

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre la Resolución 0761-2011-SC1-INDECOPI

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada

Autor

Arantxa de la Flor Giuffra

Revisor

Enrique Rosendo Bardales Mendoza

Lima, 2021

Resumen

En el presente informe se realiza un análisis jurídico de los argumentos y la decisión adoptada por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI, correspondiente a la denuncia interpuesta por el Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer - DEMUS en contra de la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C y Grupo Q Comunicaciones S.A., a raíz de la difusión del anuncio publicitario “Con B de Brahma”. Este trabajo estudia el alcance y aplicación del principio de legalidad y el principio de adecuación social, contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, a la luz de jurisprudencia y doctrina relevante, que permiten concluir que la Sala de Defensa de la Competencia fue acertada al desestimar la denuncia por vulneración del principio de legalidad, pero se equivocó al no identificar que se había infringido el principio de adecuación social. Asimismo, se examinan conceptos como el derecho de igualdad y no discriminación, la dignidad de las mujeres, la publicidad sexista y estereotipos de género, que son claves para entender el impacto del anuncio publicitario cuestionado. Finalmente, se plantean algunas recomendaciones dirigidas al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI y a los consumidores, de cara a la erradicación de la publicidad que refuerza estereotipos de género negativos en el Perú.

Palabras clave: Principio de legalidad – principio de adecuación social – publicidad sexista – discriminación – dignidad – estereotipos de género

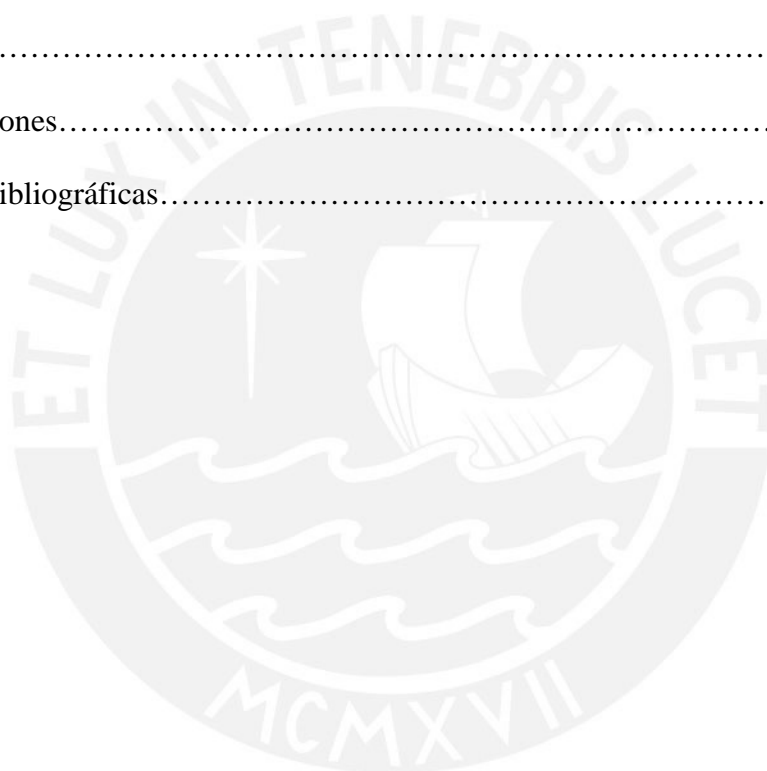
Abstract

This report carries out a legal analysis of the arguments and the decision adopted by the “Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual” in Resolution 0761-2011/SC1-INDECOPI, corresponding to the complaint filed by “Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer – DEMUS” against “Compañía Cervecería Ambev Perú SAC” and “Grupo Q Comunicaciones SA”, as a result of the dissemination of the advertisement “Con B de Brahma”. This report studies the scope and application of the principle of legality and the principle of social adequacy contained in the “Ley de Represión de la Competencia Desleal”, in the light of case law and relevant doctrine, which allow to conclude that the “Sala de Defensa de la Competencia” was correct in rejecting the complaint for violation of the principle of legality but was wrong by not identifying that the principle of social adequacy had been transgressed. Additionally, concepts such as the right to equality and non-discrimination, the dignity of women, sexist advertising and gender stereotypes are examined, which are key to understanding the impact of the questioned advertisement. Finally, some recommendations are made to the “Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI” and consumers, hoping to eradicate advertising that reinforces negative gender stereotypes in Peru.

Keywords: Principle of legality - principle of social adequacy - sexist advertising - discrimination - dignity - gender stereotypes

Índice de Contenidos

Introducción.....	1
Justificación de la Resolución escogida.....	2
Resolución No. 0761-2011/SC1-INDECOPI: Hechos jurídicos relevantes.....	3
Identificación de los principales problemas jurídicos.....	6
Postura de la Sala de Defensa de la Competencia.....	8
Análisis de los problemas jurídicos.....	11
Conclusiones.....	33
Recomendaciones.....	34
Referencias bibliográficas.....	37



1. Introducción

El Estado Peruano se rige por una economía social de mercado, tal como se señala en el artículo 58 de la Constitución. Según este régimen económico, el mercado se regula por la oferta y la demanda, y los agentes del mercado (empresas y consumidores) actúan de manera libre. La libertad de empresa, la libre iniciativa privada, la libertad de expresión, entre otros derechos consagrados en la Constitución permiten que las empresas puedan decidir qué bienes y servicios van a ofertar a los consumidores, el precio de los mismos y la actividad publicitaria que deseen realizar para darlos a conocer en el mercado. Por otro lado, los consumidores son libres de escoger los bienes o servicios que desean adquirir, según sus intereses y necesidades.

Según Baylos (2009), la actividad publicitaria es una de las principales herramientas que puede utilizar una empresa para distinguirse de sus competidores y persuadir a los consumidores. Además, “es un medio imprescindible para hacer posible la libre competencia” (Kemelmajer, 1996, p. 70).

Sin perjuicio de su importancia en nuestra economía, la publicidad comercial tiene límites. Es ampliamente aceptado por la doctrina que la actividad publicitaria se encuentra restringida por los principios generales de legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia (Kemelmajer, 1996).

En el Perú las normas específicas que regulan la publicidad comercial son la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo N° 1044) y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, en los cuales se encuentran reflejados los principios mencionados, entre otros.

En el caso que dio origen a la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI, materia del presente informe, la Compañía Cervecera AMBEV Perú S.A.C. (en adelante, “AMBEV”), en ejercicio de sus derechos, lanzó un spot publicitario en colaboración con la empresa publicitaria Grupo Q Comunicaciones S.A. (en adelante, “QUÓRUM”) con el objetivo de persuadir a los consumidores a que compren uno de los productos que en ese entonces comercializaba en Perú: la cerveza Brahma. El contenido de dicho anuncio publicitario, llamado “Con B de Brahma” fue considerado ofensivo, discriminatorio y en

afectación a la dignidad y al derecho de igualdad y no discriminación de las mujeres por parte del Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer – DEMUS (en adelante, “DEMUS”), quien interpuso una denuncia por infracción de los principios de legalidad y de adecuación social contenidos en el Decreto Legislativo N° 1044, la cual fue declarada improcedente e infundada, respectivamente.

El presente informe tiene por objeto realizar un análisis de la Resolución No. 0761-2011/SC1-INDECOPI emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, con el fin de evaluar si los criterios aplicados por la Sala fueron correctos y si a través del anuncio “Con B de Brahma” AMBEV y QUÓRUM se vulneraron los principios alegados por la denunciante.

2. Justificación de la Resolución escogida

La discriminación contra las mujeres es un problema estructural que aqueja a nuestro país, tal como lo ha reconocido el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Diversos estudios demuestran una profunda desigualdad entre hombres y mujeres en ámbitos como educación, trabajo, participación en la política, rol en el hogar, independencia económica, entre otros.

Según el Instituto Nacional de Estadística e Informática – INEI (2018), si analizamos el porcentaje de la población mayor de veinticinco años que ha terminado la secundaria a nivel nacional, los hombres se ubican 11% por encima de las mujeres. De la misma forma, 17% más hombres que mujeres tiene un trabajo remunerado y 1 de cada 3 mujeres no tiene fuentes de ingreso propias.

Si bien la desigualdad de género es un problema en sí mismo, tal como se ha señalado en el “Diagnóstico sobre los Estereotipos de Género en el Consumo y la Publicidad en el Perú”, son las consecuencias de este las que suponen un gran peligro, en la medida que el contexto de desigualdad de género sienta las bases, junto a otros factores, para la violencia contra las mujeres (INDECOPI, 2020). En el Perú, tenemos uno de los índices de feminicidios más altos en América Latina (CNN, 2019).

La situación de desigualdad y violencia no es nueva en nuestro país. Sin embargo, debido al creciente movimiento feminista, en los últimos años ciertos grupos sociales parecen estar más conscientes de la preocupante desigualdad entre hombres y mujeres y exigen al Estado asumir un rol más activo en la erradicación de la violencia de género. Esta responsabilidad del Estado Peruano se origina de los tratados internacionales de derechos humanos que se han ratificado en materia de discriminación contra la mujer: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (en adelante, “CEDAW”) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (en adelante, “Convención Belém do Pará”).

La competencia de INDECOPI para sancionar anuncios publicitarios que vulneran derechos de los consumidores tiene un rol clave, en la medida que impacta la forma como la empresa sancionada y otras empresas del mercado deciden publicitar sus productos. La publicidad marca la pauta de lo que los peruanos, como sociedad, consideramos “aceptable” y finalmente puede modelar el comportamiento de los individuos.

En este contexto, resulta interesante el estudio de la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI, donde se evidencia un criterio de análisis jurídico que, en atención a argumentos de carácter formal y sustantivo que se analizarán más adelante, termina por desestimar una denuncia originada en un anuncio publicitario con innegable contenido sexista, perpetuando un estereotipo de género que afectaba de manera negativa a las mujeres.

3. Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI: Hechos jurídicos relevantes

Con fecha 31 de diciembre de 2009, DEMUS interpone denuncia por infracción al principio de legalidad y adecuación social ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI en contra de AMBEV y QUÓRUM por un spot publicitario denominado “Con B de Brahma”, a través del cual se promocionaba la cerveza Brahma, en la medida que este mostraba un claro contenido sexista.

Con fecha 28 de enero del 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI abrió el Expediente No. 286-2009/CCD, admitió a trámite la denuncia presentada por DEMUS e imputó a AMBEV y QUÓRUM la

presunta infracción al principio de legalidad, de conformidad con el numeral 1 del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal por la transgresión de normas constitucionales referidas a la dignidad de la persona humana y al derecho de igualdad y no discriminación, así como la presunta infracción al principio de adecuación social establecido en el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044.

Asimismo, requirió a AMBEV presentar (i) la fecha de inicio de la difusión del anuncio denunciado, (ii) el brief creativo de la campaña publicitaria, (iii) copia de todos los anuncios similares al cuestionado y los medios de comunicación a través de los cuales fueron difundidos, (iv) periodo, cantidad y frecuencia de difusión del anuncio cuestionado, (v) monto de ingresos brutos obtenidos por la venta de la cerveza Brahma desde 3 meses antes del inicio de la difusión del anuncio y (vi) monto total de ingresos percibidos durante el 2009. Y finalmente, requirió a QUÓRUM presentar documentación que acredite los ingresos brutos percibidos por su actividad económica durante el 2009.

Con fecha 25 de febrero de 2010, QUÓRUM presentó sus descargos y alegó que el anuncio cuestionado respondía a una exageración con ánimos de humor, característica del contexto comercial en el que se consumen las bebidas alcohólicas, motivo por el cual solicitó se declare infundada la denuncia presentada.

Con fecha 23 de marzo de 2010, AMBEV presentó ante INDECOPI un escrito contestando la denuncia presentada por DEMUS, solicitando se declare infundada, alegando que se estaba pretendiendo sancionar el anuncio por no ser del agrado de DEMUS, pues no había ninguna vulneración a la regulación publicitaria existente.

Con fecha 21 de abril de 2010, DEMUS ofreció como medio probatorio un informe psicológico elaborado por el Instituto de Investigaciones Psicológicas de la Facultad de Psicología de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, respecto al efecto potencial que podría tener el spot publicitario denunciado. En este se señalaba que el spot publicitario promovía la exclusión y discriminación contra la mujer y se resaltaba el carácter sexista.

Con fecha 3 de junio de 2010, AMBEV presentó un escrito como respuesta al informe psicológico presentado por DEMUS, señalando que dicho informe no contenía elemento

objetivo que permita establecer una conexión entre la publicidad y un supuesto de estimulación de conducta discriminatoria por razón de género, pues únicamente contenía opiniones y apreciaciones subjetivas.

Con fecha 2 de agosto de 2010, DEMUS presentó un escrito reiterando su pedido a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI de que se declara fundada la denuncia presentada y esbozando algunos argumentos adicionales a los presentados en su escrito inicial de diciembre de 2009.

Con fecha 25 de agosto de 2010, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal emitió la Resolución No. 175-2010/CCD-INDECOPI, a través de la cual se declaró improcedente la denuncia presentada por DEMUS, en el extremo de vulneración al principio de legalidad, e infundada en el extremo de la infracción del principio de adecuación social, señalando que no era un anuncio discriminatorio.

Con fecha 14 de septiembre de 2010, DEMUS interpuso un recurso de apelación en contra de la Resolución No. 175-2010/CCD-INDECOPI por hacer una incorrecta valoración de los principios alegados en la denuncia, así como infringir el principio de motivación de las resoluciones al no justificar el motivo por el cual considera que el anuncio no es discriminatorio.

Con fecha 22 de septiembre de 2010, se emitió la Resolución No. 3, a través de la cual la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal concedió el recurso de apelación presentado por DEMUS.

Con fecha 15 de octubre de 2010, el Secretario Técnico, Abelardo Aramayo Baella de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal elevó el expediente a Enrique Pasquel Rodríguez, Secretario Técnico de la Sala de Defensa de la Competencia No. 1, lo cual se puso a conocimiento de las partes.

Con fecha 9 de diciembre de 2010, AMBEV presenta una contestación a la apelación presentada por DEMUS, a través de la cual solicita se declare infundada. Finalmente, con fecha 4 de abril de 2011, mediante Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI, materia del

presente informe, la Sala de Defensa de la Competencia No. 1 confirma la Resolución No. 175-2010/CCD-INDECOPI en ambos extremos.

