

Resolución

Nº 096-2005/CCD-INDECOPI

Lima, 24 de agosto de 2005

**EXPEDIENTE Nº 049-2005/CCD
EXPEDIENTE Nº 109-2005/CCD (Acumulados)**

DENUNCIANTE : COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL
(LA COMISION)
DENUNCIADA : TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
(TELEFÓNICA)
TERRA NETWORKS PERÚ S.A.
(TERRA)
PRAGMA DE PUBLICIDAD S.A.C.
(PRAGMA)
MATERIA : EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR
PUBLICIDAD COMERCIAL
PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
INCUMPLIMIENTO DE MEDIDA CAUTELAR
ACTIVIDAD : SERVICIOS DE INTERNET

SUMILLA: Se declara FUNDADA la excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por Terra y, en consecuencia, IMPROCEDENTE la imputación planteada en su contra en el presente procedimiento, dejando sin efecto cualquier mandato originado para dicha persona jurídica.

Asimismo, se declara FUNDADA la imputación planteada de oficio en contra de Telefónica y de Pragma, como responsable solidario, por infracción contra lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto Legislativo Nº 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor.

En consecuencia, se SANCIONA a Telefónica y a Pragma con una multa de veinticinco (25) Unidades Impositivas Tributarias y se ordena su inscripción en el registro de infractores, precisándose que ambos denunciados son responsables solidariamente por el pago de la presente multa, sin perjuicio de lo

cual, en las relaciones internas de las partes, a efectos de que aquél que asuma el pago de la multa pueda repetir contra el otro infractor, corresponderá a Telefónica asumir el 80% de la multa, mientras que a Pragma el 20% de la misma. Adicionalmente, se ORDENA a Telefónica y a Pragma, como medida complementaria, el CESE DEFINITIVO E INMEDIATO de la difusión de los anuncios denunciados u otros similares, en tanto que puedan insinuar sentimientos de inferioridad a los menores o contengan las afirmaciones: "Si no tienes Speedy estás en la prehistoria"; "No sigas en la prehistoria, empieza clases con Speedy"; y, "Que tus hijos empiecen clases sin Speedy es dejarlos en la prehistoria". Finalmente, se DECLARA el incumplimiento de la medida cautelar ordenada por la Resolución N° 1, por parte de Telefónica y, en consecuencia, se le SANCIONA con una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 29 de marzo de 2005, mediante Carta N° 950-2005/PREV-CCD-INDECOPI, la Secretaría Técnica requirió a Telefónica que cumpliera con presentar copia de los anuncios integrantes de la campaña publicitaria "Ponte Speedy" que contuvieran la afirmación "si no tienes Speedy estás en la prehistoria". Asimismo, solicitó a Telefónica que indicara la cantidad y la frecuencia de difusión de estos anuncios, así como los medios en que fueron difundidos. Atendiendo al requerimiento efectuado, con fecha 31 de marzo de 2005, Telefónica presentó copia de los anuncios que conformaban la campaña publicitaria: "Ponte Speedy", así como a las respectivas pautas de cada anuncio.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 6 de abril de 2005, la Comisión inició un procedimiento de oficio contra Telefónica y Terra por la presunta infracción al artículo 10 del Decreto Legislativo N° 691 (en adelante, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor). Asimismo, ordenó a Telefónica y a Terra, de oficio y como medida cautelar, el cese preventivo e inmediato de la difusión de los anuncios denunciados u otros similares, en tanto que puedan insinuar sentimientos de inferioridad a los menores o contuvieran las afirmaciones: (i) "Si no tienes Speedy estás en la prehistoria"; (ii) "No sigas en la prehistoria, empieza clases con Speedy"; y, (iii) "Que tus hijos empiecen clases sin Speedy es dejarlos en la prehistoria". Adicionalmente, la Comisión requirió a Telefónica y a Terra información referida a la campaña publicitaria materia del presente procedimiento.

Con fecha 20 de abril de 2005, Terra presentó su escrito de descargo indicando que no debía ser considerada como parte denunciada en el presente procedimiento. Al respecto, Terra indicó que el servicio de acceso a Internet conocido como Speedy es ofrecido, comercializado y prestado por Telefónica. Manifestó, además, que toda la información y el cumplimiento de las obligaciones regulatorias relacionadas con dicho servicio corresponden y son asumidas efectivamente por Telefónica.¹

¹ Terra manifestó que la información correspondiente al servicio de acceso a Internet vía ADSL Speedy que figura en el portal institucional del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - Osiptel, situado en: <http://www.osiptel.gob.pe>, es proporcionada por Telefónica en su condición de empresa operadora encargada de la prestación de este servicio. Adicionalmente, como medios probatorios de lo anteriormente indicado, esta denunciada presentó copias de distintas publicaciones realizadas por Telefónica en diarios tales como "Gestión", "Perú.21" y "Correo" respecto de las tarifas y promociones correspondientes al servicio Speedy prestado por Telefónica.

Terra agregó que la marca denominativa *Speedy* se encuentra inscrita en la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi bajo la titularidad de Telefónica en la clase 38 de la clasificación internacional. Asimismo, indicó que los nombres de dominio para Internet, vinculados al servicio *Speedy*,² han sido registrados bajo titularidad de Telefónica, ante la entidad encargada de la administración y registro de nombres de dominio en nuestro país.

Adicionalmente, Terra indicó que, tanto el anuncio televisivo como los afiches, los volantes y los anuncios gráficos en diarios, pertenecientes a la campaña publicitaria materia de denuncia presentan un *look & feel* o una configuración fácilmente identificable y posible de ser relacionada con Telefónica.³ A su vez, Terra señaló que en ninguno de los anuncios materia de denuncia se le hace mención alguna.

En consecuencia, Terra señaló que no poseía legitimidad para obrar pasiva, por lo que debería encontrarse eximida de participar en el presente procedimiento en condición de denunciada.

Con fecha 20 de abril de 2005, Telefónica presentó su escrito de descargo indicando que la *ratio legis* del artículo 10, numeral 4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor es proteger a los menores de edad. Específicamente dicha denunciada indicó que el referido anuncio busca que los menores no perciban un mensaje que los haga sentir inferiores en aspectos tales como el social o el moral.

Telefónica señaló que la publicidad materia de denuncia no se encuentra dirigida a menores – como, a criterio de esta denunciada, sí podrían encontrarse dirigidos los anuncios de golosinas - debido a que, aunque pueda ser que dicha publicidad cuente con una audiencia compuesta por el universo de consumidores, *Speedy* tiene que ser contratado, sin excepción alguna por mayores de edad, por lo que recaerá sobre ellos la decisión de consumo de dicho servicio de Internet. En consecuencia, a criterio de la denunciada no sería aplicable el referido artículo 10, numeral 4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y sí, por el contrario, sería aplicable el artículo 230, numeral 4 de la Ley N° 27444 (en adelante, Ley del Procedimiento Administrativo General)⁴ debido a que éste prohíbe a la administración imponer sanciones de forma analógica o extensiva.

Asimismo, Telefónica indicó que las afirmaciones: (i) “Si no tienes *Speedy*, estás en la prehistoria”; (ii) “No sigas en la prehistoria, empieza clases con *Speedy*; y, (iii) “Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la prehistoria”, no pretenden en absoluto, ni tienen el efecto de generar sentimientos de inferioridad respecto de los

² Terra hace referencia a los dominios speedy.com.pe y speedy.net.pe, entre otros.

