup>.

#### b. La Disminución del Excedente Percibido por el Consumidor cuando se Produce la Denigración o el Descrédito

Como hemos sostenido en otra sede, "[e]n el proceso competitivo real que genera la economía de mercado, los oferentes competirán por la preferencia del consumidor y en este sentido, frente a sus requerimientos, lucharán por ofrecerle bienes o servicios a mejores combinaciones de precio y calidad para diferenciar su oferta de aquélla de sus competidores. El objetivo de una empresa será que su oferta en el mercado sea percibida como más valiosa que otra similar, distanciándose de la homogeneidad, para que resulte la preferida por el consumidor"<sup>18</sup>.

Como hemos señalado previamente, bajo el modelo social de represión de la competencia desleal, aplicado en nuestro sistema, constituye un acto de competencia desleal la conducta de un agente que, en el mercado, logra o pretende realizar una transacción logrando una preferencia, por causas distintas a su propia eficiencia. Quien denigra o desacredita a otra empresa u oferta, generalmente, lo hace para que la oferta competidora o sustituta pierda valor ante la percepción del consumidor.

17 Ese preciso indicar que el oferente de bienes o servicios también tiene un precio de reserva, que es el precio mínimo al que estará dispuesto a transar en el mercado. Generalmente, éste tiene como límite los costos en los que ha incurrido para colocar determinado bien o servicio en el mercado. Su excedente será la diferencia entre el precio al que vende en el mercado y su precio de reserva. Ésta será la medida de su bienestar por cada transacción.

18 Cita textual tomada de STUCCHI, Pierino. El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias. En: Revista Ius et Veritas. N° 31. Lima, 2005.



En nuestro ejemplo referido previamente, la motocicleta bávara sobre la cual nuestro imaginario consumidor se encuentra dispuesto a pagar \$ 14 000, le generaba un valor de beneficio percibido de \$ 1 500. Qué pasaría si otro oferente de motocicletas procedentes de Asia decide, mediante comunicaciones de diverso tipo afectar su imagen, señalando, por ejemplo, que: i) la motocicleta bávara posee un sistema de inyección de gasolina que no tiene servicio técnico en nuestro país; ii) que la empresa que las fabrica se encuentra al borde de la quiebra y que, por ello, ha utilizado insumos de menor calidad que la acostumbrada para la manufactura de sus motocicletas; o, iii) que el logotipo de la marca de dicha motocicleta contiene un símbolo nazi utilizado en actividades genocidas durante la segunda guerra mundial.

En cualquiera de las afectaciones de imagen antes señaladas, la reputación de la empresa y de la oferta de motocicletas bávaras puede sufrir un impacto negativo ante el consumidor. Así, por ejemplo: i) la carencia de servicio técnico puede hacer que el precio de reserva del consumidor descienda a \$ 13 500, reduciendo su excedente a \$ 1 000; ii) la impresión de que la motocicleta bávara no posee la calidad esperada por defecto de sus insumos, puede hacer que el precio de reserva del consumidor descienda a \$ 12 000, llevando el excedente a \$ -500, condiciones en las que el consumidor no realizaría la adquisición, al percibir un descenso en su bienestar por la compra; o, iii) un atributo de genocidio vinculado a segregación racial sobre la empresa y sus productos puede hacer que el precio sea de reserva del consumidor descienda a \$ 0, es decir que solamente recibiría regalada la motocicleta o, incluso podría desaparecer su deseo de adquirirla.

### c. Afectación del Adecuado Funcionamiento del Proceso Competitivo

En una situación como la descrita, luego de producida la denigración sobre la oferta de la motocicleta bávara, el oferente de motocicletas procedentes de Asia podría lograr la preferencia del consumidor a un precio de \$ 13 000, aún cuando permitiera solamente \$ 1 000 de excedente al consumidor, en el caso en que éste tuviera también un precio de reserva de \$ 14 000 sobre esta otra motocicleta.

Entonces, en este escenario, se habría producido una distorsión del adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia. El oferente no habría logrado la preferencia del consumidor por causa de su propia eficiencia, sino por afectar la reputación de la oferta competidora.

Esta es una distorsión que el sistema de represión de la competencia desleal desea evitar, prohibiendo y sancionando la conducta consistente en denigración o descrédito comercial que la produce. En nuestro país no se requiere acreditar un daño efectivo sobre la reputación del competidor ni una distorsión en la elección del consumidor, basta simplemente apreciar la existencia de un potencial efecto de daño o distorsión

para considerar que el acto de competencia desleal bajo esta modalidad se ha producido.