4. Identificación de los problemas jurídicos principales y secundarios

Una vez claros los hechos jurídicamente relevantes, pasemos a identificar cuáles son los principales problemas jurídicos en el presente caso. La denuncia interpuesta por DEMUS se basó en la alegación que el anuncio publicitario “Con B de Brahma” suponía una vulneración de (i) el principio de legalidad contenido en el artículo 17° numeral 1 del Decreto Legislativo N° 1044, por mostrar escenas contrarias al derecho de igualdad y no discriminación y la dignidad, recogidos en la Constitución y en Tratados Internacionales, y (ii) el principio de adecuación social contenido en el artículo 18°, inciso a), del Decreto Legislativo N° 1044 por inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer actos de discriminación u ofensa contra las mujeres.

Como ha sido señalado líneas arriba, tanto la Comisión como la Sala estiman improcedente el pedido de declarar la vulneración del principio de legalidad, en la medida que no se habría incumplido ninguna disposición imperativa del ordenamiento jurídico que regula la actividad publicitaria y, asimismo, infundado el pedido de declarar la vulneración del principio de adecuación social, dado que el anuncio tenía carácter humorístico y fantasioso y no induciría a los espectadores a incurrir en actos de discriminación por motivos de género.

Sin perjuicio de que los argumentos esbozados por la Sala, que serán detallados y analizados en los próximos acápites, hasta este punto podemos identificar tres problemas jurídicos principales¹: (i) ¿el anuncio “Con B de Brahma” emitido por AMBEV y QUORUM vulnera derechos contenidos en la Constitución y en Tratados Internacionales?, (ii) de ser así, ¿constituye esa vulneración de derechos una infracción al principio de legalidad contenido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal?, y (iii) ¿el anuncio publicitario “Con B de Brahma” infringió el principio de adecuación social contenido en el artículo 18, inciso a) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal?

¹ Tal como señala el Dr. Marial Rubio Correa (2011), “*el problema principal es aquel cuya respuesta resuelve el caso planteado.*” (p. 332).

A su vez, debemos identificar que ambos problemas principales están compuestos por problemas secundarios, que debemos clarificar para poder resolver los primeros con éxito.

Así, tenemos que los problemas principales y secundarios de fondo son:

Primer problema principal: ¿El anuncio “Con B de Brahma” emitido por AMBEV y QUORUM vulnera derechos contenidos en la Constitución y en Tratados Internacionales?

Primer problema secundario: ¿Cómo se define el derecho a la igualdad y no discriminación y la dignidad del ser humano?

Segundo problema secundario: ¿De qué manera vulnera el anuncio “Con B de Brahma” dichos derechos?

Segundo problema principal: ¿El anuncio publicitario “Con B de Brahma” emitido por AMBEV y QUÓRUM infringió el principio de legalidad contenido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal?

Primer problema secundario: ¿La Constitución y los Tratados Internacionales se consideran normas aplicables a la actividad publicitaria y, por lo tanto, constituye su vulneración una infracción al principio de legalidad?

Tercer problema principal: ¿El anuncio publicitario “Con B de Brahma” emitido por AMBEV y QUÓRUM infringió el principio de adecuación social contenido en el artículo 18, inciso a) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal?

Primer problema secundario: ¿El contenido del anuncio se encontraba dentro de los límites de las licencias publicitarias contempladas en el artículo 20 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal?

Segundo problema secundario: ¿El anuncio podía inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto de discriminación por motivo de género?

De verificarse que sí hubo una infracción al Decreto Legislativo N° 1044, por la vulneración del principio de legalidad y/o del principio de adecuación social, surge otro problema jurídico que debe ser atendido:

Cuarto problema jurídico: ¿Cuál era la sanción que correspondía aplicar a AMBEV y QUÓRUM?

Antes de desarrollar cada uno de los problemas jurídicos principales y secundarios identificados en el presente caso, detallaremos cuál fue la postura tomada por la Sala y los argumentos esbozados para justificarla. Ello nos servirá como base para la posterior evaluación crítica de dichos argumentos, con el objetivo de determinar su idoneidad en atención al análisis de los problemas jurídicos previamente detallados y, finalmente, precisar la apreciación personal del presente caso.

5. Postura de la Sala de Defensa de la Competencia N° 1

Tal como hemos señalado líneas arriba, la Sala confirmó la decisión de la Comisión contenida en la Resolución 175-2010/CCD-INDECOPI, declarando improcedente la denuncia de DEMUS por no vulnerar el principio de legalidad publicitario e infundada por no infringir el principio de adecuación social, contenidos en los artículos 17.1 y 18, inciso a) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, respectivamente. ¿Cuáles fueron los argumentos utilizados por la Sala para desestimar ambos extremos de la denuncia interpuesta por DEMUS?

Por un lado, la Sala considera que:

Si bien las normas imperativas que consagran el respeto a la dignidad de las personas y el derecho a la no discriminación forman parte del ordenamiento jurídico, no constituyen disposiciones sectoriales que regulen específicamente el contenido, difusión y alcance de la actividad publicitaria. Por tanto, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 17.1 de la Ley de Represión

de la Competencia Desleal. (El subrayado es nuestro) (Considerando 13 de la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI)

El artículo 17 de la mencionada Ley señala lo siguiente:

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

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

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

En la interpretación de la Sala, tanto en esta como en otras resoluciones, las normas imperativas del ordenamiento jurídico que resultan aplicables al ámbito publicitario serían únicamente las normas sectoriales que regulan los anuncios publicitarios, tales como el artículo 71 de la Ley 26842 - Ley General de Salud la Décimo Cuarta Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo 010-97-SA – Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines; el artículo 8 de la Resolución SBS 0540-99 –Reglamento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas a operar con recursos del público, entre otras.

Por ese motivo, y en estricto cumplimiento del principio de legalidad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, la Sala considera que ni ésta ni la Comisión “se encuentran facultadas para evaluar el conflicto de un anuncio publicitario con normas generales que consagran derechos de los administrados, pero que no regulan específicamente la actividad publicitaria”. (Considerando 14 de la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI)

Adicionalmente, la Sala se pronuncia sobre la alegación de DEMUS de que la Comisión habría incurrido en un vicio de motivación por no analizar las disposiciones normativas invocadas (vale decir, la Constitución, la CEDAW y la Convención de Belém do Pará), motivo por el cual solicitó que se declare la nulidad de la resolución apelada. Al respecto, la Sala indicó que era legítimo que la Comisión haya optado por no analizar el contenido de cada una de las disposiciones invocadas, en la medida que las mismas no regulaban

específicamente la actividad publicitaria y, por lo tanto, su supuesto incumplimiento no era pasible de constituir una infracción al principio de legalidad publicitaria. Por este motivo, la Sala desestima la solicitud de nulidad de DEMUS y confirma el pronunciamiento de la Comisión en el extremo que declaró improcedente la denuncia contra AMBEV y QUÓRUM, al no vulnerarse el principio de legalidad.

Por otro lado, respecto de la supuesta vulneración al principio de adecuación social, la Sala inicia su análisis realizando una explicación del marco normativo de los conceptos de libertad de expresión y libertad de empresa, y de su importancia en el ámbito publicitario. Dichos derechos encuentran su límite, tal como lo indica la Sala, en la prohibición de emitir anuncios publicitarios que sean contrarios al principio de adecuación social, tal como se indica en el artículo 18, inciso a) del Decreto Legislativo N° 1044.

En dicho artículo se señala lo siguiente:

Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social. -

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. (El subrayado es nuestro)

Respecto a dicho artículo, la Sala señala que no bastaría con que un anuncio publicitario presente imágenes que evidencien una conducta discriminatoria para que éste sea considerado contrario al principio de adecuación social. En opinión de la Sala, “sólo será ilícito un anuncio publicitario cuando transmita un mensaje que objetivamente induzca a los destinatarios a cometer una práctica ofensiva o discriminatoria por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. (Considerando 24 de la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI)

Con ello, la Sala aclara que los anuncios publicitarios no pueden ser sancionados por el hecho de ser considerados desagradables o de mal gusto, pues ello no se encuentra acogido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En opinión de la Sala, el

“mercado de las ideas” publicitario “debe ser arbitrado por los consumidores en el propio mercado o por los pares a través de los sistemas de autodisciplina”. (Considerando 27 de la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI)

Lo señalado líneas arriba sirve como contexto para justificar la interpretación de la Sala del mensaje contenido en el anuncio publicitario “Con B de Brahma”, que intentaré resumir en las siguientes líneas: de un análisis integral y superficial del spot publicitario cuestionado, en aplicación del artículo 21.1 del Decreto Legislativo N° 1044, se concluye estaríamos ante una licencia publicitaria y que las escenas mostradas contendrían un mensaje humorístico, fantasioso o exagerado que no tendrían la aptitud de ser captadas con seriedad por los consumidores, por lo que no podrían inducir en la realidad a la realización de conductas ofensivas o discriminatorias contra la mujer, ni afectar su dignidad como mujer, no vulnerándose así el principio de adecuación social. Por lo tanto, la Sala confirma la decisión adoptada por la Comisión, en el sentido que el anuncio difundido por AMBEV y QUÓRUM no infringiría el artículo 18, literal a) de la Ley.

6. Análisis de los problemas jurídicos

En las próximas páginas, realizaremos un análisis jurídico basado en doctrina y jurisprudencia aplicable a cada uno de los problemas jurídicos identificados en el presente caso, haciendo mención asimismo a los puntos en los que coincidimos o diferimos respecto de la decisión adoptada por la Sala.

6.1. ¿El anuncio publicitario “Con B de Brahma” vulneró derechos contenidos en la Constitución y en Tratados Internacionales?

En su escrito de denuncia, DEMUS alega que el anuncio “Con B de Brahma” atenta contra la dignidad y el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, lo que implicaría una vulneración del principio de legalidad contenido en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo N° 1044. Sin embargo, la Sala considera que el alcance del principio de legalidad se limita únicamente a la normativa específica de la publicidad comercial, excluyendo a la Constitución y los Tratados Internacionales. Antes de pasar a delimitar el alcance del principio de legalidad, debemos primero determinar si el anuncio “Con B de Brahma” vulnera los derechos alegados por DEMUS. Para poder hallar la respuesta a

este problema jurídico, en las próximas líneas examinaremos el derecho a la igualdad y no discriminación, su relación con la dignidad humana y el tratamiento de dichos conceptos en nuestro ordenamiento jurídico.

6.1.1. ¿Cómo se define el derecho a la igualdad y no discriminación y la dignidad del ser humano?

En el artículo 1 de la Constitución Política del Perú se señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este artículo, tal como ha señalado el doctor César Landa (2000):

Constituye la piedra angular de los derechos fundamentales de las personas y, por ello, es el soporte estructural de todo edificio constitucional, tanto del modelo político, como del modelo económico y social. En tal sentido, fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes públicos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios a su vez los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades.” (p. 10)

La dignidad del ser humano es un concepto que no tiene una única definición y su significado es relativo. Sin perjuicio de ello, es posible afirmar que, desde una perspectiva humanista, la dignidad es un derecho que “reconoce que todas las personas tienen tanto las mismas capacidades y posibilidades de realizarse humanamente, como que también para ello, cuentan con la promoción y auxilio de los poderes públicos y privados” (Landa, 2000, p. 11).

La relación entre los conceptos de igualdad y dignidad ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional (2003), quien ha señalado que “La idea de igualdad se desprende de la de dignidad y naturaleza de los seres humanos.” (p. 8) (El subrayado es nuestro). Ambos derechos se encuentran íntimamente vinculados, en la medida que el derecho de igualdad tiene como punto de partida la dignidad de toda persona y, en consecuencia, la vulneración del derecho de igualdad y no discriminación implica una afectación extensiva a la dignidad de la persona.

El derecho a la igualdad y no discriminación se encuentra contemplado en el artículo 2.2 de la Constitución Política del Perú, en el que se establece que toda persona tiene derecho “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.” Tal como ha reconocido el Tribunal Constitucional, la igualdad y no discriminación es un principio fundamental sobre el que se construyen los Estados democráticos y de derecho, que otorga a las personas el derecho a ser tratadas de la misma forma que otras personas con las que se encuentra en un plano de equivalencia o identidad, en naturaleza o circunstancias (2004).

Por otro lado, es clave tomar en cuenta lo señalado en tratados internacionales de derechos humanos respecto de la dignidad y el derecho a la igualdad y no discriminación. Al respecto, es importante resaltar que, tal como se señala en el artículo 55° de la Constitución, “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. Esto quiere decir que los preceptos contenidos en tratados internacionales ratificados por el Estado Peruano tienen plena vigencia y son parte de nuestro ordenamiento jurídico. Ello, en la medida que “los tratados son expresiones de voluntad que adopta el estado con sus homólogos o con organismos extranacionales, y que se rigen por las normas, costumbres y fundamentos doctrinarios del derecho internacional” (Tribunal Constitucional, 2006). Más aún, los tratados internacionales, tal como se señala en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, sirven para interpretar las normas relativas a los derechos y a las libertades. En esa línea, el Tribunal Constitucional (2006) ha señalado que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional y, por tanto, prevalecen sobre toda norma legal y normas de inferior jerarquía.

Son diversos los tratados internacionales en los cuales podemos encontrar una restricción a conductas discriminatorias: la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2.1 y 7), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 26), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos II) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24). Lo que tienen en común dichos artículos, es que buscan proteger que todas las personas sean iguales ante la ley y puedan tener todos los derechos y libertades sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones

políticas o de cualquier otra índole (que son conocidos como motivos prohibidos). Tal como señala la doctora Cristina Valega (2019):

Con estas prohibiciones de los actos discriminatorios se busca que todas las personas tengamos igualdad de oportunidades por el simple hecho de ser seres humanos y que no nos veamos afectados en nuestros derechos por características propias o por la pertenencia a determinados grupos sociales. (p. 44)

Asimismo, es clave tomar en cuenta que el Estado peruano ha ratificado dos tratados internacionales específicamente orientados a la protección de las mujeres contra actos de violencia o de discriminación por motivos de género: la CEDAW y la Convención Belém do Pará. Veamos los artículos más relevantes de dichos tratados.

La definición de discriminación que recoge la CEDAW es similar a la contenida en otros tratados internacionales previamente mencionados. La CEDAW, en su artículo 1, define la discriminación contra las mujeres como:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Tal como lo indica su nombre, esta convención tiene por objeto eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres que ocurren en la sociedad. En esa línea, el artículo 2 de la CEDAW establece el compromiso y deber de los estados partes (entre ellos, el Estado Peruano) de consagrar el principio de igualdad en sus constituciones, tomar medidas adecuadas para prohibir la discriminación contra la mujer, garantizar la protección de las mujeres contra actos de discriminación en los tribunales nacionales o instituciones públicas, tomar medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones o empresas, entre otros deberes.