³ Terra señaló como ejemplos el uso de colores corporativos y la presencia exclusiva de las marcas propias de Telefónica.

⁴ **LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

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

menores de edad que no cuentan con el servicio *Speedy* o de Internet. En tal sentido, Telefónica manifestó que las frases mencionadas no pueden hacer creer a los menores que éstos se encuentran en “etapa prehistórica”, así como tampoco puede hacerlos sentir algún tipo de inferioridad de orden moral o social. Añadió que el uso de las frases altisonantes en la campaña materia de denuncia tiene por finalidad llamar la atención del público consumidor objetivo de servicios tales como *Speedy* – a decir de dicha denunciada los padres de familia -, con la finalidad de no dejar pasar desapercibidas las ventajas de *Speedy*.

Telefónica indicó también que los consumidores que cuentan con el servicio *Speedy* obtendrán ventajas frente a otros servicios de acceso a Internet. Asimismo, para la denunciada es relevante dejar en claro que, a través de la publicidad materia de denuncia, no se ha difundido un mensaje publicitario basado en hechos que sin fundamento alguno puedan llevar a un consumidor a que se sienta inferior frente a otro. En tal sentido, la publicidad de *Speedy* busca hacer notar a los padres de familia, las ventajas que les puede brindar el servicio de Internet *Speedy* al momento en el que los escolares tengan que hacer sus tareas, sus proyectos, entre otras actividades.

Adicionalmente, Telefónica agregó que la publicidad materia de denuncia cumplía con presentar una exageración publicitaria permitida. Al respecto, señaló que dicha publicidad cuestionada tiene por objeto informar acerca de beneficios que son susceptibles de ser comprobados, exagerar el *mínimum veraz* que se encuentra detrás de toda afirmación publicitaria al señalar que quien no cuenta con el servicio *Speedy*, no goza de ciertos beneficios por lo que se encontraría en la época de las cavernas. En este sentido, las referidas afirmaciones publicitarias no serían tomadas en serio por el consumidor en tanto que, a criterio de Telefónica, nadie podría considerarse en la “época de las cavernas” por no contar con el servicio *Speedy*. En este sentido, dicha denunciada solicitó a la Comisión que declarara infundado el presente procedimiento.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 22 de junio de 2005, la Comisión inició un procedimiento de oficio contra Pragma por la presunta infracción al artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Asimismo, la Comisión ordenó la acumulación de los procedimientos tramitados bajo los Expedientes N° 049-2005/CCD y N° 109-2005/CCD.

Con fecha 12 de julio de 2005, Pragma presentó su escrito de descargo manifestando que la campaña publicitaria materia de denuncia no se encontraba dirigida a menores, sino que por el contrario, dicha campaña fue destinada para los padres de familia, quienes a criterio de esta denunciada, serían los que toman las decisiones de consumo. Asimismo, Pragma manifestó que en ningún momento la idea de la referida campaña publicitaria fue crear sentimientos de inferioridad en los menores que no pudieran tener acceso a este sistema, sino que fue transmitir las ventajas que brinda la tecnología.

Pragma agregó que la campaña cuestionada hace uso de la exageración publicitaria, lo que estaría permitido por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI – Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.⁵

⁵ DECRETO SUPREMO N° 20-94-ITINCI – REGLAMENTO DE LA LEY DE NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Adicionalmente Pragma manifestó que los horarios dentro de los cuales fuera emitido el anuncio televisivo estaban dentro de programas para público adulto. Agregó que, en el referido anuncio, la exageración empleada o pretendido humor, en todo caso, pudieron haber resultado de mal gusto y hasta impertinentes, lo que no significaría que se estimularan ofensas o discriminaciones.

Pragma manifestó que es el mercado o los consumidores los que sancionan al anunciante, decidiendo no comprar los bienes o servicios que ofrecen, en cuanto se sientan ofendidos o discriminados. Finalmente, dicha denunciada señaló que el hecho de exigir a Pragma verificar el tipo de información y asumir dicho costo excede de la capacidad de toda agencia publicitaria, por lo que la denunciada se apoyó, razonablemente, en la confianza de la información de su anunciante. Agregó que exigir a una agencia que, para elaborar un anuncio compruebe el impacto y la percepción del consumidor encarecería el servicio publicitario. Por lo expuesto, solicitó a la Comisión declarar infundada la denuncia en su contra.

Con fecha 20 de julio de 2005, Telefónica reiteró los argumentos esgrimidos en su escrito de descargo y agregó que de la revisión integral de la campaña materia de denuncia, se puede comprender que ésta se encontraba dirigida a mayores de edad, especialmente a padres de familia, debido a que se presentan en la campaña denunciada frases tales como “no dejes a tus hijos en la prehistoria” y “que tus hijos no empiecen clases sin Speddy”. Asimismo, indicó que los medios de prensa utilizados para promocionar la campaña materia de denuncia habían sido creados para ser leídos por adultos. En cuanto a los programas de televisión a través de los cuales se difundió el anuncio televisivo denunciado, señaló que estos no se encontraban dirigidos a un público objetivo compuesto por menores de edad.

A su vez, Telefónica presentó un *pre-test* formulado por la firma Apoyo, Opinión y Mercado en relación con al anuncio televisivo integrante de la campaña materia de denuncia con el objetivo de conocer qué sugería la referida pieza publicitaria al público consumidor. A decir de la denunciante, conforme a los resultados del referido *pre-test*, el mencionado anuncio no resultaba ofensivo para los hijos de los padres de familia que no contaban con el servicio de Internet *Speedy* en sus casas.

Mediante Proveído N° 3 de fecha 25 de julio de 2005, la Secretaría Técnica agregó al expediente el Informe de Secretaría Técnica de fecha 25 de julio de 2005. Dicho informe adjuntó una cinta de video que contenía la transmisión del juego de fútbol disputado el 17 de abril de 2005 entre los clubes Melgar F.B.C. y Universitario de Deportes. En la referida transmisión se pudo verificar que el anuncio televisivo materia del presente procedimiento se difundió antes de comenzar el citado juego de fútbol y durante la ronda publicitaria difundida en el entretiempo del mismo. Asimismo, mediante dicho proveído, la Secretaría Técnica requirió a Telefónica y a Terra para que se pronunciaran respecto del incumplimiento de medida cautelar ordenada por la Comisión mediante la Resolución N° 1.

Artículo 5°.- En la publicidad comercial está permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no impliquen un engaño para el consumidor o constituyan infracción a las normas sobre publicidad.

Los anuncios en los que se realice exhibición de juguetes que involucren la construcción, modelaje, pintura, dibujos y similares, no deberán exagerar las facilidades de su ejecución.

Con fecha 16 de agosto de 2005, Terra manifestó que no habría incumplido con la medida cautelar ordenada por la Comisión mediante la Resolución N° 1, debido a que, conforme a los argumentos vertidos en su escrito de descargo presentado con fecha 20 de abril de 2005, no sería anunciante de la campaña publicitaria materia de denuncia. En tal sentido, dicha denunciada afirmó que no existiría nexo causal entre la conducta de Terra y la difusión de los anuncios objeto de denuncia. Agregó que tampoco se encontraría posibilitada a presentar a la Comisión el detalle de la cantidad y frecuencia de difusión de los anuncios materia de denuncia, difundidos luego de la notificación de la Resolución N° 1. Por lo expuesto, Terra solicitó ser eximida de cualquier tipo de sanción por incumplimiento de medida cautelar.