### 6.3.4. Acreditación y Apreciación de los elementos que Configuran la Existencia de un Acto de Descrédito o Denigración

Para la configuración de los actos de competencia desleal bajo esta modalidad, constataremos que sobre algunos es necesaria una acreditación efectiva basada en medios probatorios idóneos y sobre otros es necesaria simplemente una acreditación apreciada por el juzgador.

Así, el denunciante de un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración o descrédito debe acreditar ante la autoridad, presentando medios probatorios idóneos que, efectivamente, ha existido una comunicación que alude a su empresa o a su oferta.

Asimismo, debe dotar a la autoridad de todos los elementos necesarios para que ésta aprecie que dicha comunicación puede menoscabar su crédito en el mercado o, dicho de otro modo, deteriorar su imagen, afectando su reputación. Para contribuir a esta apreciación, de hecho, podrá presentar pruebas cualitativas o cuantitativas de percepción de los consumidores, sin embargo el mayor volumen de acreditación dependerá de la apreciación de la autoridad.

Como se aprecia en la enunciación de esta conducta en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, basta el efecto potencial para entender que se ha producido, lo que es extensivo a las comunicaciones publicitarias. En todo acto de competencia desleal nos encontramos ante infracciones que constituyen ilícitos administrativos de peligro, por lo que no es exigible acreditar una *lesividad* efectiva, bastando que ésta sea razonablemente potencial.

### 6.3.5. Prohibición de Determinadas Manifestaciones de Tono Personal: Presunción de Impertinencia

Al enunciar y configurar los actos de denigración o descrédito como actos de competencia desleal, la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal señala textualmente que:

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

Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado.”

El segundo párrafo del artículo citado se refiere a comunicaciones que, por su contenido referido a la imagen de la empresa, son de tono estrictamente personal. Las comunicaciones de este tipo, en publicidad, se definen como “toda aquella publicidad en la que el empresario anunciante hace referencia a las relaciones o características personales de un competidor, tales como raza, la nacionalidad, el credo, la ideología política (...)”<sup>19</sup>. Esta definición es aplicable a también a toda comunicación no publicitaria emitida por un concurrente en el mercado, con las características descritas, sobre otro concurrente.

Desde una simple lectura del texto de este artículo no parecería quedar muy claro el efecto del segundo párrafo ¿Las manifestaciones exactas, verdaderas y pertinentes que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de la empresa aludida son lícitas o ilícitas? ¿Configuran un acto de competencia desleal?

Sí, en la medida que no tienen vinculación alguna con la oferta que las empresas colocan en el mercado. Debido a que se refieren a una dimensión de la empresa que no tiene vinculación alguna con la eficiencia de su oferta y que, razonablemente, no tiene sentido evaluar en un proceso competitivo, se encuentran afectada de una impertinencia implícita y se presume que constituyen un acto de competencia desleal.

Naturalmente, no se enmarcará dentro de esta presunción una comunicación que referida a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad o la vida privada del empresario, si es que estos elementos incidieran directamente con los atributos de la oferta que la empresa aludida coloca en el mercado, circunstancia que sería sumamente difícil alegar con éxito<sup>20</sup>.

### 6.3.6. Validez de la Excepción

Como excepción, la denigración o el descrédito sobre la imagen de otra empresa u oferta ajena se encuentra justificada y, en consecuencia, permitida, si es que las afirmaciones que se comunican en publicidad, o por cualquier otra vía, son: i) verdaderas: es decir objetivas o verificables, siempre que el emisor de la comunicación cuente con pruebas idóneas para acreditar su veracidad; ii) exactas: es decir que además de ser verdaderas se presenten con una claridad que evite la ambigüedad o

la imprecisión en la percepción del consumidor sobre la realidad de las condiciones de la empresa u oferta aludida; y, iii) pertinentes: en la forma, al evitarse la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo; y, a la vez, en el fondo, al transmitir información que al consumidor le permita evaluar la oferta aludida sobre parámetros de eficiencia<sup>21</sup>. Esta excepción es denominada *exceptio veritatis* por la doctrina.

Es preciso indicar que alusiones sobre condiciones estrictamente personales de los titulares o representantes de una empresa, tales como creencias, nacionalidad o ideología, son impertinentes, conforme a la presunción comentada en el punto precedente<sup>22</sup>.

En consecuencia, aún cuando la denigración o el descrédito afectan la reputación de otro concurrente en el mercado, se encuentran permitidos si son capaces de que el consumidor logre hacerse una imagen más cercana a los atributos que, en la realidad, presenta una empresa o una oferta.