Adicionalmente, en el artículo 3° de la CEDAW, se establece el deber de los estados de tomar todas las medidas en las esferas política, social, económica, cultural y legislativa

para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, garantizando el ejercicio y goce de todos sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Por otro lado, la Convención Belem Do Pará tiene como objetivo erradicar toda forma de violencia contra la mujer, la cual es definida en su artículo 1° como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”. Se reconoce que la mujer tiene derecho “a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (artículo 3°) y a que se reconozca y proteja el ejercicio de todos sus derechos humanos y libertades, entre las cuales se resalta el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y a la igualdad (artículo 4°, inciso e) y f)).

Queda demostrado hasta este punto, que (i) los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y los deberes y obligaciones contenidos en el mismo son vinculantes para el Estado Peruano, (ii) el derecho a la igualdad y no discriminación, así como la dignidad de las personas están reconocidos en nuestra Constitución y en diversos tratados internacionales y (iii) el Estado Peruano ha ratificado tratados internacionales con obligaciones específicas en materia de erradicación de violencia y prevención de discriminación contra la mujer, por lo que tiene un deber especial de proteger a las mujeres. Pasemos ahora a explicar de qué manera es que el anuncio “Con B de Brahma” resulta vulneratorio de los derechos de igualdad y no discriminación de las mujeres y atenta contra a la dignidad de estas y, por lo tanto, implica una vulneración de la Constitución y los tratados previamente mencionados.

6.1.2. ¿De qué manera vulnera el anuncio “Con B de Brahma” dichos derechos?

Tal como hemos indicado previamente, el anuncio “Con B de Brahma” es una publicidad con carácter sexista. La doctrina reconoce que “la publicidad sexista reproduce violencia, discriminación y desigualdad sistemática contra las mujeres, niñas y adolescentes, por lo que es necesario que el ordenamiento jurídico reaccione con medidas especificadas frente a estas vulneraciones”. (Cañete y Fernández, 2021, p. 2).

El anuncio “Con B de Brahma” es un claro ejemplo de publicidad sexista. Para demostrarlo, mencionaremos algunas de las escenas que destacan de este spot:

- Segundo 0:08 del anuncio: se escucha una voz en off que indica “Todo lo bueno de la vida empieza con b grande. Por ejemplo: binoculares” mientras que vemos a 3 jóvenes (a los cuales se les refiere como “sapos”, que es una forma coloquial de describir a alguien que es muy curioso, cuando busca ver o enterarse de algo que no es de su incumbencia) usando binoculares para **espiar a una mujer desvestiéndose** en la ventana de un edificio al frente de donde se encuentran.
- Segundo 0:14 del anuncio: se escucha una voz en off que da otro ejemplo de algo que sería “bueno de la vida” y que empieza con b grande: “Bisturí” y se muestra a 4 doctores sujetando un bisturí exageradamente grande, seguido de una escena donde aparecen **dos mujeres con ropa interior reveladora de color rojo diciendo “gracias, bisturí”**. La cámara en esta toma está posicionada justo detrás de una de las mujeres, por lo que la imagen muestra en primer plano los glúteos de la modelo. Así, se transmite el mensaje que las mujeres que aparecen en pantalla se han sometido a cirugías plásticas.
- Segundo 0:28 del anuncio: se escucha una voz en off que dice “y los botones, que te dejan boquiabierto” y se ve una escena de una reunión en una oficina, en la que hay un grupo de hombres de diferentes edades sentados alrededor de una mesa, escuchando la presentación de una mujer, a la cual la **cámara enfoca para mostrar únicamente su busto, momento en el cual los dos botones superiores de su blusa salen volando** y le caen en la cara a uno de los hombres, quien, al igual que sus colegas de al lado, están con la boca abierta mirando a la mujer luego de que se le abrió la blusa, mientras ella intenta taparse la parte del cuerpo que ha quedado expuesta.
- Segundo 0:34 del anuncio: se escucha una voz en off que dice “Incluso, cuerazo”, a lo cual uno de los actores responde “pero ¿cuerazo donde lleva la b grande?”, mientras abre la puerta de su departamento con una cerveza en la mano. Aparece entonces una **mujer al otro lado de la puerta vestida con lencería. El actor suspira y la voz en off indica “en la baba que se te cae”**.

Podemos extraer algunas conclusiones de dichas escenas. En primer lugar, resulta evidente que las mujeres son presentadas de una manera hipersexualizada: en la mayoría de las escenas las mujeres aparecen en bikini o en ropa muy reveladora sin motivo aparente, pues el anuncio publicitario tiene por objeto publicitar una bebida alcohólica, no ropa interior de mujeres. Así, se evidencia el uso de los cuerpos femeninos como

objetos, fenómeno conocido como cosificación. Las autoras Ana Gonzáles Ramos y Esther Torrado (2019) señalan que la cosificación es un proceso de construcción social a través del cual:

(...) se objetiviza a las mujeres y sus cuerpos como si fueran cosas, se las desprovee de agencia, negando su diferenciación y rol de sujetos y actores políticos. La instrumentalización de las mujeres niega la autonomía y la subjetividad de las mujeres o, como explican Celia Amorós y Amelia Valcárcel, desposeyéndolas de sus derechos civiles y políticos. Sus cuerpos sexualizados son mercantilizados o convertidos en un producto, utilizados por el sistema liberal y patriarcal como una mercancía, que se intercambia o manipula según los intereses de grupos (p. 2) (El subrayado es nuestro).

En segundo lugar, las mujeres son presentadas en una posición de subordinación frente a los hombres, reforzando el estereotipo de inferioridad del género femenino frente al masculino. De esta forma, vemos que hay un trato diferenciado entre hombres y mujeres por un motivo prohibido (género), en la forma como son representadas las mujeres a lo largo del anuncio publicitario.

En atención a lo señalado, podemos afirmar que a través del anuncio “Con B de Brahma” se vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de las mujeres, y por lo tanto también su dignidad, en la medida que se genera un daño al continuar perpetuando la idea que las mujeres tienen una posición subordinada frente a los hombres y que pueden ser usadas como objetos. Ello, contrario a lo que exigen los tratados internacionales en materia de género, específicamente la Convención Belém do Pará y la CEDAW, no permite que las mujeres se desarrollen libremente y que tengan una vida sin violencia. En atención a los deberes de los Estados contenidos en los tratados internacionales, podemos afirmar que el Estado Peruano tiene la responsabilidad de evitar que se continúen perpetuando estereotipos discriminatorios contra las mujeres y, para ello, juega un rol fundamental que el INDECOPI sancione los anuncios publicitarios de carácter sexista por resultar contrarios a los cuerpos normativos de rango constitucional.

Sin perjuicio del carácter discriminatorio del anuncio “Con B de Brahma”, que podría haber justificado que se recurra a una vía judicial, corresponde analizar si este vulnera la normativa en materia de competencia desleal para determinar la responsabilidad

administrativa de AMBEV y QUÓRUM. Por lo tanto, en los próximos acápite evaluaremos si se infringió el principio de legalidad y el principio de adecuación social, tal como alega DEMUS.

6.2. ¿El anuncio publicitario “Con B de Brahma” emitido por AMBEV y QUÓRUM infringió el principio de legalidad contenido en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo N° 1044?

El principio de legalidad se encuentra regulado en el artículo 17 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, cuyo objetivo es asegurar que los anunciantes cumplan las normas imperativas del sistema jurídico que resultan aplicables a la actividad publicitaria. Tal como se establece en el artículo 17.2, constituyen una inobservancia o infracción al principio de legalidad “el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.” Asimismo, en el artículo 17.3 se establece una lista enunciativa de actos que, sin estar regulados necesariamente en una norma sectorial, constituyen una vulneración al principio de legalidad, como por ejemplo omitir advertencias sobre productos peligrosos, no presentar el precio total de los productos, entre otros.

Tal como hemos indicado en los antecedentes de este caso, en la denuncia presentada por DEMUS, se alega que AMBEV y QUÓRUM habrían infringido el principio de legalidad al difundir un anuncio publicitario que era vulneratorio de derechos fundamentales contenidos en la Constitución y en tratados internacionales (como la CEDAW y la Convención Belém do Pará), bajo el entendido que las normas con rango constitucional se encuentran dentro del alcance del artículo 17.1 del Decreto Legislativo N° 1044.

La Sala, por su parte, tiene una interpretación contraria respecto del alcance del principio de legalidad en este caso: en el considerando 12 señala que constituyen ejemplos de las normas imperativas sectoriales que regulan la actividad publicitaria la Ley General de Salud, el Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, el Reglamento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas a operar con recursos del público, entre otras. En esa línea, en esta resolución la Sala tiene una línea interpretativa restrictiva del artículo 17.1, que sigue la tendencia que tiene tanto el INDECOPI como la mayor parte de la doctrina: el principio de legalidad

sólo se vulnera cuando no se cumplen con los preceptos contenidos en las normas aplicables específicamente a la publicidad.

Tomando en consideración el conflicto existente entre la interpretación de este artículo por parte de la Sala y la postura de DEMUS, corresponde analizar el siguiente problema jurídico secundario:

6.2.1. ¿La Constitución y los Tratados Internacionales se consideran normas aplicables a la actividad publicitaria y, por lo tanto, constituye su vulneración una infracción al principio de legalidad?

La doctrina mayoritaria comparte la postura adoptada por la Sala respecto del alcance del principio de legalidad. Los autores Aramayo, Gagliuffi, Maguiña, Rodas, Sosa y Stucchi (2013) se han pronunciado sobre el principio de legalidad al señalar que:

(...) este principio recoge una serie de disposiciones sectoriales que, por remisión normativa, establecen obligaciones respecto del contenido, difusión o alcance de la publicidad de dicho sector. En su mayoría, las disposiciones se encuentran dirigidas a no omitir cierta información o a restringir el alcance, como en el caso de los productos farmacéuticos de venta bajo receta médica (p. 50).

Asimismo, dichos autores también señalan que el objetivo de dicha disposición es que los agentes económicos tengan en cuenta que existen regulaciones adicionales al Decreto Legislativo N° 1044, que deben ser respetadas en los anuncios publicitarios de determinados bienes o servicios. “Así, esta disposición funciona como una suerte de cláusula general para la aplicación de toda norma jurídica o sectorial aplicable a la difusión de sus anuncios.” (ARAMAYO, p. 113).

La importancia de este artículo recae sobre el hecho que existen algunos productos para los cuales se exigen requisitos especiales para poder ser difundidos al público a través de anuncios publicitarios. Por lo tanto, lo que se busca con el principio de legalidad es evitar que los anunciantes incumplan o ignoren los requisitos referidos a la publicidad de sectores en particular como pueden ser el sector de salud, financiero, alimenticio, entre otros. Por ejemplo, la Ley N° 28681 establece que la publicidad de bebidas alcohólicas

siempre debe contener la frase “TOMAR BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EXCESO ES DAÑINO”, que precisamente es incluida en el anuncio “Con B de Brahma” en el segundo 0:20 del mismo, ya que se estaba promocionando la venta de una cerveza.

En atención a ello, sólo sería contrario al principio de legalidad los actos que omitan alguno de los requisitos de publicidad contenidos en normas sectoriales, y no los actos que vulneren cualquier precepto del ordenamiento jurídico.

En atención a lo expuesto, podemos llegar a una conclusión: tal como establece la Sala en la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI, la Constitución y los tratados internacionales, como son la CEDAW y la Convención de Belém do Pará, no se encuentran dentro del alcance del artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en tanto a través de dicho artículo se busca prohibir la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico aplicables específicamente a la actividad publicitaria. Por lo tanto, el hecho que a través del anuncio “Con B de Brahma” se evidencie una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, así como la dignidad de las mujeres (tal como ha sido demostrado en el acápite anterior), ello no implica que se haya vulnerado el principio de legalidad referido a la actividad publicitaria.

Por lo antes expuesto, me encuentro de acuerdo con la decisión adoptada por la Comisión y posteriormente confirmada por la Sala de desestimar la denuncia de DEMUS respecto de la vulneración del principio de legalidad publicitario. En esa línea, no resultaba indispensable que la Sala analice el contenido de la Constitución y los Tratados Internacionales invocados por DEMUS, pues se partió de la premisa de que las disposiciones normativas contenidas en los mismos, al no regular específicamente la actividad publicitaria, no podrían implicar una vulneración del principio de legalidad. Por tanto, la Comisión no habría incurrido en un vicio de motivación al no analizar a profundidad ese extremo de la denuncia de DEMUS.

Cabe precisar que la lógica seguida en el presente informe, de analizar primero la existencia de una vulneración de derechos fundamentales y posteriormente determinar el alcance del artículo 17.1 del Decreto Legislativo N° 1044 tiene un propósito estrictamente

académico y no implica que la Sala debió seguir el mismo hilo argumentativo en la resolución analizada.

Habiendo concluido que no hubo una infracción al principio de legalidad contenido en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo N° 1044, pasemos a analizar el siguiente problema jurídico.

6.3. ¿El anuncio publicitario “Con B de Brahma” emitido por AMBEV y QUÓRUM infringió el principio de adecuación social contenido en el artículo 18, inciso a) del Decreto Legislativo N° 1044?

Tal como se establece en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los actos contrarios al principio de adecuación social se configuran en dos situaciones: (i) cuando se difunde un mensaje publicitario que induzca a los destinatarios de dicho mensaje a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión económico o de cualquier otra índole; y (ii) cuando se difunde publicidad que tenga por efecto promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al anuncio, por lo que la difusión de este tipo de publicidad sólo está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y en radio o televisión dentro de un horario limitado (1:00 a 5:00 horas).

Es clave tomar en cuenta que el segundo tipo de actos contra el principio de adecuación social, referido a la difusión de contenido de carácter erótico, no resulta relevante para el presente caso, en la medida que la imputación contra AMBEV y QUÓRUM por el anuncio “Con B de Brahma” estaba enfocado en la infracción del inciso a) del mencionado artículo 18. Por lo tanto, el presente análisis se enfocará únicamente en dicho extremo.

Una vez aclarado ello, pasemos a responder el primero de los problemas secundarios identificados previamente, referido a las licencias publicitarias, cuya relevancia radica en el uso de este concepto por parte de la Sala para argumentar la falta de infracción del principio de adecuación social.

6.3.1. ¿El contenido del anuncio se encontraba dentro de los límites de las licencias publicitarias contempladas en el artículo 20 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal?

Uno de los argumentos principales utilizados por la Sala en la resolución materia del presente informe es que en el anuncio publicitario “Con B de Brahma” se evidenciaría el uso de una licencia publicitaria, de tono humorístico o exagerado, que no vulneraría los límites consagrados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, tal como se señala entre los considerandos 40 y 44. De esta forma, la Sala argumenta que no habría una infracción al principio de adecuación social, sino únicamente una licencia publicitaria.