Con fecha 16 de agosto de 2005, Telefónica señaló que, debido a un motivo fortuito generado en el canal de notificaciones de la empresa, no pudo cumplir la medida cautelar ordenada mediante Resolución N° 1. Agregó que, si bien se trataba un hecho ajeno a la voluntad de Telefónica, comprendían que se configuraba un error que le era imputable. Por lo expuesto, Telefónica solicitó a la Comisión que tomara en cuenta que el incumplimiento de la referida medida cautelar obedecía a un hecho fortuito y por ende a un error involuntario. Agregó que, por el contrario, tenía el ánimo de cumplir las decisiones de la Comisión. Adicionalmente, Telefónica señaló la cantidad y frecuencia de los anuncios objeto de medida cautelar difundidos entre los días 13 y 18 de abril de 2005.

Finalmente, con fecha 17 de agosto de 2005, Terra presentó medios probatorios que, a su criterio, acreditaban que dicha denunciada no tendría la condición de anunciante en el presente procedimiento y permitirían a la Comisión emitir un pronunciamiento de fondo excluyendo a Terra del presente procedimiento.⁶

2. DESCRIPCIÓN DE LOS ANUNCIOS

2.1 Anuncio Televisivo

Anuncio "Speedy prehistoria"

El anuncio se inicia con la imagen del aula de una escuela en la que se desarrolla una clase. La profesora se encuentra hablando acerca de la "hipotenusa" en el momento en que suena el timbre que da por finalizada dicha clase.

En ese instante todos los niños del aula se levantan de sus carpetas, cogiendo sus útiles mientras la maestra les dice:

"Calma niños, *ok*, pueden salir, pero dejen su tarea de Pitágoras sobre la mesa".

A continuación, los alumnos dejan sus tareas sobre el escritorio de la maestra, mientras ella, conforme las entregan, sonriente les dice:

⁶ Terra presentó copia simple de la Orden de Compra N° 4520021959 emitida por la empresa brasileña DM9 DDB Publicidad Ltda. con fecha 27 de abril de 2004 y copia simple de la Factura N° TEL PERU 1 / 04 emitida por DM9 DDB Publicidade Ltda. con fecha 26 de abril de 2004.

"Bien, muy bien, gracias"

Los alumnos continúan dejando sus tareas sobre la mesa cuando, de pronto, un bloque de piedra, con las inscripciones de la palabra "Pitágoras" y la figura de un triángulo, es dejado sobre el escritorio de la maestra, mientras ella observa con fastidio tal circunstancia.

Al momento, se aprecia al niño que dejó dicho bloque de piedra sobre la mesa, apreciándosele sucio, despeinado y con la indumentaria característica de un "hombre de las cavernas", es decir, con sólo una pretendida piel de animal que cubre la mayor parte de su cuerpo.

Luego de haber dejado el bloque de piedra con la tarea, el niño con la indumentaria característica de un "hombre de las cavernas" se retira del salón de clases con actitud desinteresada, mientras la maestra continúa con fastidio. Asimismo, se escucha una voz en *off* que dice:

"No sigas en la prehistoria, empieza clases con *Speedy*."

Luego, aparece una escena diferente, presentando a un padre con su hijo, quienes muestran rostros de satisfacción al ver la pantalla de una computadora en la que se muestra el mensaje: "módem e instalación gratis", mientras la voz en *off* continúa diciendo: "Ponte *Speedy*, ahora con módem e instalación gratis."

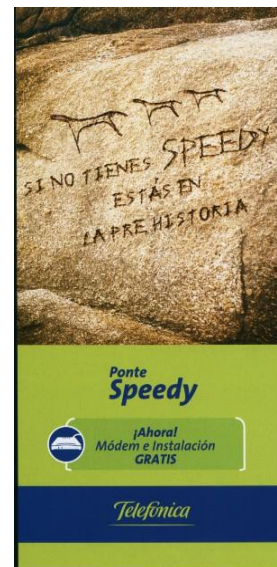
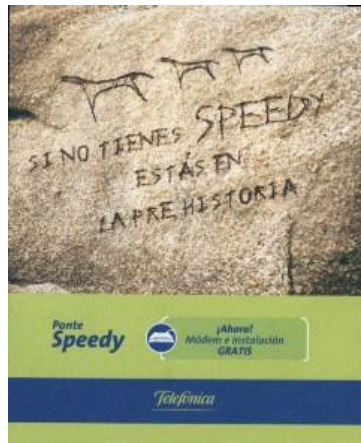
A continuación, el anuncio muestra nuevamente al padre y al hijo con la misma actitud de satisfacción, iluminados por el reflejo del monitor de una computadora, en el que se puede apreciar el precio del servicio *Speedy* (US\$ 29.25) y su equivalente en soles (S/. 95.35), mientras el locutor en *off* indica: "Aprovecha, hay un *Speedy* para ti desde veintinueve dólares con veinticinco."

Finalmente, el *spot* publicitario muestra la secuencia de las siguientes pantallas: una azul en la que se aprecia en letras blancas la frase "llama al 104 o visita nuestros multicentros o agencias autorizadas", luego, otra pantalla azul con la frase "Ponte *Speedy*" y una pantalla nuevamente azul con el logotipo de Telefónica, las que coinciden con el final del párrafo pronunciado por la voz en *off*: "Llama al 104. *Speedy*, la banda ancha de Telefónica".

Cabe señalar que el anuncio publicitario "*Speedy* prehistoria" tiene una duración de treinta (30) segundos. Asimismo, la denunciada presentó copia de una versión reducida, de quince (15) segundos, del mismo anuncio.⁷

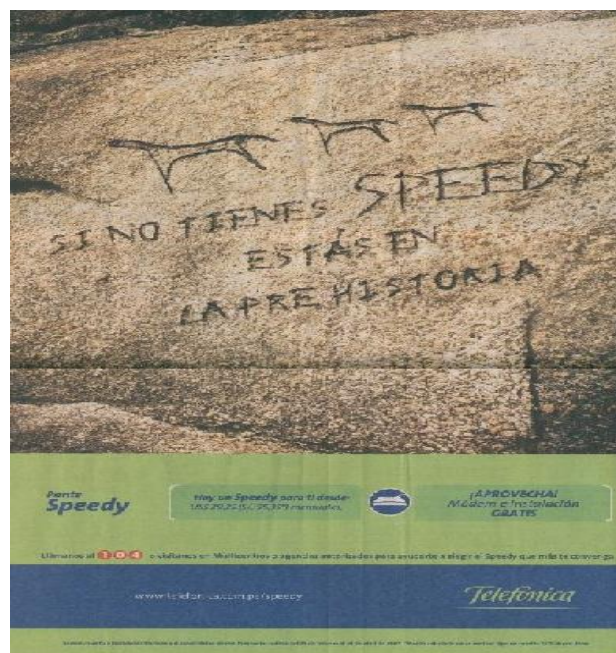
⁷ La versión de quince (15) segundos del anuncio "*Speedy* prehistoria", a diferencia de la versión de treinta (30), se inicia con la imagen del niño con la indumentaria característica de un "hombre de las cavernas", entregando la "tarea de Pitágoras" en un bloque de roca sobre la mesa de la maestra y continúa hasta su finalización, de la misma manera que la versión del anuncio de treinta (30) segundos.