Bajo el modelo social de represión de la competencia desleal se considera lícita la denigración o el descrédito que proporciona más información al consumidor para establecer su precio de reserva e identificar su excedente con mayor precisión. Se entiende que la información objetiva contribuye a decisiones más racionales en el consumidor que desea la mejor opción sobre su bienestar y, en consecuencia, estimula la competencia por eficiencia. En el ejemplo trabajado sobre la moto bávara si todas las referencias en perjuicio de su imagen eran ciertas, se permitía al consumidor calcular mejor su precio de reserva sobre ella y elegir la motocicleta que mayor excedente le otorga.

Finalmente, cabe indicar que el denunciado por haber cometido un acto de denigración o descrédito, para evitar que se considere que ha cometido un acto de competencia desleal tendrá interés en acreditar, con medios probatorios idóneos, ante la autoridad que, efectivamente, el contenido denigrante de su comunicación es veraz y exacto. Asimismo, debe dotar a la autoridad de todos los elementos necesarios para que ésta aprecie que dicha comunicación se ha producido con pertinencia de fondo y de forma, como se ha indicado. Esta pertinencia, consideramos, se verifica a través de una acreditación apreciada por la autoridad, conforme al contexto que rodea a cada caso concreto.

19 Cita textual tomada de TATO PLAZA, Anxo. La Publicidad Comparativa. Madrid: Marcial Pons, 1996. pp. 41 y 42.

20 Para mayor análisis sobre publicidad de tono estrictamente personal acudir a NODA YAMADA, Carlos. El principio de lealtad en el derecho de la publicidad con especial referencia a la publicidad de tono estrictamente personal. En: ESPINOZA, Juan y Pierino STUCCHI (coordinadores). Normas de la Publicidad. Lima. Rodhas, 2006. pp. 208 - 220.

21 Como indicamos en un punto precedente, en un reciente precedente de observancia obligatoria, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha reconocido expresamente que la regulación publicitaria es parte del sistema de represión de la competencia desleal, por lo que esta excepción es aplicable también a la denigración o descrédito a través de la publicidad. De esta manera el sistema nacional de represión de la competencia desleal evita la contradicción producida en España, de donde se inspiran nuestras vigentes normas, allí donde Muguillo constató “En el campo de la defensa de la competencia, se admite la *exceptio veritatis*, no así en el campo de la publicidad, donde la normativa española tiene de ilicitud la sola denigración, menosprecio o descrédito, aún sobre bases fácticas ciertas (...)”. Cita textual tomada de MUGUILLO, Roberto. Publicidad. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 234.

22 Cfr. STUCCHI, Pierino. Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial - Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. En: Revista Ius et Veritas. N° 34, Lima, 2007.

#### 6.4. ¿Existe Coincidencia Material con el Tipo Penal?

La denigración o descrédito de una empresa o de una oferta ajena es sancionada también por el Código Penal. Consideramos necesaria la existencia de dos sistemas sancionadores sobre esta conducta. Uno como actos de competencia desleal bajo la potestad sancionadora administrativa y otro como ilícito penal bajo la potestad sancionadora judicial. Ello, debido a que la denigración o descrédito no necesariamente es producida siempre por un agente concurrente en el mercado.

Al respecto, el Código Penal, en el título correspondiente a Delitos contra el Orden Económico, señala:

"Artículo 240°.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, el que en beneficio propio o de terceros:

(...)

2.- Realiza actividades, revela o divulga informaciones que perjudiquen la reputación económica de una empresa, o que produzca descrédito injustificado de los productos o servicios ajenos.

En los delitos previstos en este artículo sólo se procederá por acción privada."

El desencadenante de la responsabilidad penal no es la simple conducta que genera descrédito sobre una empresa o su oferta, sino ésta acompañada de la generación de beneficio propio o para terceros causado por quien realiza el acto de denigración. Tal como ocurre en el escenario administrativo, se indica que el ilícito se configura mediante un descrédito injustificado, es decir mediante una conducta que no es capaz de acogerse a la *exceptio veritatis* por configurar un mensaje que no es veraz, exacto y pertinente.

¿En qué supuestos se recurre entonces a la vía penal? Pues, se debe recordar que la acción penal recae sobre las personas naturales a quienes corresponde la responsabilidad por la comisión de un delito. Es posible entonces, teóricamente, encauzar administrativamente a una empresa que denigra o desacredita a la oferta de otra, en tanto que, como persona jurídica o natural es concurrente en el mercado; mientras que es posible encauzar penalmente a la persona natural que siendo concurrente o actuando por encargo de otro concurrente, debiendo probar el beneficio obtenido. Debe precisarse que, en tipo penal, se exige acreditar que la conducta es lesiva, no bastará como en sede administrativa verificar un daño potencial.