Para entender la figura de licencia publicitaria, es clave repasar el ejercicio de la libertad de expresión empresarial en el marco de la actividad publicitaria, contemplado en el artículo 19 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En este se establece que:

Artículo 19.- Ejercicio de la libertad de expresión empresarial y sus límites.

19.1. El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú.

19.2. El ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú.

Este artículo busca proteger los derechos a la libertad de expresión y a la libertad de empresa, recogidos en el artículo 2º, inciso 4, y artículo 59º de la Constitución. En línea con ello, en el artículo 20º de la Ley de Represión de la Competencia Desleal se establece que está permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración en el ejercicio de la actividad publicitaria, en la medida que dichas libertades o licencias serían una manifestación de los derechos previamente señalados.

Sin embargo, estas licencias tienen límites. El autor Guzmán Napurí (2011) señala que “Los límites a dicho derecho se enfocan entonces en la norma materia de análisis (Ley de Represión de la Competencia Desleal) así como en la normativa sobre protección al consumidor” (p. 247). Así, las licencias publicitarias no pueden implicar la realización de actos de competencia desleal, tal como se señala en el artículo 20°, ni tampoco pueden afectar el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponden a los consumidores, tal como se señala en el artículo 19°.

Tal como hemos mencionado, la Sala considera que, a través del anuncio publicitario cuestionado, AMBEV y QUÓRUM habrían hecho uso de una licencia publicitaria que no excede los límites contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es decir, no constituye ningún acto de competencia desleal ni afecta el derecho a la información de los consumidores. Es ahí donde podemos evidenciar una discrepancia entre nuestra postura y la emitida por la Sala, pues consideramos que en este caso el anuncio publicitario “Con B de Brahma” que mostraba escenas humorísticas y exageradas en torno a las mujeres sí incurre en un acto contrario a la competencia desleal, en la medida que vulnera el principio de adecuación social, tal como se sostiene en la denuncia presentada por DEMUS y como demostraremos más adelante. De esta forma, el anuncio publicitario “Con B de Brahma” no se encontraba dentro de los límites previstos en los artículos 19° y 20° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Ahora, respecto del principio de adecuación social, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial (2018) establecen lo siguiente:

(...) la ley ha establecido explícitamente que sólo cabe sancionar aquellos anuncios que induzcan a los consumidores a reproducir en la realidad un acto ilegal. (...) Se debe precisar que la ley no prohíbe la difusión de cualquier anuncio que contenga alguna secuencia que reproduce una escena ilegal u ofensiva, sino que, visto en su integridad, transmita un mensaje que incentive a una conducta ilegal en la vida cotidiana. (p. 53)

Así lo señaló la Sala en la Resolución también, concluyendo que al no evidenciarse un mensaje que incentive una conducta discriminatoria a través del anuncio no se vulneró el mencionado principio.

En atención a ello, resulta clave determinar si el anuncio “Con B de Brahma” podía inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación, como es la discriminación con motivo de género, pues sólo comprobando ello es que nos podríamos encontrar en un caso de vulneración al principio de adecuación social.

6.3.2. ¿El anuncio podía inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto de discriminación por motivo de género?

Como contexto para encontrar una respuesta a este asunto, es importante comprender el significado y objetivo del principio de adecuación social. Este principio se configura como un límite a la libertad de expresión de los agentes económicos en el marco de la actividad publicitaria. De esta forma, las empresas anunciantes que buscan promocionar sus productos o servicios al público a través de un anuncio publicitario, tendrán libertad de incluir las imágenes y frases que consideren idóneas para atraer a su público objetivo y convencerlos de adquirir el producto o servicio ofertado, incluso mensajes humorísticos, exagerados o fantasiosos, siempre que estos mensajes no sean contrarios al principio de adecuación social, vale decir, que induzca a los destinatarios de este mensaje a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa.

En los últimos años, el principio de adecuación social ha sufrido una evolución legislativa, pasando del poco claro artículo 3 contenido en el Decreto Legislativo 691 que prohibía los anuncios que indujeran a “actividades antisociales o criminales”, al actual artículo 18 citado líneas arriba. Al respecto, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044 (2008) se señala lo siguiente: “se propone, en atención a evitar restricciones a la libertad de expresión comercial, eliminar toda posibilidad de aplicar criterios de evaluación subjetivos en el enjuiciamiento de las conductas investigadas”. Asimismo, respecto del artículo 18 se señala que:

(...) el Decreto Legislativo 691 establecía prohibiciones similares en su artículo 3; sin embargo, estas adolecían de poca claridad y objetividad, pues tenían un componente significativamente estimativo y no estandarizado que complicaban su aplicación por parte de la autoridad competente. Dicha situación ha sido corregida en el Decreto Legislativo al establecer claramente que se prohíbe la publicidad que tenga por efecto inducir a la comisión, en la realidad, de actos ilegales, de discriminación y de ofensa, eliminando la referencia a “actos antisociales” y “criminales”.

Si bien es cierto que al comparar el artículo 3 del Decreto Legislativo 691 con el actual artículo 18 podemos evidenciar mayor claridad respecto de las conductas que se pretenden sancionar en materia publicitaria, la determinación de qué actos son efectivamente sancionables por vulnerar el principio de adecuación social aún es compleja y, en muchas ocasiones, puede conllevar a un análisis de carácter subjetivo, pues, finalmente, serán los funcionarios de INDECOPI quienes deberán determinar cuándo nos encontramos ante un anuncio publicitario que puede inducir a los destinatarios del mismo a cometer un acto ilegal o de discriminación (y que, por lo tanto, se ha infringido el principio) o, por el contrario, cuándo nos encontramos simplemente ante la presentación de una imagen donde se reproduce una escena ilícita o de carácter discriminatorio que, sin embargo, no induce a los consumidores a replicarla.

En la Resolución materia del presente informe, la Sala consideró que el mensaje que se transmitió a través del anuncio publicitario “Con B de Brahma” no era capaz de inducir a la realización de conductas discriminatorias contra la mujer en la realidad, pues se trataría de un anuncio con carácter humorístico o exagerado que no sería tomado en serio por los destinatarios del mensaje. Sin embargo, lo cierto es que el mensaje publicitario contenido en este anuncio sí podía inducir a los destinatarios del mismo a incurrir en una conducta discriminatoria por motivo de género contra las mujeres en sus vidas diarias, en la medida que perpetúa el estereotipo de que las mujeres tienen una posición subordinada a los hombres y son objeto de cosificación sexual. Por esto motivo, contrario a la conclusión a la que arribó la Sala, el anuncio publicitario “Con B de Brahma” sí habría infringido el principio de adecuación social.

Lamentablemente, la postura adoptada por la Sala, a través de la cual se desestima una denuncia por infracción del principio de adecuación social causado por un anuncio publicitario con imágenes que podrían inducir a conductas discriminatorias contra las mujeres, no es aislada. La Resolución 0716-2010/SC1-INDECOPI, materia del presente informe, es un ejemplo de una clara tendencia resolutive que siguió INDECOPI por muchos años al resolver casos en los que se alegaba discriminación de género en anuncios publicitarios.

La doctora Cristina Valega (2019), en su tesis para optar por el título de abogada, realiza una excelente labor de sistematización de 33 resoluciones emitidas por diferentes instancias de INDECOPI entre 1994 y el 2011, en las cuales se emiten opiniones respecto casos de anuncios publicitarios de carácter sexista, que estaban siendo denunciados por ser considerados discriminatorios contra las mujeres, invocando ya sea el Artículo 3 del derogado Decreto Legislativo 691 o, su evolución, el artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044. De las 33 resoluciones analizadas, el 87%, es decir, en 29 resoluciones, se declararon las denuncias infundadas, por no considerarse que contenían mensajes que podrían inducir a los receptores a cometer conductas antisociales (como se prohibía en el derogado artículo 3) o conductas de carácter discriminatorio (como se prohíbe actualmente en el artículo 18). Entre ellas se encuentran las Resoluciones 175-2010/CCD-INDECOPI y la Resolución 0716-2010/SC1-INDECOPI.

No es objeto del presente informe realizar un análisis de las 29 resoluciones a través de las cuales se declararon improcedentes las denuncias interpuestas. Sin embargo, de una simple revisión del contenido de los anuncios publicitarios cuestionados (entre los que destaca un anuncio publicitario de Cristal de 1994 mostrando mujeres semidesnudas en la playa con la frase “Alégrate. Estas imágenes te van a gustar”) podemos evidenciar que todos presentan imágenes donde se cosifica a la mujer como un objeto sexual, al igual que en el anuncio publicitario “Con B de Brahma”. Me atrevo a decir que si la evaluación de estos anuncios se fuera a realizar por alguna instancia de INDECOPI el día de hoy, se estimaría que muchos de los mensajes publicitarios contenidos en los mismos infringen el principio de adecuación social, incluyendo el anuncio publicitario materia de este informe.

Nuestra postura es que las imágenes mostradas en el anuncio “Con B de Brahma” sí son capaces de inducir a los destinatarios de la publicidad a cometer un acto de discriminación por motivo de género contra las mujeres. Es innegable que las escenas de la publicidad, descritas al inicio de este informe, evidencian una cosificación de las mujeres, a través de la presentación de las modelos o actrices en un contexto con connotación sexual con el objetivo de generar la venta de la cerveza Brahma.

La presentación de las mujeres en el anuncio publicitario normaliza y muestra como aceptables conductas discriminatorias y ofensivas de los hombres hacia las mujeres, como por ejemplo que en una reunión de trabajo el foco de atención esté dirigido hacia los senos de una mujer o que cuando un hombre abre la puerta de su casa podrá encontrar a una mujer semi desnuda esperándolo. Incluso en una de las escenas se muestra una situación de acoso sexual, en la cual 3 hombres estarían espiando con binoculares a una mujer que se está quitando la ropa, evidentemente sin su consentimiento.

En este punto es muy importante resaltar que el análisis realizado de este anuncio en el presente informe tiene por objeto demostrar la potencialidad de poder inducir a hombres que lo visualizan a incurrir en conductas discriminatorias u ofensivas hacia las mujeres por motivo de género. No es, pues, el ejercicio que se esperaría que los consumidores o televidentes realicen del anuncio publicitario que ven, ni tampoco el criterio que se establece en la ley para interpretar los anuncios publicitarios. Tal como se señala en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, cuando la autoridad evalúa las publicidades, lo hace partiendo de la premisa de que el destinatario realizará un análisis integral y superficial del anuncio que percibe. Vale decir, un análisis que considera todos los elementos que están contenidos en el anuncio (integral) y que se realiza sin detenerse a observar cada detalle del mismo (superficial) en la medida que se asume que el anuncio se ve de manera rápida, como en este caso, que el anuncio fue difundido en la televisión.

Sin perjuicio de ello, consideramos que incluso realizando un análisis integral y superficial del anuncio “Con B de Brahma” podemos llegar a la misma conclusión: la forma denigratoria como son presentadas las mujeres en el anuncio puede inducir a cometer actos de discriminación u ofensa contra las mujeres. Ello, en tanto el mensaje subliminal de este anuncio publicitario es claro: las mujeres se reducen a ser objeto de

atracción sexual a los ojos de los hombres, quienes son presentados con instintos casi animales (babean por las mujeres y las espían sin su consentimiento).

Es evidente que nos encontramos ante una publicidad con carácter sexista. La autora Roxana Favero (1996) define la publicidad sexista como “una utilización burda de la sexualidad [de la mujer] y de su cuerpo ubicándola en una situación de inferioridad, llegándosele a identificar como un producto de consumo y asumiendo en muchos casos roles estereotipados”.

Si bien es cierto, tal como hemos señalado líneas arriba, que la tendencia resolutive por parte de INDECOPI ha sido no sancionar las publicidades sexistas, quisiera rescatar un caso del año 2006, resuelto por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal a través de la Resolución 163-2006/CCD-INDECOPI, que presenta rasgos similares al anuncio publicitario analizado en el presente informe. Me refiero al caso originado por la imputación de oficio de la Comisión contra Directv Perú S.R.L. por presunta infracción del principio de legalidad contemplado en el artículo 3 del entonces vigente Decreto Legislativo N° 691, en virtud de un anuncio contenido en un panel publicitario del canal de televisión FX. En este anuncio se leía la frase “Te espero en casa” al lado de parte de la figura de una mujer en ropa interior.

Las conclusiones a las que llegó la Comisión en este caso fueron: (i) que se estaba presentando el cuerpo femenino de manera diferente que el masculino, “pues el primero es presentado como símbolo u objeto de atracción para los hombres” (p. 6), (ii) que era injustificada y excesiva la forma como se había presentado el cuerpo femenino en el panel (mostrándose únicamente las caderas y nalgas de la mujer y (iii) que todo ello transmitía un mensaje de subordinación de la mujer respecto del hombre, así como una actitud de sometimiento, lo que provocaría:

(...) un efecto negativo sobre las mujeres en general, pues ello podría favorecer algún tipo de discriminación u ofensa sexual respecto de las mujeres, fomentando patrones estereotipados que las colocan en situaciones de subordinación frente a la satisfacción erótica de los hombres (p. 6) (El subrayado es nuestro).

Adicionalmente, la Comisión precisa cómo se deben entender los conceptos contenidos en el artículo 3 invocado:

(...) se debe considerar que “favorecer” se entiende en el contexto del artículo 3 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor como “apoyar un intento, empresa u opinión”; “discriminar” se entiende como “dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc”; y, “ofender” se interpreta como “humillar o herir el amor propio o la dignidad de alguien, o ponerlo en evidencia con palabras o con hechos (p. 7).

En atención a lo señalado, la Comisión estimó que el anuncio de FX es capaz de:

(...) desarrollar, incrementar o contribuir a perpetuar una consideración social indebida y no deseada por el ordenamiento constitucional, que se refiere a estimar u opinar que la mujer, una parte de su cuerpo o la totalidad del mismo, se encuentran subordinados a la satisfacción erótica masculina (p. 7)

En atención a ello, se concluye que el anuncio sí habría infringido el principio de legalidad contenido en el artículo 3.

Al respecto, podemos evidenciar que la Comisión usó un criterio que atiende a la perspectiva de género que ha tomado tanta importancia en los últimos años a nivel doctrinal. Debemos reconocer de manera positiva el enfoque usado por la Comisión para resolver este caso, sobre todo considerando que esta decisión fue emitida en el año 2006, y al mismo tiempo rechazar que este criterio no se haya vuelto a repetir en ninguna de las sentencias emitidas por INDECOPI desde entonces.