2.2 Afiche y Volantes Publicitarios



Cabe indicar que el afiche presentado por Telefónica muestra de manera similar la información que difunden a través de su cara anterior, los volantes publicitarios descritos en el presente punto, agregando las siguientes afirmaciones: "Hay un Speedy para ti desde US\$ 29,25 (S/. 95,35*) mensuales" y "servicio sujeto a facilidades técnicas y disponibilidad de red. Promoción válida del 28 de febrero al 30 de abril de 20505. *Monto calculado de acuerdo al tipo de cambio S/. 3,26 por dólar."

2.3 Anuncio Publicitario en Diarios



2.4 Anuncios publicitarios difundidos por radio

a) Inserto publicitario en las narraciones de partidos de fútbol

"Ahora que empezaron las clases no dejes a tus hijos en la prehistoria. Ponles *Speedy*. Ahora con Modem e instalación gratis. Llama al 104. Hay un *Speedy* para ti"

b) Mención grabada para radio

La mención grabada para su difusión en radio es la siguiente:

"Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la prehistoria. Ponles *Speedy* de Telefónica. Desde veintinueve dólares con veinticinco o noventa y cinco soles con treinta y cinco al mes. Y aprovecha, el módem e instalación son gratis. Llama al 104, hay un *Speedy* para ti. Válido desde el 28 de febrero al 30 de abril de 2005".

c) Mención en vivo en "Radio Z"

La mención en vivo difundida en "Radio Z" es la siguiente:

"Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la prehistoria, ponles *Speedy* de Telefónica desde veintinueve dólares con veinticinco o noventa y cinco con treinta y cinco soles mensuales. Y aprovecha, el módem y la instalación te salen gratis. Llama al 104, hay un *Speedy* para ti. Promoción válida del 28 de febrero al 30 de abril del 2005".

c) Mención en vivo en "Radio Ritmo"

La mención en vivo difundida en "Radio Ritmo" es la siguiente:

"Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos prácticamente en la prehistoria, así que ponles *Speedy* de telefónica, desde veintinueve dólares con veinticinco o noventa y cinco con treinta y cinco soles mensuales. Y aprovecha, el módem y la instalación te salen gratis. Llama al 104 porque hay un *Speedy* para ti. La promoción es válida hasta el 30 de abril, así que ya lo sabes, ponle *Speedy* a tus hijos".

3. MATERIA CONTROVERTIDA

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

1. La excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por Terra.
2. La presunta infracción al artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor por parte de las denunciadas.
3. La pertinencia de ordenar medidas complementarias a las denunciadas.
4. La sanción aplicable a las denunciadas, de ser el caso.
5. El posible incumplimiento de la medida cautelar por parte de las denunciadas.

4. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

4.1 La excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por Terra

Con fecha 20 de abril de 2005, Terra presentó su escrito de descargo indicando que no debía ser considerada como parte denunciada en el presente procedimiento. Al respecto, Terra indicó que el servicio de acceso a Internet conocido como *Speedy* es ofrecido, comercializado y prestado por Telefónica. En consecuencia, Terra señaló que no poseía legitimidad para obrar pasiva, por lo que debería encontrarse eximida de participar en el presente procedimiento en condición de denunciada.

Con respecto a éste punto se debe tener en cuenta que el Artículo VIII del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General,⁸ establece que las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga por deficiencia de sus fuentes, debiendo acudir a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta ley, en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo y, sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.

Asimismo, la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil establece que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

En el presente caso, debe resaltarse que, ni la legislación que regula la aplicación de normas publicitarias y la represión del daño concurrencial ilícito, ni aquella que regula de modo general los procedimientos administrativos contiene normas sobre excepciones, por lo que es aplicable al caso lo dispuesto al respecto por el Código Procesal Civil, dado que las normas que éste contiene son compatibles con la naturaleza sancionadora del presente procedimiento administrativo. Ello, por cuanto permite, al iniciarse por una imputación planteada de oficio por la Comisión, una dinámica de acción - a cargo de la administración - y contradicción - a cargo del denunciado -, que es análoga a la de un proceso civil.

En este sentido, el Código Procesal Civil establece en el inciso 6 de su artículo 446,⁹ que se puede plantear como excepción a la demanda, la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado. La legitimidad para obrar es definida como “la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debida a su posición y, más exactamente, a su interés o a su oficio”.¹⁰

⁸ **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo VIII.- Deficiencia de fuentes

1. Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad.
2. Cuando la deficiencia de la normativa lo haga aconsejable, complementariamente a la resolución del caso, la autoridad elaborará y propondrá a quien competa, la emisión de la norma que supere con carácter general esta situación, en el mismo sentido de la resolución dada al asunto sometido a su conocimiento

⁹ **CODIGO PROCESAL CIVIL**

Artículo 446.- El demandado sólo puede oponer las siguientes excepciones:

(...)

6. Falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado.

Cabe precisar que las excepciones procesales son afines a la naturaleza y los fines de los procedimientos sancionadores como el presente, en tanto regulan las defensas de forma que deberán ser evaluadas por la autoridad competente antes de resolver el fondo de la controversia.

En este sentido, atendiendo a que, conforme a lo establecido por el artículo 75 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, toda autoridad del Estado que advierta un error u omisión en el procedimiento deberá encausarlo de oficio o a pedido de parte; y, a que el artículo 145 del mismo cuerpo legal establece la facultad de la autoridad administrativa para aplicar la norma pertinente al caso concreto, aún cuando ésta no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal, corresponde calificar el señalamiento de Terra como el planteamiento de una excepción de legitimidad para obrar pasiva.

Al respecto, Terra pese a señalar textualmente en su escrito de descargo que “sí lleva a cabo indirectamente la comercialización del servicio *Speedy* en el marco de un esquema o mecanismo de comercialización denominado “*Speedy Minorista*” o “*Speedy Provider*””, negó ser anunciante o prestador del aludido servicio.

Cabe señalar que la actividad probatoria del presente procedimiento no ha permitido acreditar de manera fehaciente que Terra ostentara la calidad de anunciante de los anuncios que conforman la campaña publicitaria denunciada, situación que tampoco ha sido controvertida por alguna de las partes del procedimiento. En este sentido, dado que no se ha acreditado que Terra realizara actos positivos para la difusión de los anuncios denunciados, no se ha acreditado tampoco la existencia de nexo causal entre su conducta y la difusión de estos.

En el presente caso es aplicable la definición contenida en las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, respecto de qué se considera un anunciante, a efectos de atribuirle la responsabilidad administrativa a que haya lugar por la difusión de un anuncio:¹¹

“Artículo 1.-

(...)

La palabra “anunciante” se refiere a toda persona, natural o jurídica, en cuyo interés se realiza la publicidad.

(...)”

Aplicando al presente caso las normas y criterios antes expuestos, un determinado agente podrá ser considerado como anunciante cuando cierto anuncio lo beneficie en el mercado, siempre y cuando existan medios probatorios que acrediten un nexo causal que permita apreciar que ha realizado actos positivos para que se realice su difusión. Por ello, si bien Terra podría ser calificada como beneficiaria de los anuncios denunciados, en tanto “sí lleva a cabo indirectamente la comercialización del servicio

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil. II La composición del proceso. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. p. 30.

¹¹ La calificación de un determinado agente como anunciante es relevante a fin de identificar y sancionar al presunto infractor de las normas de publicidad, según lo dispuesto en el artículo 13 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor que dispone que el responsable por el contenido de los anuncios en la persona natural o jurídica calificada como anunciante.