Se debe considerar que será difícil sostener que una persona natural que, injustificadamente, emite una

comunicación pública tildando de "irregular" una edificación de diez pisos en su vecindario por considerar que viola las normas de zonificación, comete un acto de competencia desleal o un delito. Ello pues, al actuar como concurrente en el mercado, sino como ciudadano, es de difícil acreditación que produce un beneficio para sí o para otro concurrente. A dicha persona natural, dependiendo de las condiciones que se verifiquen, si no se puede probar su condición de concurrente en el mercado o que ha generado beneficio, le podrá corresponder, en todo caso, un reproche civil por responsabilidad *extracontractual*, mas no administrativo o penal<sup>23</sup>.

#### 6.5. ¿Existen Normas Comunitarias en la Materia? ¿Se Aplican las Normas de Fuente Nacional o las Normas de Fuente Comunitaria?

Se debe anotar que se han comentado en la presente entrega las normas de fuente nacional que configuran como un acto ilícito la denigración o el descrédito sobre la imagen comercial ajena como acto de competencia desleal y como acto contrario a la regulación publicitaria. Sin embargo, existen también normas de fuente comunitaria que determinan esta ilicitud. Como es de conocimiento, a la fecha, la Comunidad Andina es una Organización Internacional conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú (Venezuela se retiró desde el año 2006), cuyo objetivo, como conductora del proceso de integración andino, es lograr perfeccionar su actual zona de libre comercio y, eventualmente, en un futuro próximo, conformar una unión aduanera entre los referidos Estados.

En atención a dicho objetivo, mediante el Acuerdo de Cartagena y sus tratados complementarios, los Estados andinos han delegado en algunos órganos comunitarios el ejercicio de poder público normativo. En ejercicio de esta delegación, la Comisión de la Comunidad Andina emitió la Decisión N° 486 - Régimen Común sobre Propiedad Industrial - que entró en vigor el 1 diciembre del año 2000. Este instrumento jurídico normativo regula, principalmente, la protección de titularidades sobre signos distintivos y sobre invenciones. Además, contiene también disposiciones específicas sobre actos de competencia desleal en la modalidad de denigración. Así, se establece en dicha decisión:

"Artículo 259°.- Constituyen actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros, los siguientes:

(...)

b) las aseveraciones falsas, en el ejercicio del comercio, capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor; (...)"

23 Cabe indicar, como referencia, que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi señaló en un caso concreto que: en el procedimiento seguido por Constructora Karens S.A. contra el señor Carlos Augusto Dammert Marcos y la señora Mónica Pierantoni Grellaud, por presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración, la Sala ha resuelto confirmar la Resolución (...) que declaró improcedente la denuncia. (...) los hechos denunciados no constituyen actos de naturaleza mercantil, al haber sido realizados por personas naturales en ejercicio de sus derechos individuales y no por agentes económicos, ya que el señor Dammert, como propietario del inmueble colindante al edificio que construye Karens, aparentemente podría tener un interés particular para cuestionar dicha construcción, que se sobrepone por más de nueve pisos a la suya, (...)"

Cita textual tomada de la Resolución N° 0148-2004/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Constructora Karens S.A. contra el señor Carlos Augusto Dammert Marcos y la señora Mónica Pierantoni Grellaud, tramitado bajo Expediente N° 001-2004/CCD.

Es claro que el artículo antes citado<sup>24</sup>, bajo un estilo diferente, determina como acto de competencia desleal el descrédito injustificado - por basarse en una afirmación falsa - que se produce sobre una empresa o su oferta, con especial énfasis sobre la propiedad industrial, por lo que dicha denigración se refiere a marcas y a cualquier otro signo capaz de diferencias que se halle protegido por un derecho de propiedad industrial. Cabe señalar que las normas de esta decisión, incluido el artículo citado, se aplican, como toda norma comunitaria, de manera directa e inmediata en cada Estado andino desde su entrada en vigencia, generando derechos y obligaciones para los sujetos de derecho bajo su jurisdicción. Entonces se pueden generar dudas. ¿Cuál es la norma aplicable a un acto de competencia desleal bajo la modalidad de denigración o descrédito que afecte a una marca? ¿La norma de fuente comunitaria o la de fuente nacional? La respuesta no es sencilla aparentemente.