Considero que los mismos argumentos utilizados por la Comisión en el 2006 podrían resultar aplicables para resolver el caso del anuncio “Con B de Brahma”, en la medida que los anuncios, a pesar de ser distintos en forma y contenido, comparten algo en común: ambos muestran los cuerpos de las mujeres de forma exagerada y denigrante, en una situación de subordinación o disposición frente a los hombres. De esta forma, siguiendo los argumentos de la Comisión en la resolución mencionada, en el anuncio “Con B de Brahma” también evidenciamos que (i) el cuerpo de las mujeres es presentado como un

objeto de atracción para los hombres, (ii) que en las escenas en las que se muestran los cuerpos de mujeres, estos son exhibidos de una forma exagerada (que, además, nada tiene que ver con el producto que se está buscando promocionar en el anuncio) y (iii) que se transmite un mensaje de subordinación de las mujeres frente a los hombres, enfocada en la satisfacción erótica de estos últimos.

En esa línea, tal como señala la Comisión, esa representación de las mujeres puede (siguiendo la terminología del artículo 18 vigente) inducir a los destinatarios de los mensajes publicitarios a cometer un acto de discriminación de género en contra de las mujeres, al replicar los comportamientos o escenas mostrados en los anuncios, que terminan normalizándose para el público en general.

Adicionalmente, resulta pertinente hacer mención a un caso más reciente, resuelto por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal en el 2019, a través de la Resolución 107-2019/CCD-INDECOPI, que es el caso de los colchones Drimer. Si bien la denuncia interpuesta de oficio por la Secretaría Técnica en contra de Saga Falabella S.A y Circus Grey Perú S.A.C. partía de la premisa de un acto de discriminación por motivo de raza, también se alegó la infracción del principio de adecuación social, y por tanto resulta clave para propósitos del presente informe.

En su argumentación, la Comisión reconoce algo muy relevante:

(...) los actos de discriminación no necesariamente se pueden expresar en actitudes violentas o evidentes, sino que se pueden exteriorizar en pequeñas actitudes cotidianas o en prejuicios e ideas pre establecidas, contribuyendo a perennizar una situación de racismo soterrado o escondido, lo que lo hace más dañino y permanente, por lo que dichos esquemas mentales deben ser desterrados de nuestra sociedad, siendo la publicidad una herramienta de vital importancia para lograr dicho fin. (pag. 25)

Si bien mediante dicho pronunciamiento la Comisión se estaba refiriendo a discriminación racial, considero que la misma lógica resulta aplicable a la discriminación por motivos de género. En atención a ello, el refuerzo de un estereotipo de género negativo, como se evidencia a través de la publicidad “Con B de Brahma” ya podría ser

considerado como un acto de discriminación al que son inducidos los destinatarios de dicho mensaje publicitario, tal como se establece en el artículo 18, inciso a).

En atención a lo desarrollado, y tomando en cuenta el criterio adoptado por INDECOPI en dos casos con características similares, podemos concluir lo siguiente: el anuncio publicitario “Con B de Brahma” sí podía inducir a los destinatarios a cometer un acto de discriminación por género, por lo cual se configuraría una vulneración al principio de adecuación social contenido en el artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En esa línea, de acuerdo a lo desarrollado en el acápite anterior, no se podría afirmar (como equivocadamente lo hizo la Sala) que el anuncio “Con B de Brahma” constituye una licencia publicitaria, en la medida que hemos podido verificar que sí estamos ante un acto de competencia desleal por vulneración del principio de adecuación social, por lo que el humor, fantasía o exageración usados en el spot publicitario excederían los límites contemplados en el artículo 20 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

6.4. ¿Cuál era la sanción que correspondía aplicar a AMBEV y QUÓRUM?

Hasta este punto hemos comprobado (i) que el anuncio “Con B de Brahma” no infringió el principio de legalidad contemplado en el artículo 17.1, pues no se vulneró ninguna norma del ordenamiento jurídico aplicable a la actividad publicitaria, y (ii) contrario a lo concluido por la Comisión y la Sala, el anuncio difundido por AMBEV y QUÓRUM infringió el principio de adecuación social contemplado en el artículo 18, inciso a), por inducir a los destinatarios a cometer actos de discriminación en contra de las mujeres. Por lo tanto, resulta pertinente realizar el análisis de graduación de la sanción por infracción al principio de adecuación social, que hubiera sido realizada por la Sala de haberse considerado vulnerado dicho principio.

El análisis de la graduación de la sanción corresponde ser realizada tanto para AMBEV como para QUÓRUM, en su calidad de agencia publicitaria, dado que la denuncia presentada por DEMUS así como la imputación de la Secretaría Técnica estuvo dirigida a ambas empresas. Es clave tomar en cuenta que el inciso a) del artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1044 establece que se entiende por agencia publicitaria “a toda persona, natural o jurídica, que brinde servicios de diseño, confección, organización y/o ejecución

de anuncios y otras prestaciones publicitarias”. QUÓRUM, por lo tanto, encaja con la definición de agencia publicitaria contenida en la norma, en la medida que fue contratada por AMBEV para diseñar y ejecutar el anuncio “Con B de Brahma”.

Para determinar la sanción aplicable tomaremos en cuenta lo señalado en los artículos 52 y 53 del Decreto Legislativo N° 1044, así como las sanciones impuestas a otros agentes económicos por vulnerar los mismos principios en otras resoluciones de INDECOPI.

En el artículo 53 del Decreto Legislativo N° 1044 se establecen una serie de criterios para determinar la gravedad de la infracción cometida y en base a ello, poder graduar la sanción tomando en cuenta los parámetros establecidos en el artículo 52. Al respecto, hay dos criterios del artículo 53 que son claves en este caso: (i) la dimensión del mercado afectado y (ii) el efecto del acto de competencia desleal sobre los consumidores o usuarios. Este fue un anuncio publicitario difundido mediante televisión nacional, por lo que la dimensión del mercado afectado con este acto contrario a la Ley de Represión de la Competencia Desleal es amplia, por el alcance que tuvo dicho anuncio a nivel nacional.

Por otro lado, como ha sido demostrado en el presente informe, el anuncio “Con B de Brahma” genera un efecto nocivo, pues los usuarios o receptores del mensaje publicitario son inducidos a cometer actos de discriminación en contra de las mujeres y, adicionalmente, el contenido mostrado en el anuncio vulnera derechos constitucionales como la igualdad y no discriminación y la dignidad de las mujeres. Por lo tanto, el efecto de este anuncio es bastante perjudicial.

En atención a lo señalado, se podría llegar a argumentar que correspondería que la infracción sea calificada como grave. Sin embargo, considero que debemos tomar en cuenta el principio de confianza legítima. Este principio, tal como ha señalado Rodríguez Arana (2013), se deriva del principio de la seguridad jurídica y busca asegurar que la actuación de la administración pública sea previsible y mantenga congruencia respecto de decisiones u opiniones emitidas con anterioridad (p. 68).

Tal como hemos señalado en el acápite anterior, entre 1998 y 2011, el 87% de las resoluciones sobre casos en los que se imputaban anuncios con carácter sexista fueron resueltas favoreciendo a las empresas anunciantes, al no sancionar los anuncios que

mostraban de forma denigratoria a las mujeres. Algunos ejemplos donde podemos evidenciar esta tendencia del INDECOPI son: Resolución 205-2007/CCD-INDECOPI, 1557-2008/TDC-INDECOPI, 210-2007/CCD-INDECOPI, 185-2008/CCD-INDECOPI, 198-2008/CCD-INDECOPI. Incluso esta última Resolución resolvió una denuncia presentada en contra de AMBEV por otro anuncio publicitario difundido por la misma empresa por infracción al artículo 3 del Decreto Legislativo 1044, que tanto en primera como en segunda instancia fue declarada infundada por la autoridad. Por lo tanto, según el principio de confianza legítima, AMBEV y QUÓRUM en el año 2009 podrían haber asumido que INDECOPI no iba a sancionarlos por el anuncio publicitario “Con B de Brahma” pues el contenido mostrado era “aceptado” por la autoridad.

Lo que se propone en el presente informe es que la Sala, en el año 2011, debió declarar la infracción del principio de adecuación social, pues las escenas contenidas en el anuncio “Con B de Brahma” podían inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer actos de discriminación en contra de las mujeres por motivo de sexo o género. De haber seguido esta línea argumentativa y de haber arribado a la misma conclusión propuesta en este informe, la motivación de la Sala se estaría apartando de la tendencia del INDECOPI de no sancionar las publicidades sexistas. Así, considero que lo razonable sería que la sanción que se imponga se gradúe tomando en consideración este contexto en el cual se emitió el anuncio publicitario “Con B de Brahma”.

En atención a lo expuesto, propongo que la sanción que se imponga a AMBEV y a QUÓRUM sea equivalente a 20 Unidades Impositivas Tributarias (UITs), respectivamente. Para ello, se está tomando como referencia la Resolución N° 107-2019/CCD-INDECOPI en la que se sancionó con dicho monto a la empresa Saga Falabella S.A. y a la agencia publicitaria Circus Grey Perú S.A.C. por infracción al principio de adecuación social del inciso a) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044.

Finalmente, de forma complementaria a las sanciones que debieron ser impuestas a ambas empresas, lo correcto hubiera sido que la Sala dicte como medida correctiva (i) el cese del anuncio publicitario, en caso este siguiera en circulación, y (ii) la publicación de la resolución condenatoria para que los agentes económicos del mercado tomen

conocimiento de la misma y los disuade de difundir anuncios publicitarios sexistas que sean contrarios al principio de adecuación social.

7. Conclusiones

En atención a lo desarrollado en el presente informe, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- I. La actividad publicitaria es una herramienta esencial para los agentes del mercado. A través de la publicidad, los ofertantes de determinado producto o servicio pueden transmitir a los consumidores las características del mismo, sus beneficios, entre otra información que consideren importante, con el principal objetivo de aumentar la demanda del público e incrementar sus ventas.
- II. Las empresas deben tener libertad de escoger la estrategia publicitaria que consideran que es idónea para lograr persuadir a los consumidores, lo que incluye escoger el medio de comunicación, el mensaje publicitario, las imágenes mostradas, etc. Esta libertad se deriva de los derechos constitucionales de libertad de expresión, libertad empresarial y libre iniciativa privada.
- III. Sin perjuicio de ello, la actividad publicitaria tiene límites previstos en nuestro ordenamiento jurídico, que buscan proteger al mercado, a los consumidores y a los propios agentes económicos. Por lo tanto, en el ejercicio de sus derechos, los anunciantes deben actuar respetando dichos límites, pues de lo contrario se configuran actos de competencia desleal (si se infringe el Decreto Legislativo N° 1044) o afectaciones a los derechos de los consumidores (si se infringe el Código de Protección y Defensa del Consumidor), ambos bajo la protección del INDECOPI.
- IV. En el presente caso DEMUS alegó que a través de la difusión del anuncio publicitario “Con B de Brahma”, AMBEV y QUÓRUM habían incurrido en un acto de competencia desleal, por vulnerar dos principios contenidos en el Decreto Legislativo N° 1044: el principio de legalidad (artículo 17.1) y el principio de adecuación social (artículo 18, inciso a), tal como ha sido desarrollado.
- V. En este informe se han intentado demostrar que a través del anuncio cuestionado sí se afectaron derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad y no discriminación y la dignidad, al transmitirse un mensaje de inferioridad de las mujeres frente a los hombres, debido a la forma como son presentadas en el anuncio:

como objetos a disposición de los hombres. A pesar de ello, nos encontramos de acuerdo con la decisión adoptada por la Comisión y por la Sala en el presente caso, en el extremo de considerar que no podría haber una vulneración del principio de legalidad pues las normas infringidas mediante el anuncio fueron la Constitución y Tratados Internacionales, que están fuera del alcance del artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1044.

VI. Respecto del otro extremo de la denuncia interpuesta por DEMUS, nos encontramos en desacuerdo con la opinión emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1. La Sala se equivocó al no reconocer la infracción del principio de adecuación social, pues era evidente que el anuncio “Con B de Brahama” refuerza estereotipos de género negativos, que pueden llevar a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer actos de discriminación en contra de las mujeres.

VII. Finalmente, es clave reconocer que la publicidad es una herramienta que puede ayudar a erradicar o perpetuar ideas preconcebidas o preestablecidas sobre conjuntos sociales, como por ejemplo el estereotipo de que las mujeres somos inferiores a los hombres. Esta percepción de la posición de la mujer en nuestra sociedad explica muchos de los actos de violencia e incluso femicidios que se cometen en nuestro país con una frecuencia preocupante. El rol de INDECOPI, por tanto, se torna fundamental en un contexto como el nuestro, pues a través de la fiscalización y sanción de anuncios publicitarios con carácter sexista que contrarían el principio de adecuación social contenido en el Decreto Legislativo N° 1044, se contribuye de manera positiva a la erradicación de los prejuicio o estereotipos contra las mujeres.

8. Recomendaciones

Sobre la tipicidad del principio de adecuación social contenido en el Decreto Legislativo N° 1044

Tal como hemos mencionado en este informe, el inciso a) del artículo 18 del Decreto Legislativo N° 1044 proscribe la difusión de publicidad “**que tenga por efecto** inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

A diferencia de la mayoría de actos de competencia desleal contenidos en la Ley de Represión de Competencia Desleal, en los que se sanciona por la sola potencialidad del daño (vale decir, actos cuyo efecto sea “real o potencial”), en el caso del principio de adecuación social, el legislador estableció simplemente que se genere el efecto contenido en el inciso a) como también en el inciso b), sin especificar si debe ser real o potencial.

En el segundo inciso del artículo, en el que se prohíbe la promoción de servicios de contenido erótico a niños, sí tiene sentido que se tenga que verificar que efectivamente se esté difundiendo un anuncio con contenido erótico fuera de las horas permitidas y en prensa que no sea exclusivamente para adultos, vale decir, que se verifique el efecto real, pues de lo contrario no se configuraría el acto desleal.

Sin embargo, considero que en el inciso a) del artículo 18, no se debe exigir que se compruebe el efecto real, pues ello implicaría comprobar que alguien ha cometido un acto ilegal, de discriminación u ofensa como resultado de haber visto determinada publicidad que lo indujo a cometer dicho acto. Debemos tomar en cuenta que son múltiples los factores que pueden influir o guiar el comportamiento de las personas, y es muy difícil de determinar exactamente qué experiencia indujo a alguien a comportarse de cierta forma, pues la motivación se encuentra en un plano subjetivo y dependerá de las creencias y pensamientos de cada ser humano. En la mayoría de los casos, sería imposible lograr concluir con certeza que un acto de discriminación se produjo luego de que el sujeto que lo cometió se vio inducido por un anuncio publicitario, sobre todo si tomamos en cuenta la cantidad de anuncios a los que estamos expuestos en el día a día a través de medios físicos como digitales. De requerirse que se compruebe un efecto real, la aplicación del artículo 18 inciso a) sería prácticamente inexistente.