Speedy en el marco de un esquema o mecanismo de comercialización denominado “*Speedy Minorista*” o “*Speedy Provider*”, no se ha acreditado un nexo causal entre alguna conducta suya y la difusión de los anuncios denunciados.

Por tanto, corresponde declarar fundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva planteada por Terra, y, en consecuencia, dejar sin efecto cualquier mandato originado en el presente procedimiento para dicha empresa.

4.2 La presunta infracción al artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor por parte de las denunciadas

4.2.1 Normativa y criterios aplicables

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor señalan lo siguiente respecto al contenido de los anuncios dirigidos a menores:

“Artículo 10.- Los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas:

10.1 Ningún anuncio deberá afirmar que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar.

10.2 El uso de la fantasía no debe inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos.

10.3 Deben respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.

10.4 No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido.

10.5 No deben presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados.”

(Subrayado añadido).

Como se aprecia, el artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor establece normas que deberán cumplir los anunciantes en caso que difundan anuncios dirigidos a menores. Entre otros, este artículo prohíbe que anuncios de esta naturaleza insinúen sentimientos de inferioridad al menor.

La Comisión ha señalado al respecto que “dada la condición ingenua de los niños, existe la convicción de que constituyen un público indefenso ante la persuasión publicitaria y, debido a ello, es necesaria una regulación especial que los proteja. Este es el fundamento de lo establecido en las normas de publicidad respecto a los anuncios cuyos mensajes estén dirigidos a menores o donde ellos sean protagonistas de los mismos, por lo que los anunciantes tienen la especial responsabilidad de proteger a los niños de las percepciones que, por su edad, los hacen más susceptibles a la credulidad”.¹²

¹² Ver Resolución N° 042-2005/CCD-INDECOPI emitida en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra BBVA Banco Continental y Duna Euro RSCG S.A.C., tramitado bajo Expediente N° 023-2005/CCD.

4.2.2 Aplicación al caso concreto

En el presente caso, debe considerarse que la campaña publicitaria denunciada presenta como mensaje principal ante los receptores del anuncio que no consumir el servicio *Speedy* genera como consecuencia encontrarse en la prehistoria, es decir, en una situación de desventaja o de alejamiento frente al uso de la tecnología actual. En complemento de este mensaje principal, se presenta como mensaje una exhortación a que quien inicia clases, lo haga con el servicio *Speedy* para no quedar, en tal circunstancia, en una situación de desventaja o de alejamiento frente al uso de la tecnología actual.

La Comisión aprecia que la campaña publicitaria denunciada despliega estrategias por sí mismas lícitas, tales como el humor, la fantasía y la exageración para transmitir al consumidor el mensaje antes señalado. Ello, en concordancia con el artículo 5 del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI – Reglamento de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor – que reconoce que se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración en la publicidad comercial, en la medida que tales recursos no impliquen o constituyan una infracción a las normas sobre publicidad.

En consecuencia, en el presente caso corresponderá analizar a la Comisión, conforme a la imputación planteada por la Resolución N° 1, si la campaña denunciada: i) se dirige a los menores; y, ii) si insinúa sentimientos de inferioridad a los menores que no consuman el servicio *Speedy*; de modo tal que se configura una infracción contra lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

4.2.2.1 Sobre si los anuncios que conforman la campaña publicitaria denunciada se dirigen a los menores

Al respecto, Telefónica señaló que la publicidad materia de denuncia no se encontraba dirigida a menores – como, a criterio de esta denunciada, sí podían estar dirigidos a ellos los anuncios de golosinas - debido a que, aunque puede ser que los anuncios cuestionados se dirigen a una audiencia compuesta por el universo de consumidores, *Speedy*, como servicio, tiene que ser contratado, sin excepción alguna por mayores de edad, por lo que recaerá sobre estos la decisión de consumo de dicho servicio de Internet.

Telefónica agregó que, de la revisión integral de la campaña materia de denuncia, se puede comprender que ésta se encontraba dirigida a mayores de edad, especialmente a padres de familia, debido a que se presentan en la campaña denunciada frases tales como “no dejes a tus hijos en la prehistoria” y “que tus hijos no empiecen clases sin *Speedy*”. Asimismo, indicó que los medios de prensa utilizados para promocionar la campaña materia de denuncia habían sido creados para ser leídos por adultos. En cuanto a los programas de televisión a través de los cuales se difundió el anuncio televisivo denunciado, señaló que estos no se encontraban dirigidos a un público objetivo compuesto por menores de edad.

De su parte, Pragma presentó su escrito de descargo manifestando que la campaña publicitaria materia de denuncia no se encontraba dirigida a menores, sino que por el contrario, dicha campaña fue destinada a los padres de familia,

quienes a criterio de esta denunciada, serían los que toman las decisiones de consumo. Adicionalmente Pragma manifestó que los horarios dentro de los cuales había sido emitido el anuncio televisivo estaban dentro de programas para público adulto.

La Comisión considera que en el presente caso, se debe considerar que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, se considera consumidor para la aplicación de la regulación de la publicidad a “cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo”. En este sentido, en términos generales el consumidor protegido por la regulación publicitaria, cuya aplicación es competencia exclusiva de esta Comisión, es todo aquel destinatario real o potencial del mensaje publicitario.

Asimismo, el artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, al desarrollar normas específicas de protección para los menores como destinatarios reales o potenciales de un anuncio, señala que “los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas (...)”, para referirse luego a un conjunto de cinco reglas, entre las que se encuentra aquella que exige que los anuncios “no deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido”, cuyo análisis respecto de la campaña publicitaria cuestionada es materia del presente caso.

En este sentido, de lo actuado en el expediente, se aprecia que Telefónica presentó, en su comunicación de fecha 31 de marzo de 2005, las pautas publicitarias entre el 27 de febrero y el 26 de marzo de 2005, referidas a los anuncios que conforman la campaña materia de denuncia, constatándose de éstas que los anuncios televisivos de dicha campaña fueron difundidos, entre otros, en: i) siete (7) oportunidades en las pautas publicitarias del programa “Habacilar”, emitido de lunes a viernes por canal cuatro en el horario de dieciocho y treinta horas; ii) ocho (8) oportunidades en las pautas publicitarias de programas de “Cine de tarde”, emitido los domingos por canal cinco en el horario de dieciséis horas; iii) diez (10) oportunidades en las pautas publicitarias del programa “Floricienta”, emitido de lunes a viernes por canal nueve en el horario de dieciséis y treinta horas; y, iv) noventa y ocho (98) oportunidades en las pautas publicitarias del canal de cable “Nickelodeon”, de lunes a domingo en diversos horarios.

La Comisión aprecia que los programas referidos en el párrafo anterior, tanto por su temática como por sus horarios se encuentran dirigidos principalmente a menores y no a un público adulto. Ocurre lo propio con la programación del canal de cable “Nickelodeon”, la cual se dirige esencialmente a menores, difundiendo tanto programas recreativos como programas educativos para menores de todas las edades.

En este sentido, resulta evidente, a criterio de la Comisión, que el hecho de que una empresa como Telefónica haya difundido sus anuncios en las pautas publicitarias de los referidos programas y del aludido canal de cable, ha generado como efecto que dichos anuncios se dirijan y sean percibidos por menores, quienes se constituyen, ineludiblemente, en destinatarios de los

mensajes que los anuncios contienen. Ello, con independencia de si Telefónica, como anunciante, tuvo voluntad o no de que dicha circunstancia se produjera.