Como sabemos, las normas de fuente comunitaria en el sistema de integración andino, de modo análogo al sistema de integración europeo, gozan de tres características esenciales: i) preeminencia o supremacía, es decir, que, en caso de conflicto con las normas de fuente nacional, prevalecen sobre éstas y se aplican de modo preferente, inaplicando para el caso concreto a las normas de fuente nacional que surjan como aplicables<sup>25</sup>; ii) aplicación inmediata, es decir, que, desde su entrada en vigencia por el acto de su publicación, generan efecto jurídico en los territorios de los cinco países miembros, de modo simultáneo<sup>26</sup>; y iii) efecto directo, es decir, que generan un impacto en los derechos y obligaciones no solamente de los Estados miembros, sino además en los sujetos de derecho bajo su jurisdicción, sin que se pueda establecer reserva ni limitación alguna al respecto<sup>27</sup>.

En consecuencia, algún sector de la doctrina jurídica comunitaria podría señalar que, en realidad, las normas de fuente nacional devienen en inaplicables por encontrarse regulando los mismos supuestos que las normas de fuente comunitaria respecto de la afectación de la imagen de una marca u otro signo protegido por una titularidad de propiedad industrial. Sin embargo, ello no sería lo acertado pues la Decisión N° 486 nos entrega la respuesta expresamente, señalando que la ilicitud de los actos que prevé, pueden ser objeto de petición de pronunciamiento ante la autoridad nacional competente, "sin perjuicio de cualquier otra acción"<sup>28</sup>. En


consecuencia, las normas de fuente comunitaria dejan en manos de quien se repunte perjudicado la elección de las normas que puede invocar para la declaración de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración o descrédito sobre una marca u otro signo protegido por una titularidad de propiedad industrial. Dicha aplicación, a elección de quien se repunte afectado, será de conocimiento de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, en primera y segunda instancia, respectivamente.

## 7. Comentarios Finales

La denigración o el descrédito, como acto de competencia desleal, se produce por un acto de comunicación realizado por otro concurrente en el mercado. Esta conducta es capaz de afectar la estrategia de mercado ajena pues se afecta la imagen comercial y la reputación de un concurrente o de su oferta.

Conforme se ha presentado, la imagen comercial cumple un papel fundamental pues sobre ésta se construye la percepción de valor que un consumidor tiene sobre su oferta. Sin duda, la denigración o el descrédito podrían afectar la plataforma de valor sobre la que se construye la preferencia del consumidor acerca de determinada oferta, afectando la posición de la empresa que la coloca en el mercado, así como su inversión.

Debe quedar claro que sí se encuentra permitido denigrar o desacreditar a otra empresa siempre que se comunique información verdadera, exacta y pertinente. Esta tolerancia respecto de la denigración se basa en la consideración de que se presume que existe un beneficio mayor sobre el adecuado funcionamiento del sistema competitivo que el daño producido sobre la empresa denigrada, al contar los consumidores con mayor información objetiva y cierta sobre la realidad para elegir mejor sus opciones de consumo.

Finalmente, la elección de la vía administrativa o penal, corresponderá a una evaluación que, del caso concreto, realice quien se repunte afectado. Siendo una posibilidad, si se decide la vía administrativa, invocar las normas de fuente nacional o las normas de fuente comunitaria para acusar el elemento sustantivo de la infracción ante el INDECOPI 

24 Este artículo es copia fiel del artículo 10 Bis del Convenio de París.

25 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido respecto de la preeminencia de las normas de fuente comunitaria sobre las normas de fuente nacional que: "para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros; [...] el tránsito de la competencia reguladora nacional hacia la comunitaria en los asuntos cuya decisión corresponde a esta última, como el desplazamiento automático de competencias, que pasan del legislador nacional al comunitario." Cita textual tomada de la sentencia del proceso de incumplimiento tramitado bajo expediente N° 03-AI-96.

26 Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina "Artículo 3.- Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

27 El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha establecido sobre esta característica que: "el [...] efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria [...] permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales." Cita textual tomada de la sentencia del proceso de incumplimiento tramitado bajo expediente N° 03-AI-96.

28 **Decisión N° 486 de la Comunidad Andina**

"Artículo 267.- Sin perjuicio de cualquier otra acción, quien tenga legítimo interés podrá pedir a la autoridad nacional competente que se pronuncie sobre la licitud de algún acto o práctica comercial conforme a lo previsto en el presente Título."