En atención a lo expuesto, considero que el INDECOPI debería aclarar que dicho artículo busca prohibir anuncios que potencialmente puedan inducir a los destinatarios a cometer actos ilegales, de discriminación u ofensa y que no es necesario que se compruebe el efecto real.

Sobre el rol de INDECOPI para erradicar la publicidad sexista

Cabe reconocer que la Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI es el último caso que ha sido conocido por la autoridad en materia de publicidad que refuerza estereotipos de género, sancionable por vulneración del principio de adecuación social. Ello no quiere decir que en los últimos 10 años no haya habido publicidad sexista en nuestro país, sino que simplemente nadie la ha denunciado ni la Secretaría Técnica de la Comisión Fiscalización de la Competencia Desleal ha iniciado de oficio una investigación que haya llevado a trasladar una denuncia a la Comisión.

Definitivamente sí se han difundido anuncios con carácter sexista en los últimos 10 años. Por nombrar un ejemplo, en el 2015 la empresa Ladrillos Lark difundió un anuncio a través de una valla en una vía pública, en la que se veía a una mujer en bikini, presentada como un objeto al lado de una torre de ladrillos. Este anuncio recibió críticas del público, pero ningún tipo de sanción por parte de INDECOPI.

Cabe precisar que no sugiero que se cree una regulación específica para la publicidad con carácter sexista, ya que ese tipo de anuncios pueden ser sancionados con la normativa vigente, pues se encuentran dentro del ámbito de aplicación del principio de adecuación social, tal como hemos demostrado en este informe. Considero que sería conveniente que INDECOPI esté atento a la difusión de estos anuncios, sobre todo por parte de empresas que típicamente han recurrido a esa forma de publicidad para persuadir a los consumidores, e interponga denuncias de oficio cuándo corresponda.

Al respecto, aplaudo el estudio sobre estereotipos de género realizado por INDECOPI, en colaboración con el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, presentado en diciembre del 2020, titulado “Diagnóstico sobre los Estereotipos de Género en el Consumo en la Publicidad en el Perú”, que denota la importancia que está comenzando a dar la autoridad a este tema, y que a la vez transmite un mensaje de advertencia a los anunciantes, quienes deben cuidar el contenido que incluyen en sus publicidades.

Sobre el rol de los consumidores y el mercado

Finalmente, es importante pronunciarnos sobre el rol que debe jugar la ciudadanía o consumidores en el mercado para ayudar a erradicar la publicidad sexista. Hay algo

positivo que debemos reconocer: si el anuncio “Con B de Brahama” fuese emitido en la actualidad, sería objeto de fuertes críticas y reclamos en las redes sociales, que probablemente hubieran resultado en que las empresas responsables retiraran el anuncio del aire, tal como sucedió con el caso de los colchones Drimer. Así, las redes sociales actúan como una herramienta poderosa para que los ciudadanos se empoderen y sean vigilantes de anuncios que son discriminatorios y afectan a la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo siguiente: (i) en el 2009, año en el que AMBEV y QUÓRUM difundieron el anuncio, no había el nivel de conexión y usabilidad de redes sociales que permitiera que los consumidores actúen como “fiscalizadores” de ese tipo de contenido, por lo que el rol de INDECOPI era incluso más relevante; y (ii) incluso cuando los consumidores, a través de la presión mediática, son capaces de lograr que las empresas retiren anuncios discriminatorios, la potestad sancionadora del INDECOPI no debe desaparecer: es importante que la autoridad se pronuncie sobre ese tipo de anuncios y aplique sanciones cuando corresponda, que finalmente actuarán como disuasivos para otras empresas que se cuidarán de no incluir contenido contrario al principio de adecuación social en sus anuncios, evitándose el deterioro de la actividad publicitaria.

9. Referencias bibliográficas

Aramayo, A, Gagliuffi, I., Maguiña, R., Rodas, C. Sosa, A. y Stucchi, P. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutorios*. INDECOPI. https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Arana, J. (2013). El principio general de confianza legítima. *Ciencia Jurídica*, 4. 59-70.

Baylos, H. (2009) *Tratado de derecho industrial*. Civitas,

Cañete, R., y Fernández, N. (2021). Derechos humanos y publicidad sexista: una alternativa de tutela legal desde la Ley N°19.496 que establece normas sobre protección a los derechos de los consumidores. *Revista Justicia & Derecho*, 4(1), 1-12. <https://doi.org/10.32457/rjyd.v4i1.498>

CNN Latinoamérica (2019). *Perú alcanza cifra récord en feminicidios en una década*. <https://cnnespanol.cnn.com/2019/12/30/peru-alcanza-cifra-record-en-feminicidios-en-una-decada-estos-son-los-indices-de-feminicidios-en-america-latina-en-2019/>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,
3 de setiembre, 1981,
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la
Mujer, 3 de junio, 1994, <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Expediente N° 0261-2003-AA/TC (2003, 26 de marzo) Tribunal Constitucional del Perú.
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00261-2003-AA.pdf>

Expediente N° 3533-2003-AA/TC (2004, 12 de octubre). Tribunal Constitucional del
Perú. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/03533-2003-AA.html>

Expediente N° 0047-2004-AI/TC (2006, 24 de abril). Tribunal Constitucional del Perú.
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00047-2004-AI.html>

Favero, R. (1996). *Publicidad sexista: ¿en busca de un marco legal?* Revista
ContraTexto, 10.

González, A. y Torrado, E. (2019). Cosificación y mercantilización de las mujeres: las
tecnologías como instrumentos de violencia. *Sociología y Tecnociencia*, 9, 1. 1-8.

Guzmán, C. (2011). *Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú.
Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044.* *Revista de Derecho Administrativo*,
10 (2). 245-257.

INDECOPI (2019). *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad.*

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2018). *Encuesta Nacional de Hogares.*

Kemelmajer De Carlucci, A. (1996). *La publicidad y los consumidores en el fin de siglo.*
Gaceta Jurídica.

Landa, C. (2000). Dignidad de la persona humana. *Ius El Veritas*, 21. 10-25.

Resolución 0761-2011/SC1-INDECOPI (2011, 4 de abril). Tribunal de Defensa de la
Competencia y de la Propiedad Intelectual.
https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam

Resolución 107-2019/CCD-INDECOPI (2019, 2 de julio). Tribunal de Defensa de la
Competencia y de la Propiedad Intelectual. https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/07/Resolucion-107-2019-CCD-Indecopi-Legis.pe_.pdf?fbclid=IwAR0S02R5iD3pO45c7N7HxwJRx-dYPSgoBm9qQwSVT1xReT8Wfd3Jx24cAAQ

Resolución 163-2006/CCD-INDECOPI (2006, 18 de octubre). Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. <https://www.consumidor.gob.pe/documents/20182/143803/163-2006.pdf>

Rubio, C. (2009). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho (10)*. Fondo Editorial PUCP.

Valega, C. (2020). *Diagnóstico sobre los estereotipos de género en el consumo y en la publicidad en el Perú*. Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Valega, C. (2019). *¿Des-estereotipando el derecho?: análisis de la interpretación de la regulación de la publicidad comercial realizada por el Indecopi en casos de publicidad cuestionada por contener estereotipos de género considerados discriminatorios contra las mujeres*. [Tesis para optar por el título de Abogada, Pontificia Universidad Católica del Perú].



PROCEDENCIA : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA
DESLEAL

DENUNCIANTE : DEMUS - ESTUDIO PARA LA DEFENSA DE LOS
DERECHOS DE LA MUJER

DENUNCIADAS : COMPAÑÍA CERVECERA AMBEV PERÚ S.A.C.
GRUPO Q COMUNICACIONES S.A.

MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE LEGALIDAD
PRINCIPIO DE ADECUACIÓN SOCIAL

ACTIVIDAD : COMERCIALIZACIÓN DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 175-2010/CCD-INDECOPI del 25 de agosto de 2010 que declaró improcedente la denuncia interpuesta por DEMUS - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer contra Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. y Grupo Q Comunicaciones S.A. por la presunta infracción al principio de legalidad publicitario, previsto en el artículo 17.1 del Decreto Legislativo 1044. Ello debido a que las normas imperativas que consagran el respeto a la dignidad de las personas y al derecho a la no discriminación no constituyen disposiciones imperativas sectoriales que regulan la actividad publicitaria y, por tanto, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Asimismo, se **CONFIRMA** la Resolución 175-2010/CCD-INDECOPI que declaró infundada la denuncia por la presunta infracción al principio de adecuación social, previsto en el literal a) del artículo 18 del Decreto Legislativo 1044, toda vez que el anuncio "Con B de Brahma" no induce a los consumidores a cometer conductas ofensivas o discriminatorias que afecten la dignidad de la mujer.

Lima, 4 de abril de 2011

I. ANTECEDENTES

1. El 31 de diciembre de 2009, Demus – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (en adelante, Demus) denunció a Compañía Cervecera Ambev Perú S.A.C. (en adelante, Ambev) y Grupo Q Comunicaciones S.A. (en adelante, Grupo Q) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) por una presunta infracción al principio de legalidad y al principio de adecuación social, según lo previsto en los artículos 17.1 y 18 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), respectivamente.

2. En su denuncia, Demus señaló lo siguiente:
- (i) Ambev había difundido un anuncio televisivo promocionando la cerveza “Brahma”, denominado “Con B de Brahma”¹, en el que se exponía a la mujer de manera subordinada respecto de los varones, en la medida que era presentada como un objeto de satisfacción, atentando contra su imagen y dignidad;
 - (ii) el anuncio cuestionado contenía imágenes e información sobre las relaciones entre personas de sexo masculino y femenino, mostrando un trato desigual y discriminatorio hacia la mujer, en la medida que, de forma ofensiva, se reforzaba el estereotipo de la mujer como un objeto para incentivar el consumo de cerveza;
 - (iii) el principio de legalidad aludía a la exigencia de no contravenir el ordenamiento jurídico, a través de la difusión de anuncios publicitarios que atenten contra la dignidad de las personas (por considerarlas como objetos) y el derecho a la no discriminación, siendo que la publicidad cuestionada contravenía las siguientes normas: a) los artículos 1 y 2 de la Constitución Política del Perú; b) los artículos 1, 2 y el literal a) del artículo 5 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y, c) los artículos 1 y 6 de la Convención de Belém do Pará; y,
 - (iv) la publicidad cuestionada era potencialmente susceptible de inducir a sus destinatarios a la comisión de actos ilícitos, discriminatorios u ofensivos contra la mujer, atentando por ello contra el principio de adecuación social².
3. Mediante Resolución del 28 de enero de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia presentada por Demus contra Ambev y Grupo Q de acuerdo al siguiente detalle:
- (i) por la presunta infracción al principio de legalidad, según lo previsto en el artículo del 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en tanto el anuncio controvertido habría trasgredido normas constitucionales que protegen la dignidad de la persona humana y el derecho a no ser discriminado; y,

¹ La denunciante sostuvo que Grupo Q había sido la encargada de elaborar el anuncio, por lo que también resultaba responsable por los hechos cuestionados.

² Por dichas consideraciones, Demus solicitó a la Comisión que ordene a las denunciadas el cese de la difusión del anuncio cuestionado y el pago de las costas y los costos en los que incurra durante la tramitación del presente procedimiento.

- (ii) por la presunta infracción al principio de adecuación social contemplado en el artículo del 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pues el anuncio cuestionado sería susceptible de inducir a los destinatarios del mensaje a cometer un acto de discriminación u ofensa por motivo de sexo en contra de las mujeres.
4. Mediante Resolución 175-2010/CCD-INDECOPI del 25 de agosto de 2010, la Comisión:
- (i) declaró improcedente la denuncia en el extremo referido a la presunta infracción contra el principio de legalidad, por considerar que dicho principio constituía una norma de remisión que permitía supervisar el cumplimiento de las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico que regulan la actividad publicitaria. Sin embargo, las normas constitucionales y los tratados internacionales invocados por la denunciante consagraban principios y derechos fundamentales que no se aplicaban específicamente a la actividad publicitaria, por lo que no encajaban dentro del supuesto de hecho de la norma; y,
 - (ii) declaró infundada la denuncia en el extremo referido a la presunta infracción al principio de adecuación social, por considerar que la publicidad cuestionada no menoscababa los derechos de la mujer, ni impedía a la sociedad reconocer sus libertades fundamentales. Asimismo, tampoco era capaz de inducir a sus destinatarios a cometer actos de discriminación u ofensa contra la mujer o cualquier acto que atente contra su dignidad como seres humanos, en tanto no informaba que la mujer se encuentre en una situación de inferioridad.
5. El 14 de septiembre de 2010, Demus apeló la Resolución 175-2010/CCD-INDECOPI sobre la base de los siguientes argumentos:
- (i) los actos contrarios al principio de legalidad publicitario no se restringían a aquellos que vulneraban las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria, sino que también abarcaba los que contravenían los derechos fundamentales a la dignidad de la persona y a la no discriminación³;
 - (ii) la Comisión no analizó el contenido de cada una de las disposiciones aplicables al presente caso, limitándose a sostener que el anuncio cuestionado no vulneraba el principio de adecuación social al presentar

³ Sobre el particular, la denunciante precisó que el Tribunal Constitucional ha establecido, en calidad de precedente vinculante, que constituye deber de la administración pública preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente (Resolución 3741-2004-PA).

una serie de situaciones humorísticas, exageradas y que caricaturizaban actitudes del sexo masculino, lo que evidenciaba que la resolución apelada incurría en un vicio de motivación, por lo que debía declararse su nulidad;

- (iii) el anuncio en cuestión atentaba contra el principio de adecuación social toda vez que vulneraba la dignidad de las mujeres, así como derecho a la no discriminación por razón del sexo, contribuyendo a reforzar patrones estereotipados; y,
 - (iv) aunque el anuncio presentaba una situación de humor o exageración, ello no exoneraba a la Comisión de realizar un análisis desde el punto de vista de la dignidad.
6. El 10 de diciembre de 2010, Ambev presentó un escrito reiterando los siguientes argumentos expuestos oportunamente en sus descargos:
- (i) el anuncio cuestionado no contenía afirmaciones o imágenes que denoten alguna valoración negativa respecto de las mujeres ni que fomenten, incentiven o inciten comportamientos discriminatorios en contra de ellas, toda vez que el mismo se desarrollaba en un contexto evidentemente humorístico y fantasioso, a fin de transmitir la idea que, al igual que la cerveza “Brahma”, *“las cosas buenas de la vida empiezan con la letra B”*; y,
 - (ii) los personajes eran presentados en situaciones claramente irreales y en un contexto festivo y de humor, acorde con el mensaje de diversión que quería transmitir, lo que acreditaba que las diversas situaciones mostradas en la publicidad en cuestión no exponían un trato diferenciado en perjuicio de las mujeres, o situaciones en las que se buscaba denigrarlas o colocarlas en una posición de inferioridad respecto de los varones.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