No escapa a conocimiento de la Comisión que, pese a que los menores no serían los adquirentes o compradores del servicio *Speedy*, estos podrían constituirse de algún modo en “influenciadores” de la adquisición de los servicios promocionados por Telefónica en la campaña publicitaria cuestionada. En este sentido, los menores al ser receptores del mensaje que transmite la campaña publicitaria denunciada podrían motivar a sus padres o tutores para que adquirieran el servicio *Speedy*, a fin de no encontrarse en la prehistoria, es decir, con el objetivo de evitar una situación de desventaja o de alejamiento respecto al uso de la tecnología actual, tal como lo sugiere la campaña publicitaria cuestionada.

Confirmando la consideración anterior, el *pre-test* formulado a consumidores por la firma Apoyo, Opinión y Mercado, presentado por Telefónica, en relación con al anuncio televisivo integrante de la campaña materia de denuncia, señala como uno de los principales resultados que: “[c]asi la totalidad de los participantes mencionó “comprender” o “captar el mensaje” con claridad, siendo concreto e incluso fácil de identificar para los niños, con el riesgo de que eso conlleve a la futura exigencia por la tenencia del producto”. Este resultado, pese a las consideraciones de Telefónica y Pragma, hace evidente que también ante el entendimiento de los padres o tutores el mensaje de la campaña cuestionada se dirige a los menores, más aún cuando de los anuncios que la conforman, justamente, es el anuncio televisivo en el que no están contenidas frases tales como “no dejes a tus hijos en la prehistoria” y “que tus hijos no empiecen clases sin Speedy”, las que estarían dirigidas exclusivamente a adultos, a juicio de Telefónica.

De otro lado, respecto de los anuncios gráficos y de los anuncios radiales que conforman la campaña denunciada, la Comisión considera que los primeros también se encuentran dirigidos a los menores en cuanto se encuentran al alcance de estos y de los adultos, sin distinción especial que haya podido ser comprobada por las denunciadas, a lo largo del procedimiento; mientras que los segundos, si bien plantean un mensaje que, en lo textual, predomina formalmente la impresión de que se dirigen a adultos por la existencia de frases tales como “no dejes a tus hijos en la prehistoria” y “que tus hijos no empiecen clases sin Speedy”, serían también susceptibles de ser escuchados por menores, en cualquier momento.

Por tanto, en este punto, conforme a lo considerado, la Comisión concluye que, efectivamente, los anuncios que conforman la campaña denunciada se dirigen a los menores.

4.2.2.2 Sobre si el anuncio denunciado se insinúa sentimientos de inferioridad a los menores que no consuman el servicio Speedy

En su defensa, Telefónica indicó que las afirmaciones: (i) “Si no tienes *Speedy*, estás en la prehistoria”; (ii) “No sigas en la prehistoria, empieza clases con *Speedy*; y, (iii) “Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la

prehistoria”, no pretenden en absoluto, ni tienen el efecto de generar sentimientos de inferioridad respecto de los menores de edad que no cuenten con el servicio *Speedy* o de Internet.

En tal sentido, Telefónica manifestó que las frases mencionadas no pueden hacer creer a los menores que éstos se encuentran en una “etapa prehistórica”, así como tampoco puede hacerlos sentir algún tipo de inferioridad de orden moral o social, si no consumen el servicio *Speedy*. Añadió que el uso de las frases altisonantes en la campaña materia de denuncia tiene por finalidad llamar la atención del público consumidor objetivo de servicios tales como *Speedy* – a decir de dicha denunciada los padres de familia -, con la finalidad de no dejar pasar desapercibidas las ventajas de *Speedy*. En tal sentido, conforme a lo señalado por Telefónica, la publicidad cuestionada busca hacer notar a los padres de familia, las ventajas que les puede brindar el servicio de Internet anunciado al momento en el que los escolares tengan que hacer sus tareas, sus proyectos, entre otras actividades.

Adicionalmente, Telefónica agregó que la publicidad materia de denuncia cumpliría con presentar una exageración publicitaria permitida. Al respecto, señaló que dicha publicidad cuestionada tiene por objeto informar acerca de beneficios que son susceptibles de ser comprobados, al señalar que quien no cuenta con el servicio *Speedy* no goza de ciertos beneficios por lo que se encontraría en la época de las cavernas. En este sentido, las referidas afirmaciones publicitarias no serían tomadas en serio por el consumidor en tanto que, a criterio de Telefónica, nadie podría considerarse en la “época de las cavernas” por no contar con el servicio *Speedy*.

Por su parte, Pragma manifestó que en ningún momento la idea de la referida campaña publicitaria fue crear sentimientos de inferioridad en los menores que no pudieran tener acceso a este sistema, sino transmitir las ventajas que brinda la tecnología. Pragma agregó que la campaña cuestionada hace uso de la exageración publicitaria, lo que estaría permitido por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI – Reglamento de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Al respecto, en el presente caso, debe considerarse que la campaña publicitaria denunciada presenta como mensaje principal ante los receptores del anuncio que no consumir *Speedy* genera como consecuencia encontrarse en la prehistoria, es decir, en una situación de desventaja o de alejamiento frente al uso de la tecnología actual. Como complemento de este mensaje principal, se presenta como mensaje una exhortación para que quien inicia clases, lo haga con *Speedy* a fin de no quedar en una situación de desventaja o de alejamiento frente al uso de la tecnología actual.

Conforme se señaló líneas arriba, pese a que la Comisión aprecia que la campaña publicitaria cuestionada despliega estrategias por sí mismas lícitas, tales como el humor, la fantasía y la exageración para transmitir al consumidor el mensaje antes señalado, corresponde en el presente caso, luego de haber determinado que la campaña cuestionada se dirige a los menores, que la Comisión determine si ésta insinúa sentimientos de inferioridad a los menores

que no consuman el servicio *Speedy*, de modo tal que se configure una infracción contra lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Para tal efecto, cabe considerar lo considerado por el Diccionario de la Lengua Española¹³ de la Real Academia Española:

“insinuar.

(Del lat. *insinuāre*)

1. tr. Dar a entender algo sin más que indicarlo o apuntarlo ligeramente.

(...)”

“sentimiento.

1. m. Acción y efecto de sentir o sentirse.

(...)”

“inferioridad.

1. f. Cualidad de inferior.

2. f. Situación de algo que está más bajo que otra cosa o debajo de ella.”

En este sentido, atendiendo al significado común de las palabras, la Comisión aprecia que las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, en el numeral 4 de su artículo 10 exigen al anunciante que, en los anuncios que dirija a los menores, cumpla con no indicar, sugerir o producir en estos un efecto de sentirse en una situación de cualidad o circunstancia inferior, por no consumir un producto anunciado.

La Comisión aprecia que la insinuación prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor se ha producido, en el presente caso, por la transmisión a los menores del mensaje de la campaña publicitaria cuestionada pues, como se señaló antes, se afirma que no consumir *Speedy* genera como consecuencia encontrarse en la prehistoria, es decir, en una situación de desventaja o de alejamiento frente al uso de la tecnología actual.

En este sentido, ante la consideración de que la condición ingenua de los menores los hace un público indefenso ante el estímulo publicitario, la Comisión considera que el mensaje que transmite la campaña cuestionada, a través de afirmaciones tales como: (i) “Si no tienes *Speedy*, estás en la prehistoria”; (ii) “No sigas en la prehistoria, empieza clases con *Speedy*; y, (iii) “Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la prehistoria”; ha configurado una infracción sancionable por el ordenamiento legal, debido a que sugiere a los menores que estos se situarían en una situación de desventaja ante otros menores, si no tuvieran a disposición el servicio *Speedy* que Telefónica anuncia, más aún si ello ocurre en un contexto escolar, en el que puede desarrollarse un escenario competitivo entre los alumnos de una clase que desean la excelencia académica.

¹³ Vigésimo segunda edición

La Comisión considera pertinente enfatizar que la insinuación prohibida por el numeral 4 del artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor no exige que se acredite el convencimiento en algún menor de edad sobre que éste se encontraría en una circunstancia de inferioridad por no consumir el producto anunciado. Más bien, la insinuación prohibida implica que el anunciante no sugiera y no produzca siquiera levemente, en un menor, la sensación de inferioridad antes anotada, cuando le dirige un mensaje publicitario sobre determinado producto.

Por tanto, de acuerdo a lo expuesto, la Comisión considera que Telefónica y Pragma infringieron lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, por lo que corresponde declarar fundado este extremo de la denuncia. En este sentido, ante la adecuación de los hechos denunciados y el tipo antes verificado, la Comisión, da cumplimiento a lo exigido por el artículo 230, numeral 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

4.3 La pertinencia de ordenar medidas complementarias

El artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, dispone que el incumplimiento de sus disposiciones, puede acarrear una sanción de amonestación o multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de los anuncios, o su rectificación publicitaria.

Debemos recordar que mediante Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI,¹⁴ la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubiera producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado”.

En el presente caso, se ha acreditado que la campaña publicitaria cuestionada infringió lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 10 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. En consecuencia, corresponde ordenar a Telefónica y a Pragma una medida complementaria destinada a evitar que su conducta infractora genere, en el futuro, efectos nocivos para el consumidor y el mercado.

4.4 Graduación de la sanción

Según establece el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, en caso de infracción a las normas de publicidad, la imposición y graduación de las multas serán determinadas por la Comisión considerando la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor durante el procedimiento, los efectos que pudiese ocasionar la infracción en el mercado y otros criterios que considere adecuado adoptar la Comisión dependiendo de cada caso particular.¹⁵

¹⁴ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

¹⁵ **DECRETO LEGISLATIVO N° 691 - NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR**
Artículo 16.- El incumplimiento de las normas establecidas por este Decreto Legislativo dará lugar a la aplicación

En el presente caso, habiéndose acreditado una infracción a las normas que sancionan las infracciones a la publicidad comercial, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y a la buena fe comercial, ordenar la imposición de una sanción a las denunciadas, así como graduar la misma.

La Comisión ha tomado en cuenta, al momento de graduar la sanción, el hecho de que la difusión del anuncio denunciado es grave por cuanto ha infringido normas que salvaguardan a los menores como destinatarios del mensaje publicitario y como protagonistas de la publicidad. Asimismo, la Comisión ha considerado que la difusión del anuncio publicitario denunciado ha contado con un significativo peso publicitario.¹⁶

También considera la Comisión que la sanción debe cumplir con la función de desincentivar la conducta infractora, por lo que la multa debe generar en el mercado un efecto disuasivo. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General.¹⁷ De esta manera, la Comisión evalúa la necesidad de imponer una multa mayor al beneficio obtenido por los infractores, con el fin de evitar que en el futuro la denunciada considere más ventajoso cometer la infracción y asumir la sanción, antes que respetar las normas infringidas.

de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones al presente Decreto Legislativo serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso en particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

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

¹⁶ Telefónica indicó que la difusión campaña publicitaria materia de denuncia se inició el 28 de febrero de 2005. En relación con el requerimiento efectuado por la Comisión mediante la Resolución N° 1, referido a la cantidad de anuncios difundidos pertenecientes a la campaña publicitaria materia de denuncia, Telefónica presentó la siguiente información:

MEDIOS	NÚMERO DE AVISOS	MEDIDA/SEGUNDAJE
Televisión: Pauta Regular C2,C4,C5,C9	311	30" y 15"
Cable: Pauta Regular + Descentralizado	1201	30" y 15"
Rádios: RPP, Studio 92, Ritmo, Planeta, Z	671	20" y 15"
Diarios: El Comercio	1	Roba Página
Revistas: Somos	1	1 Página
Encarte: Aviso en encarte Ripley	2	1 Página y ½ Página
Outdoors: Larcomar, Paletas y Clips	37	Cajas de Luz, Paletas y Clips
Internet: Terra	250 000	Pops Ups / Banners
Televisión: Eliminatorias C4	36	30"
Cable: Pauta Regular CM,CN, Plus; Descentralizado CMD; Sub 17 CMD	269	30" y 15"
Rádios: RPP, Studio 92, Ritmo, Sterero 100, Planeta	136	15"

¹⁷ **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 230.- PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA

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

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte mas ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción: así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de la intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de la infracción.

En lo que respecta a la responsabilidad de Pragma, debe tenerse en cuenta que el artículo 13 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor prescribe que al ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el anuncio, cuando la infracción se encuentre en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado, tal como ocurre en el presente caso dado que la Comisión ha encontrado infracción por la insinuación de sentimientos de inferioridad al menor que no consumiera el producto ofrecido en la campaña denunciada, elemento que no corresponde a lo intrínseco de los servicios que presta Telefónica. Sin embargo, para graduar la porción que corresponde a Pragma de la multa, la Comisión considera que al no percibir ésta directamente los beneficios que genera el estímulo de la demanda del servicios *Speedy* que pretende producir la campaña publicitaria denunciada, le corresponde una porción de beneficio que no debe ser significativa respecto de Telefónica, a efectos de distribuir las relaciones internas de solidaridad en el pago de la multa.

4.5. El posible incumplimiento de la medida cautelar por parte de las denunciadas

4.5.1 Normativa y criterios aplicables

El artículo 28 del Decreto Legislativo N° 807 (en adelante, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi) dispone lo siguiente:

“Artículo 28.- Si el obligado a cumplir con una medida cautelar o con una medida correctiva ordenada por la Comisión no lo hiciera, se le impondrá automáticamente una sanción de hasta el máximo de la multa permitida, para cuya graduación se tomará en cuenta los criterios que emplea la Comisión al emitir resoluciones finales. Dicha multa deberá ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días de notificada, vencidos los cuales se ordenará su cobranza coactiva. Si el obligado persiste en el incumplimiento, la Comisión podrá imponer una nueva multa duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa impuesta hasta que se cumpla con la medida cautelar o la medida correctiva y sin perjuicio de poder denunciar al responsable ante el Ministerio Público para que éste inicie el proceso penal que corresponda. Las multas impuestas no impiden a la Comisión imponer una multa o sanción distinta al final del procedimiento, de ser el caso.”