7. La Sala considera que debe determinar lo siguiente:
- (i) si las denunciadas infringieron el principio de legalidad, según lo dispuesto en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal; y,
 - (ii) si las denunciadas infringieron el principio de adecuación social, según lo dispuesto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 De la presunta infracción al principio de legalidad publicitario

8. El artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece que los actos contrarios al principio de legalidad consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. Asimismo, el artículo 17.2 del referido cuerpo legislativo dispone que constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance⁴.
9. La Comisión declaró improcedente la denuncia en este extremo, por considerar que el principio de legalidad publicitario constituía una norma de remisión que permitía supervisar el cumplimiento de las disposiciones imperativas del ordenamiento jurídico que regulan la actividad publicitaria. Sin embargo, las normas constitucionales y los tratados internacionales invocados por la denunciante consagraban principios y derechos fundamentales que no se aplicaban específicamente a la actividad publicitaria, por lo que no encajaban dentro del supuesto de hecho de la norma.
10. En su apelación, la denunciada sostuvo que los actos contrarios al principio de legalidad publicitario no se restringían a aquellos que vulneraban las normas imperativas que regulan la actividad publicitaria, sino que también abarcaba los que contravenían los derechos fundamentales a la dignidad de la persona y a la no discriminación.
11. Como se aprecia del tenor del artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal constituye publicidad contraria al principio de legalidad aquella que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. En consecuencia, únicamente podrá ser susceptible de infringir el principio de legalidad, la publicidad difundida que infrinja las normas sectoriales que regulan el alcance, contenido y difusión de la actividad publicitaria.
12. Como ha sido establecido en anteriores pronunciamientos, constituyen ejemplos de normas imperativas sectoriales que regulan la actividad

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 17.- Actos contra el principio de legalidad.-**

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

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

publicitaria el artículo 71 de la Ley 26842 – Ley General de Salud⁵; la Décimo Cuarta Disposición Complementaria y Final del Decreto Supremo 010-97-SA – Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines⁶; el artículo 8 de la Resolución SBS 0540-99 – Reglamento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas a operar con recursos del público⁷, entre otras. En efecto, tales disposiciones establecen algunas de las reglas que todos los anuncios publicitarios de determinados productos y servicios deben cumplir.

13. Sin embargo, en el presente caso, si bien las normas imperativas que consagran el respeto a la dignidad de las personas y al derecho a la no discriminación forman parte del ordenamiento jurídico, no constituyen disposiciones sectoriales que regulen específicamente el contenido, difusión y alcance de la actividad publicitaria. Por tanto, no se encuentran dentro del ámbito de aplicación del artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Ello sin perjuicio de la posibilidad de cuestionar dichos supuestos actos contrarios a la Constitución ante el Poder Judicial.
14. Ciertamente, cabe traer a colación que, en virtud al principio de legalidad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas⁸. En ese sentido, y considerando sus competencias

⁵ **LEY 26842 - LEY GENERAL DE SALUD. Artículo 71.-** La promoción y publicidad de productos farmacéuticos autorizados para venta bajo receta médica, se encuentra restringida a los profesionales que los prescriben y dispensan. En el caso de tratarse de publicidad gráfica podrá hacerse únicamente a través de revistas especializadas, folletos, prospectos o cualquier otra forma impresa que contenga información técnica y científica. Por excepción, está permitida la difusión de anuncios de introducción y recordatorios dirigidos a los profesionales de los Cuerpos Médico y Farmacéutico a través de medios al alcance del público en general. El contenido de la información que se brinde está sujeta a la norma que la Autoridad de Salud de nivel nacional dicte sobre esta materia.

La información contenida en la publicidad de los productos farmacéuticos en general, debe arreglarse a lo autorizado en el Registro Sanitario. (subrayado agregado).
Ver Resolución 0085-2009/SC1-INDECOPI del 27 de enero de 2009.

⁶ **DECRETO SUPREMO 010-97-SA - REGLAMENTO PARA EL REGISTRO, CONTROL Y VIGILANCIA SANITARIA DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y AFINES.- Décimo Cuarta Disposición Complementaria y Final.-** La publicidad de productos autorizados para venta sin receta médica que aluda a las indicaciones terapéuticas o acción farmacológica del producto deberá necesariamente consignar o referirse a las principales advertencias y precauciones que deben observarse para su uso. (Subrayado agregado).
Ver Resolución 1234-2008/SDC-INDECOPI del 25 de junio de 2008.

⁷ **RESOLUCIÓN SBS 0540-99 – REGLAMENTO DE LAS COOPERATIVAS DE AHORRO Y CRÉDITO NO AUTORIZADAS A OPERAR CON RECURSOS DEL PÚBLICO. Artículo 8.- Transparencia.-** En la publicidad que efectúen las cooperativas sobre sus operaciones y servicios, deberán indicar claramente que no captan recursos del público y que los depósitos de los asociados no están cubiertos por el Fondo de Seguro de Depósitos. Asimismo, deberán observar las regulaciones que sobre la materia emita la Superintendencia. (Subrayado agregado).
Ver Resolución 0545-2011/SC1-INDECOPI del 2 de marzo de 2011.

⁸ **LEY 27444 – LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.- (...)**
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.-

expresamente conferidas por ley, la Comisión y la Sala no se encuentran facultadas para evaluar el eventual conflicto de un anuncio publicitario con normas generales que consagran derechos de los administrados, pero que no regulan específicamente la actividad publicitaria.

15. Lo expuesto no implica, sin embargo, que la autoridad administrativa carezca de potestades para evaluar el posible conflicto entre determinados mensajes publicitarios que puede propiciar conductas en contra de los derechos fundamentales de las personas pues, en efecto, la Ley de Represión de la Competencia Desleal ha contemplado expresamente dicha circunstancia, pero no en los términos del principio de legalidad sino del principio de adecuación social. Así, el artículo 18, literal a), del citado cuerpo normativo dispone que la publicidad no debe ser susceptible de inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal, de discriminación u ofensa, como se analizará a detalle en siguiente acápite.
16. Adicionalmente, Demus sostuvo que la Comisión no analizó el contenido de cada una de las disposiciones normativas invocadas, lo que evidenciaba que la resolución apelada incurría en un vicio de motivación, por lo que solicitó que se declare su nulidad.
17. Sobre el particular, debe precisarse que si bien la dignidad de las mujeres y la no discriminación por razón del sexo constituyen derechos contemplados en la Constitución Política del Perú, así como en diversos instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento, como ha sido señalado anteriormente, no constituye objeto de discusión en el presente procedimiento el análisis del contenido de cada una de dichas disposiciones. Ello toda vez que tales normas no regulan específicamente la actividad publicitaria; por lo que, en todo caso, correspondía a la Comisión verificar si el anuncio controvertido era susceptible de infringir el principio de adecuación social, en los términos del literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia desleal, mas no el ya mencionado principio de legalidad publicitario.
18. Por lo expuesto, y dado que no se ha encontrado un vicio en la motivación de la resolución impugnada, corresponde desestimar la solicitud de nulidad y confirmar el pronunciamiento de la Comisión en el extremo que declaró improcedente la denuncia presentada por Demus contra Ambev y Grupo Q por una presunta infracción al principio de legalidad publicitario, recogido en el artículo 17.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. (...).

III.2 De la presunta infracción al principio de adecuación social

III.2.1 Marco teórico aplicable

19. El artículo 2 inciso 4 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución) reconoce a la libertad de expresión⁹ como un derecho de naturaleza fundamental cuyo contenido esencial viene determinado por la garantía de toda persona para transmitir y difundir libremente sus ideas, opiniones o apreciaciones de naturaleza subjetiva¹⁰.
20. En ordenamientos comparados se ha considerado que la publicidad comercial constituye una manifestación del derecho constitucional a la libertad de expresión¹¹. Ello, en vista que la publicidad es una forma de expresión de naturaleza comercial mediante la cual el anunciante plasma en una comunicación pública una serie de aseveraciones y opiniones, con el objetivo de fomentar el consumo del producto o servicio anunciado.
21. El artículo 59 de la Constitución consagra también el derecho fundamental a la libertad de empresa¹², concepto de carácter general cuyo contenido esencial radica en la autonomía de la voluntad del agente para crear una

⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 2.- Declaración de derechos.**-Toda persona tiene derecho: (...) 4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral, o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley. (...)

¹⁰ El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente 0905-2001-PA/TC (Caja Rural de Ahorro y Crédito de San Martín contra Comunicación y Servicios S.R.Ltda.), ha manifestado en el fundamento jurídico 9 que: "(...) la libertad de expresión garantiza que las personas (individual o colectivamente consideradas) puedan transmitir y difundir libremente sus ideas, pensamientos, juicios de valor u opiniones, la libertad de información, en cambio, garantiza un complejo haz de libertades, que, conforme enuncia el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, comprende las libertades de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole verazmente".

Aún cuando ambos derechos se encuentran íntimamente vinculados y cuentan con un sustrato similar, tienen un tratamiento singularizado, derivado de la propia distinción que denota el artículo de la Constitución. Esta sutil diferenciación –oportunamente advertida por el Tribunal Constitucional–, trasladada al campo de la actividad publicitaria, permitiría distinguir entre anuncios que por su contenido objetivo importan una manifestación de la libertad informativa del anunciante, y anuncios que por expresar juicios subjetivos o meras opiniones calzan dentro de la libertad de expresión del agente económico.

¹¹ En el caso *Virginia State Board of Pharmacy contra Virginia Citizens Consumer Council Inc.*, el Tribunal Supremo Norteamericano afirmó la posibilidad de protección de la publicidad comercial a través de la Primera Enmienda –que recoge el derecho a la libertad de expresión–, en base al interés que los consumidores tienen en la libre circulación de información de carácter comercial. Véase: TATO PLAZA, Anxo. "Publicidad Comercial y libertad de expresión en la jurisprudencia norteamericana". En: Actas de Derecho Industrial N° 14, 1991-1992, pp. 169-196.

De la misma manera, la opinión de la doctrina argentina es por considerar a la publicidad comercial como una manifestación concreta de la libertad de expresión mediante la cual se comunican ideas o juicios. Véase: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. "La Publicidad y los consumidores en el fin de siglo". En: Gaceta Jurídica – Actualidad Jurídica, Tomo 60, 1998, pp. 69A-83A.

¹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Artículo 59.- Libertades de trabajo, empresa, comercio e industria.**- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

unidad económica, acceder al sector económico de su elección escogiendo el modelo empresarial y de gestión que desee, y finalizar libremente la actividad económica emprendida¹³.

22. Si bien los anunciantes se encuentran en la libertad de difundir publicidad comercial para promocionar los productos y servicios que comercializan en el mercado, utilizando los mecanismos, procedimientos y modalidades que consideren convenientes de acuerdo a sus preferencias, aquella debe ajustarse a los límites establecidos por el ordenamiento, entre los que se encuentra la prohibición de publicitar anuncios contrarios al principio de adecuación social.
23. En efecto, el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal define esta categoría de actos como aquellos que tienen por efecto inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole¹⁴.
24. Como se aprecia, la conducta reprimida por el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal no radica en la sola exposición de imágenes u otras formas de presentación que evoquen una conducta discriminatoria, pues ello supondría una fuerte restricción a las libertades de los agentes económicos en el campo publicitario. En efecto, y tal como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de la Sala, solo será ilícito un anuncio publicitario cuando transmita un mensaje que objetivamente induzca a los destinatarios a cometer una práctica ofensiva o discriminatoria por motivos de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole¹⁵.
25. Como se desprende del contenido de la norma, su objeto es proteger directamente a las personas como sujetos de derecho, pues exige a los anunciantes que no induzcan a la realización de conductas ofensivas o

¹³ Según César Landa, "(...) el contenido esencial de la libertad de empresa radica en la autonomía de la voluntad para crear libremente una empresa, poder acceder a cualquier sector económico de la producción o servicio y elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar; asimismo, la libertad de empresa supone la capacidad de auto-organización empresarial y la finalización de la actividad y la liquidación de la empresa, de acuerdo todo ello con los procedimientos establecidos por ley. Véase: LANDA ARROYO, César. En: "Reforma de la Constitución Económica: Desde una perspectiva del Estado Social de Derecho". En: Revista Institucional de la Academia de la Magistratura". Número 6. Lima, 2002, p. 226.

¹⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 18.- Actos contra el principio de adecuación social.**- Consisten de la difusión de publicidad que tenga por efecto:
a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; (...).

¹⁵ Debe precisarse que dicho criterio ha sido establecido en las Resoluciones 1557-2008/TDC-INDECOPI del 5 de agosto de 2008 y 1736-2008/TDC-INDECOPI del 27 de agosto de 2008.

discriminatorias que atenten contra la dignidad de las personas. En ese sentido, y como ha establecido esta Sala en un pronunciamiento anterior¹⁶, dicho dispositivo constituye una herramienta de rango legal incluida por el legislador en el ordenamiento para tutelar, en el ámbito publicitario, el derecho a no ser discriminado reconocido en el artículo 2 inciso 2 de la Constitución Política del Perú y en diversos instrumentos internacionales incorporados a nuestro ordenamiento¹⁷.

26. Sobre el particular, la doctrina constitucional¹⁸ y la experiencia comparada¹⁹ han indicado que el concepto de dignidad es una noción que no tiene un

¹⁶ Resolución 0096-2009/SC1-INDECOPI del 10 de marzo de 2009, emitida en el procedimiento seguido por Demus - Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer contra Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C., en la que se interpretó los alcances del artículo 3 del Decreto Legislativo 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor.

¹⁷ Tales como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer – CEDAW (adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Convenio 111 de la Organización Internacional del Trabajo (adoptado el 25 de junio de 1958 por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo en su Cuadragésima Segunda Reunión); la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura); y, la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981, Resolución 36/55).