Tratándose de sanciones por incumplimiento de resoluciones, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi estableció en la Resolución N° 125-1997/TDC,¹⁸ que “los órganos funcionales de ésta entidad gozan de la facultad de imponer sanciones básicamente en tres situaciones concretas: (...) c) Sanciones por incumplimientos de acuerdos, laudos o resoluciones; aquellas que se imponen cuando existiendo una obligación, generada de un acuerdo o decisión anterior de una autoridad o persona facultada (resolución o laudo), se incumple la misma. (...) En tal supuesto podrán presentarse dos situaciones distintas. La primera es que se haya constatado el incumplimiento y se considere que la parte involucrada puede ser sancionada. En tal caso lo que corresponde es notificar a la parte y a los demás

¹⁸ Emitida en el Expediente N° 166-96-C.C.D., seguido por Discos Independientes S.A. y otros contra Compañía Impresora Peruana S.A.

interesados con la imputación del incumplimiento a fin de que puedan expresar aquellos argumentos y aportar aquellas pruebas que estimen pertinentes. Ello por que (sic) podría ocurrir que existan razones atendibles que justifiquen el incumplimiento (por ejemplo un nuevo acuerdo con la otra parte desconocido por la autoridad, un caso fortuito o una situación de fuerza mayor, o que el incumplimiento sea solo (sic) aparente y no real)".

4.5.2 Aplicación al caso concreto

Conforme a la medida cautelar ordenada por la Comisión en la Resolución N° 1 de fecha 28 de febrero de 2005, se ordenó a Telefónica y a Terra el **CESE PREVENTIVO E INMEDIATO** de la difusión de los anuncios denunciados u otros similares, en tanto que pudieran insinuar sentimientos de inferioridad a los menores o contuvieran las afirmaciones: "Si no tienes *Speedy* estás en la prehistoria"; "No sigas en la prehistoria, empieza clases con *Speedy*"; y, "Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la prehistoria".

Telefónica fue notificada con el citado mandato cautelar el día 13 de abril de 2005, sin embargo, conforme obra en el expediente, durante la transmisión del juego de fútbol disputado el 17 de abril de 2005 entre los clubes Melgar F.B.C. y Universitario de Deportes, se pudo verificar que el anuncio televisivo objeto de medida cautelar se difundió antes de comenzar el citado juego de fútbol y durante la ronda publicitaria difundida en el entretiempo del mismo.

Al respecto, en su defensa, Telefónica señaló que, debido a un motivo fortuito generado en el canal de notificaciones de la empresa, no pudo cumplir la medida cautelar ordenada mediante Resolución N° 1. Agregó que, si bien se trata de un hecho ajeno a su voluntad, comprendía que se configuraba un error que le era imputable. Sin embargo, Telefónica solicitó a la Comisión que tomara en cuenta que el incumplimiento de la referida medida cautelar obedecía a un hecho fortuito y por ende a un error involuntario. Adicionalmente, Telefónica señaló la cantidad y frecuencia de los anuncios objeto de medida cautelar difundidos entre los días 13 y 18 de abril de 2005.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, las medidas cautelares ordenadas por la Comisión deben de ser ejecutadas de modo inmediato desde la fecha en que la Comisión ordena su cumplimiento, constituyendo la inobservancia de las mismas un incumplimiento sancionado por ley. En consecuencia, en el presente caso ha quedado acreditado que Telefónica incumplió la medida cautelar ordenada en la Resolución N° 1, motivo por el cual corresponde aplicar la sanción correspondiente, conforme a los criterios expuestos a continuación.

4.5.3 Graduación de la sanción

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

En el presente caso, aprecia la Comisión que la medida cautelar que ordenó ha sido incumplida por Telefónica, no solamente durante la transmisión del juego de fútbol disputado el 17 de abril de 2005 entre los clubes Melgar F.B.C. y Universitario de Deportes, sino también en más de doscientas (200) oportunidades entre los días 13 y 18 de abril de 2005, en diversos medios televisivos tales como los canales de cable: TNT, Fox Sports, Nickelodeon, Canal N, CMD, Cinecanal, Plus TV, SONY, Canal WB, Universal Channel, Fox, El canal de las estrellas y Discovery Channel, entre otros.

En este sentido, dicho incumplimiento, a criterio de la Comisión no sólo ha contado con un significativo peso publicitario, sino que además se ha desarrollado durante un periodo de cinco (5) días, transcurridos luego de la notificación del mandato cautelar a Telefónica, plazo que la Comisión considera excesivo para el cumplimiento de un mandato cautelar como el ordenado en el presente caso.

Como se indicó líneas arriba, en su defensa, Telefónica señaló que, debido a un motivo fortuito generado en el canal de notificaciones de la empresa, no pudo cumplir la medida cautelar ordenada mediante Resolución N° 1 y que ello se trataba de un hecho ajeno a su voluntad, que le era imputable pese a obedecer a un hecho fortuito y por ende a un error involuntario. Al respecto, debemos precisar que el anunciante es el obligado a cumplir una medida cautelar y es quien debe velar por su cumplimiento efectivo, en tanto es el agente del mercado que se encuentra en la situación de verificar y cautelar el cese de lo ordenado por la Comisión, por lo que la explicación de Telefónica sobre sus procesos internos y fortuitos no puede ser considerada como un atenuante en el presente caso.

Finalmente, la Comisión considera el efecto desincentivador que debe tener la multa, recogido en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, contemplado en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.¹⁹ En aplicación de este principio, la autoridad administrativa debe impedir que el sancionado tenga incentivos para no cumplir con los mandatos cautelares de una autoridad administrativa como el Indecopi.

5. RESOLUCIÓN

En atención a los argumentos expuestos en los puntos precedentes y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 19 del Decreto Ley N° 25868 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi -, 25 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi -, y 16 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal,

HA RESUELTO:

¹⁹ **LEY N° 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 230.- La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción: así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de la intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición de la comisión de la infracción.

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la excepción de falta de legitimidad pasiva deducida por Terra Networks Perú S.A.C. y, en consecuencia, **IMPROCEDENTE** la imputación planteada en su contra en el presente procedimiento, dejando sin efecto cualquier mandato originado en el presente procedimiento para dicha persona jurídica.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la imputación planteada de oficio en contra de Telefónica del Perú S.A.A. y de Pragma de Publicidad S.A.C., como responsable solidario, por infracción contra lo dispuesto por el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 691 – Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

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

Se precisa que ambos denunciados son responsables solidariamente por el pago de la presente multa, sin perjuicio de lo cual, en las relaciones internas de las partes, a efectos de que aquél que asuma el pago de la multa pueda repetir contra el otro infractor, corresponderá a Telefónica del Perú S.A.A. asumir el 80% de la multa, mientras que a Pragma de Publicidad S.A.C. el 20% de la misma.

CUARTO: ORDENAR a Telefónica del Perú S.A.A. y a Pragma de Publicidad S.A.C., como medida complementaria, el **CESE DEFINITIVO E INMEDIATO** de la difusión de los anuncios denunciados u otros similares, en tanto que puedan insinuar sentimientos de inferioridad a los menores o contengan las afirmaciones: "Si no tienes *Speedy* estás en la prehistoria"; "No sigas en la prehistoria, empieza clases con *Speedy*"; y, "Que tus hijos empiecen clases sin *Speedy* es dejarlos en la prehistoria".

QUINTO: DECLARAR el incumplimiento de la medida cautelar ordenada por la Resolución N° 1, por parte de Telefónica del Perú S.A.A. y, en consecuencia, **SANCIONAR** a ésta con una multa de veinte (20) Unidades Impositivas Tributarias.

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

Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Ramón Bueno-Tizón, Enrique Bardales, Alfredo Castillo y José Perla. Con la inhibición de Mauricio Lerner.

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