¹⁸ De acuerdo con Ingo von Münch, *“La Constitución ha incorporado a la dignidad de la persona humana como un concepto jurídico abierto; es decir que su contenido concreto debe irse verificando en cada supuesto de tratamiento o denuncia, sobre la base de ciertos patrones sustantivos e instrumentales de interpretación. Esto quiere decir que la dignidad no es un concepto que tenga un contenido absoluto. Lo cual es una virtud para la dogmática, pero a su vez una dificultad para la jurisprudencia; por cuanto, un mismo acto o decisión gubernamental [y de los particulares] puede ser considerado digno para unos ciudadanos e indigno para otros. Véase: VON MÜNCH, Ingo. “La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional”. En: REDC, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Año 2, Número 5, mayo-agosto, 1982, p. 18.*

¹⁹ La Federal Trade Commission, en respuesta a un pedido de enmienda de las Normas que regulan la Asociación de Abogados de Florida, señaló que: *“Determinar si una publicidad es ‘digna’ es una cuestión referida a los parámetros de cada observador. Es virtualmente imposible escribir una definición de ‘digna’ que puedan aplicarse a todas las publicidades de abogados. Como la ABA [Asociación de Abogados de Norteamérica] establece en su comentario a la Norma Modelo 7.2, ‘materias de efectividad y gusto en publicidad son cuestiones de especulación y juicio subjetivo’. El año pasado, la Comisión de Publicidad de la ABA consideró una propuesta para emitir lineamientos sobre la dignidad en la publicidad de abogados. La Comisión rechazó la propuesta debido a la dificultad de definir dignidad.*

(...)

Por tanto, recomendamos que la Corte elimine el segmento del comentario referido a la dignidad y el uso de frases comerciales, trucos, técnicas estridentes, señales, bandas sonoras y medios de comunicación extravagantes”

Traducción libre del siguiente texto: *“Whether an advertisement is ‘dignified’ is a matter of the viewer’s individual standards. It is virtually impossible to write a definition of ‘dignified’ that can be applied to all lawyer advertising. As the ABA [American Bar Association] states in its comment to Model Rule 7.2, “[q]uestions of effectiveness and taste in advertising are matters of speculation and subjective judgment.” Last year, the ABA’s Commission on Advertising considered a proposal to issue guidelines on dignity in lawyer advertising. The Commission rejected the proposal because of the difficulty of defining dignity.*

(...)

We therefore recommend that the Court delete the portion of the comment that addresses dignity and the use of slogans, gimmicks, garish techniques, signs, soundtracks, and extravagant media.”

Fragmento obtenido de la página web de la Universidad Estatal de Florida (Florida State University).
<http://64.233.169.104/search?q=cache:rU1gEjMDMNIJ:www.law.fsu.edu/libray/flsupct/70366/70366resp5.pdf+%22advertising+by+attorneys%22+%22federal+trade+commission%22+taste+%22bar+association%22&hl=es&ct=clnk&cd=17&gl=pe>

contenido objetivo que sea identificable *a priori*, debido a que lo que puede ser digno para algunos es indigno para otros.

27. En ese contexto, la autoridad administrativa debe ser sumamente cautelosa, pues en una supuesta tutela de la dignidad podría sancionar una publicidad desagradable o de mal gusto que no tiene el calificativo de ilegal, causando con ello un intervencionismo innecesario en “*el mercado de las ideas*” publicitario, el cual debe ser arbitrado por los consumidores en el propio mercado o por los pares a través de los sistemas de autodisciplina publicitaria²⁰.
28. Sobre la base de las consideraciones precedentes, corresponde analizar si el anuncio publicitario cuestionado ha infringido el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal al ser susceptible de inducir objetivamente a cometer conductas ofensivas o discriminatorias en contra de las mujeres.

III.2.2 De la interpretación del mensaje publicitario

29. De conformidad con lo señalado en el acápite anterior, para dilucidar si el contenido de un anuncio publicitario infringe el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es necesario determinar previamente cuál es el mensaje publicitario transmitido a los consumidores y si este objetivamente induce la realización de conductas ofensivas o discriminatorias que puedan afectar la dignidad de la mujer.
30. Para efectuar dicho análisis, debe tenerse en consideración lo dispuesto por el artículo 21.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, que dispone que la publicidad debe ser evaluada por la autoridad, teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, la contratación o el consumo de bienes y servicios. En esa línea, el artículo 21.2 de la citada norma prescribe que dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe²¹.

²⁰ En la Resolución 0220-1998/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 1998, la Sala consideró que: “(...) *la ley no limita la difusión de mensajes publicitarios que podrían considerarse de mal gusto. La ley ha preferido que sea el mercado el que determine si ese tipo de expresiones deben o no continuar transmitiéndose. Sostener lo contrario -esto es, que es rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables o adecuados, sancionando aquellos anuncios que difundan mensajes distintos- equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo (en este caso, de aquellas personas que integran los órganos funcionales del INDECOPI) sobre el gusto o las opiniones de otros grupos de individuos que perfectamente pudiesen ser divergentes*”.

²¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 21.- Interpretación de la publicidad.-**

21.1.- La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de

31. Lo dispuesto implica que el análisis de los anuncios publicitarios se debe realizar sin apelar a interpretaciones complejas o forzadas, tomando en cuenta el contenido y significado común y usual que un consumidor atribuiría a las palabras, frases y oraciones comprendidas en el anuncio. Asimismo, la autoridad administrativa deberá realizar un análisis en conjunto de los elementos que forman parte del anuncio y no únicamente una evaluación individualizada de las afirmaciones que estos pudieran contener.
32. En el presente caso, el anuncio publicitario cuestionado muestra a jóvenes bailando en una discoteca. En ese momento, se escucha la voz del locutor en *off* que se dirige hacia un grupo específico de jóvenes sentado en un sillón, señalando lo siguiente: *“Brahma pregunta: Si la vida hay que vivirla a lo grande, ¿Por qué vivir se escribe con ‘V’ chica y no con ‘B’ grande? Si todo lo bueno de la vida empieza con ‘B’ grande”*. A continuación, se muestran las siguientes escenas:
- las imágenes de una mujer en una habitación que está siendo observada desde el otro lado de la calle por un grupo de jóvenes con binoculares mientras el locutor en *off* comenta: *“por ejemplo, Binoculares...estos sapos...”* a lo que uno de los muchachos responde: *“¡Grande peluca!”*, en alusión al hombre que se encuentra con la mujer en el cuarto al otro lado de la calle;
 - cuatro jóvenes muestran un bisturí gigante mientras el locutor en *off* señala *“Bisturí”*; en seguida, aparecen dos mujeres en bikini diciendo: *“(...) gracias bisturí”*;
 - dos muchachos sentados en la banca de un parque abrazando a sus respectivas acompañantes, mientras el locutor en *off* comenta: *“Lo mejor de un parque, la banca”*. A continuación, se observa a otro grupo de jóvenes vestidos con el uniforme de un equipo de fútbol tomando cerveza y celebrando con otro compañero, luego de lo cual el locutor en *off* señala: *“Los que más chupan en un equipo, la banca”*;
 - un hombre ofreciendo un discurso mientras el locutor en *off* señala: *“La economía es mejor con ‘B’ grande”*, a su vez el hombre manifiesta: *“Otorgaremos bonos para tener billete y comprar Brahma”*, en medio de la ovación del público, así como una respuesta de aprobación alzando los vasos con cerveza por aquellos que escuchan el discurso desde otro lugar;

la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

- en una reunión de ejecutivos una mujer se encuentra realizando una exposición. Luego, uno de los botones de su blusa sale despedido y el locutor en *off* señala lo siguiente: *“Y los botones que te dejan boquiabierto...splash”*;
 - el locutor comenta lo siguiente sobre un grupo de jóvenes: *“e incluso cuerazo”*, a lo que uno de ellos pregunta: *“Pero, ¿Cuerazo dónde lleva la ‘B’ grande?”*. En ese momento, aparece en la puerta de un departamento una mujer en ropa interior ante la sorpresa de los muchachos, mientras que el locutor en *off* responde: *“En la baba que se te cae”*, y,
 - jóvenes bailando y tomando cerveza mientras el locutor continúa comentando: *“Bienvenidos y bienvenidas a una vida con ‘B’ grande. Vive con ‘B’ grande, vive con ‘B’ de Brahma”*.
33. La Comisión consideró que el anuncio difundido por Ambev no infringía el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, pues no transmitía un mensaje capaz de inducir, en la realidad, la realización de conductas ofensivas o discriminatorias contra la mujer, ni afectar su dignidad como persona, dado que se limitaba a mostrar una serie de situaciones humorísticas y exageradas que intentaban caricaturizar actitudes de jóvenes del sexo masculino, respecto de personas del sexo opuesto.
34. En su apelación, Demus señaló lo siguiente: (i) en el anuncio se muestra a la mujer de manera subordinada como un objeto de satisfacción erótica para el varón; (ii) el anuncio atenta contra la dignidad de las mujeres en relación a su derecho a la no discriminación por razón del sexo, contribuyendo a reforzar patrones estereotipados, así como la exclusión y el trato desfavorable recibido históricamente por las mujeres; y, (iii) la licencia del uso del humor y la exageración no exonera a la autoridad de realizar un análisis desde el punto de vista de la dignidad.
35. Sobre el particular, debe señalarse que la existencia de licencias publicitarias tales como el humor o la exageración²² no constituyen licencias para afectar otras libertades fundamentales del individuo, tales como el derecho a no ser discriminado. En ese sentido, incluso un anuncio que recurra a una formulación cómica y que apele a un contexto lúdico y fantasioso podría eventualmente estimular a los consumidores a, efectivamente, incurrir en una

²²

DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL. Artículo 20.- **Uso de licencias publicitarias.**- En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.

práctica discriminatoria que atenta contra la dignidad y, por tanto, resultar ilegal.

36. Sin embargo, la afectación al derecho a no ser discriminado depende de la aptitud del mensaje publicitario para reproducir en la realidad una conducta de ese tipo. En ese sentido, el humor y la fantasía, en cuanto elementos que influyen en la interpretación del anuncio, contribuyen a recrear una situación fantasiosa e irónica bajo la cual el consumidor captará el mensaje publicitario en forma exagerada, sin atribuir seriedad a las escenas o frases mostradas. Por tanto, la utilización de estas licencias, por lo general, generará que los destinatarios de la pieza publicitaria no tomen en serio las diversas imágenes, secuencias y frases, de manera tal que el mensaje publicitario no tenga la aptitud de producir efectivamente en ellos el despliegue de una conducta discriminatoria u ofensiva contra cierto sector de la sociedad²³.
37. En efecto, como señala la doctrina al respecto, el recurso al humor y a la exageración suelen generar que los consumidores no tomen en serio las secuencias, imágenes o frases dispuestas en el anuncio²⁴.
38. Conviene reiterar que la publicidad discriminatoria considerada ilícita por la Ley de Represión de Competencia Desleal es solo aquella que puede efectivamente inducir a los consumidores que acceden al anuncio a reproducir la conducta ofensiva en la realidad. En otras palabras, el solo hecho que un anuncio contenga alguna secuencia que, vista aisladamente, reproduce una escena discriminatoria no resulta elemento suficiente para calificar como ilícita la pieza publicitaria, puesto que lo sancionable es que, visto en su integridad, se transmita un mensaje que incentive la discriminación en la vida cotidiana.
39. En el presente caso, esta Sala coincide con lo determinado por la Comisión en el sentido que, de una interpretación integral y superficial del anuncio (imágenes y frases contenidas en él), un consumidor puede apreciar que se muestran diversas situaciones a través de las cuales se pretende reforzar la idea que todo lo “bueno” de la vida empieza con “B”, como los “binoculares”, el “bisturí”, la “banca”, el “billete”, los “botones”, la “baba” y la cerveza “Brahma”. Dichas escenas se encuentran vinculadas con las reacciones

²³ Debe precisarse que este criterio ha sido establecido por la Sala en la Resolución 0096-2009/SC1-INDECOPI del 10 de marzo de 2009.

²⁴ Al respecto el profesor español Tato Plaza señala que: *“A veces, para poder captar mejor la atención del consumidor, las empresas anunciantes presentan su publicidad en forma humorística, utilizando para esto la ironía, el chiste o la sátira. Con respecto a estas expresiones publicitarias humorísticas, la doctrina reclamó siempre un trato benevolente. Esta petición se basaba en el convencimiento de que las frases publicitarias humorísticas, irónicas y satíricas suelen ser interpretadas por el público como exageraciones; los consumidores no toman en serio los anuncios que presentan un tinte humorístico, sino que al contemplarlos se limitan a sonreír y no les otorgan crédito ninguno”*. Véase: TATO PLAZA, Anxo. *La Publicidad Comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pp. 37-38.

exageradas -en evidente tono humorístico- de los varones que se ven atraídos por el sexo opuesto.

40. Ciertamente, el anuncio cuestionado transmite a los consumidores un mensaje que busca vincular la atracción o preferencia que puede despertar la cerveza "Brahma", con aquella atracción o seducción que puede despertar el sexo femenino únicamente como recursos propios de la creatividad publicitaria dispuestos para construir situaciones jocosas y humorísticas. De tal manera, la Sala considera que se está frente a la utilización de licencias publicitarias que tienen por única finalidad generar un efecto de asociación en los consumidores, que les permita identificar y asociar el producto con la idea de lo "bueno", sin estimular un trato de inferioridad hacia las mujeres o afectar su dignidad mediante alguna manifestación de subordinación erótica o sujeción sexual por parte de los hombres.
41. Por ello, tras una valoración conjunta del anuncio, esta Sala considera que no se está frente a una pieza publicitaria que tenga por finalidad inducir objetivamente a los destinatarios a realizar conductas discriminatorias u ofensivas en contra de la dignidad de las mujeres.
42. De este modo, aun cuando la exposición de secuencias publicitarias como la cuestionada pueda ser considerada como algo desagradable en algún aspecto y, por tanto, se estime que el anuncio denunciado es de mal gusto; debe tenerse presente que ello no constituye una conducta sancionable por la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, podría darse el caso que las situaciones humorísticas expuestas en el anuncio no sean del agrado de un sector de la población; sin embargo, este supuesto no resulta sancionable por la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
43. En términos generales, la sanción por la difusión de un anuncio de mal gusto debe ser dictada por los propios consumidores, quienes expresarán su rechazo al contenido del mensaje publicitario mediante el aumento o la disminución del consumo del producto publicitado o por los demás anunciantes del mercado, que juzgarán dichos anuncios a partir de patrones propios de la autodisciplina publicitaria. La agencia de competencia es árbitro de problemas concurrenciales en el mercado y, por el contrario, no es árbitro del buen o mal gusto.
44. Dado que en el presente caso el anuncio en cuestión no es susceptible de inducir a los destinatarios del mensaje a cometer actos discriminatorios u ofensivos contra la mujer, corresponde confirmar la resolución apelada que declaró infundada la denuncia interpuesta por Demus contra Ambev y Grupo Q.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Confirmar en todos los extremos apelados la Resolución 175-2010/CCD-INDECOPI del 25 de agosto de 2010.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente

