

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Informe sobre Expediente de Relevancia Jurídica N.º 02342-2012-PA/TC y (Exp.N.º 00401-2008-PA/TC), E-2712, que versa sobre Competencia Desleal, Constitucional y Procesal Constitucional

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada

que presenta:

Valery Desiree Rivas Hernandez

Revisor:

Moisés Rejanovinschi Talledo

Lima, 2024

INFORME DE SIMILITUD

Yo, **Moisés Arturo Rejanovinschi Talledo**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° N.° 02342-2012-PA/TC y (Exp. N.° 00401-2008-PA/TC), E-2712, que versa sobre Competencia Desleal, Constitucional y Procesal Constitucional

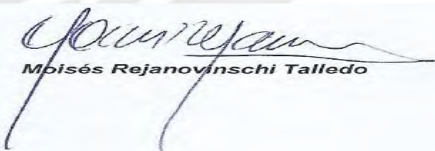
del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

Valery Desiree Rivas Hernandez

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **35 %**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **17/04/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 19 de setiembre de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Rejanovinschi Talledo, Moisés Arturo	
DNI: 10808166	 <i>Moisés Rejanovinschi Talledo</i>
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-7335-0931	Firma

Resumen

En el presente Trabajo de Suficiencia Profesional, se analizará el Exp. N.° 02342-2012-PA/TC y (Exp. N.° 00401-2008-PA/TC) que versa sobre Competencia Desleal, Constitucional y Procesal Constitucional. El demandante, Sr. Jorge Linares Bustamante, solicita a la Comisión de Represión de Competencia Desleal el término de la publicidad discriminatoria hacia las personas de talla baja; así como, la suspensión de la publicidad con contenido discriminatorio por convocar casi exclusivamente a personas con rasgos caucásicos para la publicidad y la interrupción del contenido engañoso de la publicidad de Gloria S.A. Sin embargo, la Comisión decide no iniciar procedimiento sancionador de oficio debido a que no encuentra supuestos de infracción en materia de publicidad.

Ante lo ocurrido, el Sr. Jorge Linares decide interponer demanda de amparo contra la empresa Gloria e INDECOPI pues se estaría vulnerando derechos fundamentales como el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad. Asimismo, porque la publicidad emitida es engañosa al mencionar que el solo consumo de la leche hace crecer y la actitud impasible de INDECOPI ante la circulación de los comerciales con contenido discriminatorio.

Índice de contenido

1. Antecedentes	3
2. Hechos relevantes	4
3. Cuestiones generales	22
4. Problemas jurídicos del expediente	29
5. Análisis de los problemas jurídicos del Expediente	30
6. Posición del graduando	51
7. Conclusiones	52
8. Bibliografía	53
9. Anexos	55

1. Antecedentes

Con fecha 02 de noviembre de 2006, el señor Juan Oshiro Oshiro (en adelante “Sr. Oshiro”) envía una carta al Grupo Gloria con el fin de manifestar su preocupación acerca de la publicidad emitida en diversos canales de televisión. En esta carta, el Sr. Oshiro señaló que la publicidad hace alusión a: (i) Discriminación por talla pues existe un sentido de menosprecio a la estatura baja de las personas. Esto genera un perjuicio al desarrollo psicológico de sus menores hijos pues, por ser ellos de baja estatura, la publicidad contribuye a que ellos sean objeto de burla, y (ii) Criterios discriminatorios por raza ya que en las publicidades de Gloria S.A. se convoca mayormente a niños de rasgos caucásicos de cabello claro y tez blanca que no representan a la mayoría de los peruanos. Es preciso señalar que, como pedido, solicitó que no se aluda a la estatura de las personas en sentido discriminatorio ya que se manifiesta una violación de derechos constitucionales como el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad de las personas.

El día 24 de noviembre de 2006, el Sr. Oshiro envía una segunda carta (vía notarial) a Gloria S.A. en la cual indica que han transcurrido 15 días y no ha recibido respuesta, menos aún, se ha considerado su pedido. Asimismo, señala que la publicidad de Gloria es engañosa puesto que no es verdad que el simple consumo del lácteo que su empresa produce contribuya al crecimiento de los niños, como se menciona en la publicidad. En esta carta, el Sr. Oshiro dejó abierta la posibilidad de recurrir a instancias judiciales y administrativas pertinentes y solicitó que en los tres días siguientes consideren su pedido.

Posterior a las dos cartas enviadas, Jorge Linares Bustamante (en adelante Sr. Linares), con fecha 20 de diciembre de 2006, presenta una comunicación al área de prevención de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en la cual argumenta que en los anuncios publicitarios de Gloria: (i) existe un alto sentido de menosprecio a las personas de estatura baja, (ii) existen criterios discriminatorios por raza dado que se convoca casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos que no representa a los peruanos y (iii) deviene en engañosa pues el consumo del lácteo no contribuye al crecimiento de los menores. Por lo que solicitó que se atienda su denuncia.

La Comisión de Represión de la Competencia Desleal, con fecha 17 de enero de 2007, responde, mediante la Carta N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI que se decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio pues no se consideran posibles supuestos de infracción contra normas que regulan la publicidad.

El 1 de febrero de 2007, el Sr. Linares envía una comunicación a Indecopi con el fin de que se le proporcione los argumentos por los cuales no se decidió iniciar el procedimiento sancionador de oficio.

Con fecha 14 de febrero de 2007, INDECOPI remitió una última comunicación al Sr. Linares con el propósito de informarle que no se ha apreciado que existiera alguna inadecuación entre el principio de no discriminación y el anuncio de leche Gloria;

además de comunicarle que la publicidad no es capaz de generar objetivamente conductas discriminatorias u ofensivas.

Finalmente, el 9 de abril de 2007, el Sr. Linares presenta una acción de amparo contra la Empresa Gloria e INDECOP I por discriminación social y racial, publicidad engañosa y actitud indiferente ante la circulación de comerciales con contenido discriminatorio, respectivamente.

A modo de gráfico, se detallan los antecedentes en una línea de tiempo:

02/11/2006 6	24/11/2006 6	20/12/2006 6	17/01/2007 7	01/02/2007 7	14/02/2007 7	09/04/2007 7	09/04/2008 8
Sr. Oshiro envía la primera carta al Grupo Gloria.	Sr. Oshiro envía la segunda carta (notarial) al Grupo Gloria.	Comunicación por parte del Sr. Linares a la Comisión de Renresión	Carta por parte de INDECOP I. No iniciar el procedimiento sancionador de	Carta del Sr. Linares a INDECOP I. Solicitó se proporcione en los argumentos por los cuales se	Carta por parte de INDECOP I. Señaló que el anuncio no existe inadecuación entre el anuncio	Sr. Jorge Linares presenta amparo contra Gloria S.A. e INDECOP I	Se emite la Resolución N° 0703-2008/TDC - INDECOP I, la cual

2. Hechos relevantes

2.1. Demanda de acción de amparo

El 09 de abril de 2007, el Sr. Linares presenta demanda de amparo contra la empresa Gloria S.A. e INDECOP I. Como petitorio, el Sr. Linares señaló lo siguiente:

- Discriminación social y racial
- Publicidad engañosa
- Actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en medios de comunicación.

El demandante manifestó que se debía tramitar y declarar fundada la demanda de amparo interpuesta en razón a los siguientes argumentos:

Sobre Gloria:

- La publicidad emitida por el Grupo Gloria expresa evidentes criterios discriminatorios hacia personas de estatura baja refiriéndose mediante expresiones como "chato", además de gestos orientados en un sentido negativo.
- Existen criterios discriminatorios en la publicidad de Gloria S.A. por convocar mayormente a personas de rasgos caucásicos, es decir, personas cuyas principales características son la piel blanca, cabellos rubios y ojos claros como el verde o el azul. Esta publicidad daña la consolidación de la identidad

socio-cultural del Perú, país conformado en gran porcentaje por personas con rasgos indígenas y mestizos.

- La publicidad emitida es engañosa puesto que no es verdad que el consumo del lácteo contribuya al crecimiento de los menores. Debido a ello, se generan falsas esperanzas de crecimiento cuando en realidad este es determinado por otras causas o factores.

Sobre INDECOPI:

- A pesar del evidente sentido discriminatorio de la publicidad de Gloria, al convocar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos, la institución INDECOPI no intervino; de manera que decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio, al no considerar posibles supuestos de infracción contra normas que regulan la publicidad.

Fundamenta sus argumentos al amparo del artículo 2, numeral 2 de la Constitución Política del Perú, el cual recalca que ninguna persona debe ser discriminada por ningún motivo ya sea religión, raza, idioma, sexo, entre otros. Además, hace mención a los artículos 1 y 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el artículo 2.2b de la Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea, el artículo 37, numeral 1 del Código Procesal Constitucional y los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 691, decreto sobre la publicidad en defensa del consumidor, vigente al momento de ocurrido los hechos.

2.2. Auto de procedencia

En la Resolución N° 1, de fecha 16 de abril de 2007, se declara la IMPROCEDENCIA de la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Linares. En esta Resolución se indica que el Sr. Linares debe recurrir de manera previa a la vía del proceso administrativo. La razón fue la siguiente:

- Que, de acuerdo con el artículo 427.1 del Código Procesal Civil (en adelante C.P. Civil), el juez declarará la improcedencia de la demanda cuando el demandante carezca de legitimidad para obrar, puesto que, el artículo 39 del Código Procesal Constitucional indica que el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo. Así, el Sr. Linares, no señala haber sufrido directamente el menoscabo con la circulación de los comerciales, tampoco se encuentra en algún supuesto previsto en el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

2.3. Apelación a Resolución que declara la improcedencia

El día 7 de mayo de 2007, el Sr. Linares interpone recurso de apelación contra la Resolución de fecha 16 de abril de 2007 (Auto de procedencia) que declaró la improcedencia de la demanda constitucional contra Gloria S.A. e INDECOPI. Los argumentos fueron los siguientes:

- El día 19 de abril, cuando la demanda aún no había sido calificada, se acercó a entrevistarse con la magistrada para preguntar cuándo se estaría emitiendo la primera resolución. La señora jueza observó que el Sr. Linares es una persona de estatura baja, por lo que se considera afectado por la publicidad emitida por Gloria S.A, toda vez que hace alusión a la estatura baja de manera despectiva.
- La demanda de amparo comprende a la discriminación racial, cultural y étnica pues Gloria S.A, siendo una empresa peruana, convoca de manera exclusiva a personas con rasgos caucásicos para sus publicidades. Así, de acuerdo a las características del Sr. Linares, que son iguales a la mayoría de los peruanos, se siente afectado dado que se está imponiendo estereotipos ajenos al de la sociedad. Ante lo dicho, INDECOPI ha omitido una de sus principales funciones, la cual es velar por el respeto de los derechos fundamentales de la persona tales como el principio-derecho de la dignidad humana, no ser discriminado y el derecho a la igualdad.
- El artículo 40 del Código Procesal Constitucional establece que cuando exista una amenaza o vulneración del derecho al medio ambiente o derechos difusos, cualquier persona podrá interponer una demanda de amparo. En tal sentido, señala que los derechos difusos son aquellos cuya titularidad no se puede individualizar, sino que al contrario, pertenecen a un grupo amplio de personas como ambientalistas o consumidores.
- Para acceder a la justicia, no se puede limitar a la persona por el factor económico. Al ser un ciudadano pobre, no podría ejercer su derecho a reclamar. Así pues, la instancia administrativa resulta un impedimento material y dilatorio pese a los evidentes criterios discriminatorios en la publicidad de Gloria S.A. La Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal se negó a iniciar procedimiento sancionador de oficio; de ese modo, omitió su obligación de defender los principios emana la Constitución y los derechos consagrados en ella.
- En relación con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, se debe considerar la naturaleza de su pretensión dado que con ella busca desterrar los criterios discriminatorios de la publicidad y la omisión de las instituciones encargadas en hacer respetar los derechos fundamentales de la persona.

El 15 de mayo de 2007, se resuelve conceder el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Jorge Linares.

2.4. Sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia - Auto de vista

Mediante la Resolución N° 182 de fecha 21 de setiembre de 2007, la Sala CONFIRMÓ la Resolución N° 1 que declara la improcedencia de la demanda de amparo realizada por el Sr. Linares. Asimismo, dicha Resolución establece que debe recurrir al proceso administrativo ante INDECOPI. Los fundamentos fueron los siguientes:

- El artículo 5, inciso 4 del Código Procesal Constitucional establece como requisito de procedibilidad el agotamiento de las vías previas. Asimismo, el

Tribunal Constitucional¹ ha señalado que “no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en el presente Código y en el proceso de hábeas corpus”. Para el proceso de amparo, el artículo 45 de Código Procesal Constitucional determina que “el amparo solo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo”. **Ambos artículos en mención señalan como condición de procedencia, el haber agotado la vía previa antes de recurrir a otra vía como lo es la del proceso constitucional.**

- Adicionalmente el Tribunal Constitucional² ha señalado que las demandas constitucionales -como en este caso, el amparo- no procederá cuando se hallasen vías procedimentales específicas e igualmente satisfactoria que protejan el derecho constitucional amenazado, como el procedimiento administrativo ante INDECOPI (CPCons. Art. 5, num. 2)
- El cuestionamiento de fondo del recurrente es la publicidad engañosa realizada por Gloria S.A., por lo que se trata de “derechos del consumidor” (derechos difusos). Por la naturaleza de los derechos invocados, se debe agotar de manera previa la instancia administrativa ante INDECOPI.

2.5. Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el Sr. Linares

El día 23 de octubre de 2007, el Sr. Linares interpone Recurso de Agravio Constitucional (RAC) contra la Resolución N° 182 del 21 de setiembre de 2007. Como argumentos, el demandante señala lo siguiente:

- La instancia administrativa (INDECOPI) es excesivamente onerosa para quienes no cuentan con suficientes recursos económicos. El acceso a la justicia no puede ser limitado por el factor económico.
- INDECOPI se negó a iniciar procedimiento sancionador de oficio, por lo que recayó en una omisión a su obligación institucional de defender la Constitución.
- Se ha interpretado de manera equivocada que el fondo de su demanda es el cuestionamiento de la publicidad engañosa. El sentido correcto de la petición de su demanda es: (i) discriminación social hacia las personas de estatura baja, (ii) Discriminación racial en las publicidades del Grupo Gloria al convocar casi de manera exclusiva a personas de rasgos caucásicos, rasgos ajenos a la mayoría nacional, (iii) Omisión de INDECOPI ante los evidentes criterios discriminatorios de la publicidad; y, (iv) Publicidad engañosa por la exageración de las supuestas virtudes al consumir leche Gloria.
- La Constitución dispone que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”³, por lo que se debe considerar las características de la mayoría de los peruanos (rasgos mestizos e indígenas) y, además, esta mayoría es de recursos económicos limitados. Estas personas se ven constantemente discriminadas por la

¹ Fundamento 3 de la STC 02833-2006-PA/TC

² Fundamento 3 de la STC 0206-2005-AA/TC

³ Constitución Política del Perú, art. 1

publicidad de la demandada y por la actitud impasible de instituciones como INDECOPI.

- El C.P. Const., en el segundo artículo del Título Preliminar establece como fines esenciales de los procesos constitucionales, la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales. Por lo tanto, debe considerarse el perjuicio social que se viene ocasionando a la mayoría nacional mediante las publicidades racistas en los medios de comunicación.

Posteriormente, con fecha 26 de octubre de 2007, se resuelve conceder el Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el Sr. Linares.

2.6. Emisión de la Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI

El 9 de abril de 2008 se emitió la Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI. Esta Resolución CONFIRMÓ la Resolución N° 173-2007/CCD-INDECOPI que declaró INFUNDADA la denuncia que interpuso la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) contra Gloria S.A. por infracción al artículo 4 del D. Legislativo 691. En ese sentido, las afirmaciones enunciadas en la campaña “Tres vasos de leche al día” difundidos por Gloria S.A. no inducían a error a los consumidores.

Al respecto, se detallan los antecedentes:

- El 4 de abril de 2007, ASPEC denunció a Gloria por presunta infracción del principio de veracidad contemplado en el artículo 4 del D. Legislativo 691 por la difusión de los anuncios de la campaña “*Tres vasos de leche al día*” debido a que en estos se realizan las siguientes afirmaciones: “*Sigue tomando tres vasos de Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande*”; “*Este verano tus hijos siguen creciendo, dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes*”.

Según ASPEC, las afirmaciones de los anuncios inducían a error a los consumidores puesto que daban a entender de manera inexacta que tomar tres vasos de leche Gloria al día cubren la necesidad de calcio que se necesita diariamente para crecer. Además, atribuyó las afirmaciones al National Institute of Child and Human Development (NICHD). ASPEC enfatizó que este Instituto no afirma que el solo consumo de calcio en ninguna cantidad tenga como resultado directo el crecimiento sino el fortalecimiento de los huesos y, por lo tanto, ingerir tres vasos de leche no cubren por sí solos la necesidad de calcio para fortalecerlos.

- Gloria S.A., por su parte, al presentar sus descargos puntualizó que: (i) el NICHD manifestó que el consumo de calcio tiene como una consecuencia directa el crecimiento, además de fortalecer los huesos. Y, que otras instituciones reconocidas han corroborado dicho estudio; (ii) INDECOPI ha reconocido en diferentes ocasiones que el crecimiento es una de las principales propiedades del consumo de productos lácteos como la leche; (iii)

En los anuncios de la campaña en cuestión no se hace la afirmación que las necesidades de calcio se cubren solamente con el consumo de leche. Un consumidor razonable entiende que el crecimiento no solo depende del consumo de los lácteos, sino de otros factores como una dieta correctamente balanceada.

- Mediante la Resolución N° 173-2007/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta por ASPEC pues consideró que la interpretación superficial de la publicidad no lleva a que los consumidores entiendan que el solo consumo de tres vasos de leche al día cubre la necesidad de calcio que los infantes necesitan para poder crecer. Asimismo, en los envases del producto se detalla la información sobre la cantidad de calcio indicado por la NICHHD para el crecimiento y fortalecimiento de los huesos.
- Posteriormente, ASPEC apeló la Resolución mencionada anteriormente y reiteró sus argumentos. Adicionalmente, indicó que: (i) La Comisión no interpretado de manera correcta la publicidad de la campaña dado que un consumidor interpreta, del mensaje publicitario, que el calcio que da el consumo de tres vasos de leche Gloria al día es suficiente para crecer, sin necesidad de otros alimentos complementarios; y que, (ii) Gloria no ha demostrado que NICHHD afirma lo que los anuncios señalan, esto es, que los tres vasos de leche al día aportan suficiente cantidad de calcio.

A continuación se detalla lo resuelto en la Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI:

Sobre la presunta infracción al principio de veracidad:

- De acuerdo a este principio, dispuesto en el artículo 4 del D. Legislativo 691, los comerciales de productos no deben inducir a error a los consumidores, sobre todo en lo que respecta a las características del producto, las condiciones para la venta y el precio.
- Asimismo, el mencionado principio indica que los anuncios publicitarios no deben contener imágenes ni información que directa o indirectamente, por omisión, ambigüedad o exageración induzcan a error al consumidor. Así, el artículo 15 del D. Legislativo 691 puntualiza que es el anunciante quien tiene la carga de probar las afirmaciones que se muestran en los anuncios. Son los anunciantes quienes están en la obligación de acreditar, de forma inmediata, la veracidad de las afirmaciones objetivas anunciadas en la publicidad.
- De acuerdo al artículo 2 del mismo decreto legislativo, el consumidor queda influido por el examen superficial del anuncio. Por tanto, el análisis que se realice de los anuncios debe hacerse sin recurrir a interpretaciones complejas. Para el análisis se debe tomar en cuenta el concepto común que cualquier consumidor atribuiría a las palabras y frases que se encuentran en el anuncio. También, se debe tener en cuenta que la evaluación del anuncio se realiza de forma integral (frases + imágenes) pues es de esta forma como el consumidor percibe y entiende el mensaje que le transmite la publicidad.
- El análisis para verificar si un anuncio publicitario ha infringido el principio en cuestión, se debe determinar de manera previa cuál es el mensaje que han

recibido los consumidores. Así, de acuerdo a la metodología establecida en la Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI, solo cuando se haya delimitado de manera previa el contenido del mensaje de la publicidad, se debe corroborar con la realidad. En caso existiera una discrepancia entre lo que señala el anuncio y la realidad, se podrá concluir que el anuncio es falso o induce a error al consumidor, y, por lo tanto, contraviene el principio de veracidad.

- Lo que cuestiona ASPEC son dos anuncios publicitarios de Gloria:

Primer anuncio:

Aparece la imagen de un niño y de su madre en una tienda. El niño observa a otro niño más grande que él. Posterior a ello, este último sale de la tienda y en la calle, mira a otro menor, de gorra amarilla, aún más alto que él. Acto seguido, el niño de gorra amarilla observa a un adolescente que es más alto que él. Luego, todos los niños son mostrados tomando leche Gloria. La voz en off del comercial anunció: *“Todos soñamos con ser más grandes. Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande”*. Cabe resaltar que, durante la locución de la voz en off, en la parte inferior de la pantalla se muestra la afirmación: *“National Institute of Chile Health and Human Development EEUU”*.

Segundo anuncio:

Se muestra a varios menores jugando en la playa y tomando leche Gloria. Además, se ven las latas de leche. Mientras tanto, la locución en off pronuncia lo siguiente: *“Llegó el verano, sol todo el día, hace calor refrescarme quería y como quiero crecer todavía, este verano tomo leche fría. Tres, tres, tres vasos de leche fría, tres tres tres vasos de Gloria al día. Este verano tus hijos siguen creciendo. Dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes Glo, glo, glo, Gloria”*.

- Al realizar un análisis integral y superficial de los anuncios que señala ASPEC, **un consumidor razonable** entendería que las frases proclamadas en los anuncios como “Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque de esa manera obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande” y “Dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes” **hacen referencia a las cualidades del lácteo y su injerencia en el crecimiento de los infantes**. Por tanto, se afirma que beber tres vasos de leche al día permitirá el crecimiento de los niños.
- De acuerdo con ASPEC, las afirmaciones realizadas en la publicidad en cuestión inducen a error a los consumidores ya que dan a entender que tres vasos de leche al día cubren la necesidad diaria de calcio para poder crecer.
- Al respecto, la Sala discrepa con lo señalado por ASPEC debido a que un **consumidor razonable conoce las propiedades de la leche y, por ende, no entendería que tres vasos de leche al día proporcionan TODO el calcio que un menor necesita para crecer**. Cabe resaltar que, la leche, así como

los demás productos lácteos, son “bienes de experiencia”, ello quiere decir que, **son productos cuyas características principales son conocidas por los consumidores debido a su consumo constante. En estos casos, la publicidad no tiene una influencia decisiva en el consumidor**, puesto que, por lo general, este ha tenido un contacto previo con este tipo de producto y sabe y conoce que la principal propiedad que se le atribuye al lácteo es el permitir el crecimiento en los infantes, además de fortalecer los huesos. Ello no supone que el consumidor entienda que solo tomando leche obtendrá TODO el calcio que se necesita diariamente para el desarrollo. Los consumidores conocen los alimentos y que cada uno de ellos posee nutrientes específicos y que la ingesta de todos los alimentos son los que brindan los nutrientes necesarios al organismo.

- Asimismo, de acuerdo a los criterios de interpretación de los anuncios publicitarios y, como ya se ha mencionado anteriormente, se debe tener presente que el consumidor realiza una interpretación superficial de la publicidad. Ello no supone que el consumidor adopte una postura irresponsable frente al anuncio. Merece atención que el Precedente de Observancia Obligatoria ha reconocido que: *“el consumidor asume, frente a la publicidad, una posición prudente antes que ingenua (...) siendo válida la exageración publicitaria siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial”*.
- ASPEC señaló que la publicidad se basaba en afirmaciones del NICHHD, no obstante, este instituto no habría realizado afirmación alguna referente a que la ingesta de calcio en alguna cantidad tenga como resultado directo el crecimiento, sino solo sobre el fortalecimiento de los huesos.
- Ambas partes han presentado diversos estudios del portal en internet del NICHHD, en los cuales se aborda el tema de la relación del consumo de leche y el crecimiento de los infantes. Lo publicado en el portal señala lo siguiente:

*“(...) el calcio es de mayor importancia durante la niñez y la adolescencia porque es cuando impacta de manera más directa en la formación y **crecimiento de los huesos**”*

*“La necesidad de calcio es más alta durante la niñez y la adolescencia porque es cuando los huesos crecen rápidamente y **se necesita calcio para fortalecerlos**”*

*“El calcio es esencial para la salud en general y **el desarrollo de los huesos**, pero muchos niños y adolescentes no lo están obteniendo de manera suficiente”* (el resaltado es mío)

- La información brindada por el portal web de la NICHHD permite observar que este Instituto afirma que **la ingesta de calcio -el cual se obtiene principalmente de la leche- no solo permite fortalecer los huesos, sino que a su vez, incide de manera directa en el crecimiento de los menores.**
- Adicionalmente, ASPEC indica que la cantidad de calcio que provee leche Gloria es menor a los 300 mg por vaso, de acuerdo al estudio de la NICHHD. Sin embargo, en los rotulados de los envases de la leche Gloria que pertenecen a la campaña publicitaria “Tres vasos de leche al día” se indica que

cada envase contiene 940 mg de calcio. Por tanto, consumir tres vasos de leche Gloria al día tiene la cantidad de calcio considerada por el NICHHD.

2.7. Resolución del Tribunal Constitucional

El día 20 de agosto de 2010, el Tribunal Constitucional REVOCÓ la Resolución N° 1 que declara la improcedencia, así como la apelada (Resolución N° 182) y ordena al Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte a admitir a trámite la demanda de acción de amparo interpuesta por el Sr. Linares. A continuación se detallan los argumentos:

- La pretensión que reclama el demandante implica una cuestión de publicidad presuntamente engañosa que transgreden derechos fundamentales de la colectividad desde el panorama de la protección del consumidor, particularmente, desde la óptica de protección del niño. Por tanto, no es necesaria la legitimidad para obrar directa, sino que, desde la mirada de los derechos difusos, recae su invocación en cualquier persona que lo solicite.
- La razón que se discute es eminentemente constitucional dado que los derechos constitucionales vulnerados son el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, por lo cual, la vía correcta para dar solución a la controversia es la del amparo y no la vía judicial ordinaria.
- El demandante no debe agotar la vía administrativa cuando, en este caso, INDECOPI se ha negado a recibir la denuncia del demandante en varias ocasiones.

2.8. Resolución que admite a trámite la demanda de amparo

Mediante la Resolución N° 4 de fecha 25 de octubre de 2010, el Juzgado admite a trámite la demanda de acción de amparo interpuesta por el Sr. Linares. En esta resolución se señaló que: (i) hechos expuestos fluye el aparente interés y legitimidad para obrar del demandante y, (ii) no se vislumbra estar inmerso en una de las causales de improcedencia prevista en el artículo 5 del Código Procesal Constitucional.

2.9. Excepciones, defensas previas y contestación de la demanda por parte de Gloria S.A.

Con fecha 25 de enero de 2011, Gloria S.A., debidamente representada, se apersona al proceso y deduce defensa previa de indebida acumulación de pretensiones, excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y excepción de prescripción, así como contestación de la demanda. Como petitorio, Gloria S.A. establece lo siguiente:

- a) Se declare como improcedente la demanda, de conformidad con el artículo 427.7 del Código Procesal Civil pues existe una **indebida acumulación de pretensiones**.
- b) Deduce **excepción de falta de legitimidad para obrar** del demandante por lo que se debe declarar improcedente la demanda.

- c) Deduce **excepción de prescripción** por lo que se debe declarar improcedente la demanda.
- d) En el supuesto negado que el Juzgado desestime la defensa previa y las excepciones deducidas, **niega todos los extremos de la demanda interpuesta**. Por consiguiente, se solicita que se declare la improcedencia o, subsidiariamente, infundada.

A continuación se explican los argumentos:

● **Indebida acumulación de pretensiones:**

- De acuerdo al artículo 83 del Código Procesal Civil, en un proceso puede haber más de una pretensión o más de dos personas. Del mismo modo, el artículo 86 de la misma norma establece los requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones: La acumulación de pretensiones procede siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, tengan como referencia un mismo objetivo y, además, existe conexidad entre ellas. Finalmente, que cumplan con los requisitos señalados en el artículo 85.
- En el caso en cuestión, no se cumple con lo estipulado en el artículo 86 del Código Procesal Civil, para la acumulación subjetiva de pretensiones. Ciertamente, la demanda se dirige contra Gloria S.A. y contra INDECOPI, sin que las pretensiones se refieran al mismo objeto o exista conexidad entre ellas.
- Es el caso que, la demanda se dirige contra Gloria considerando que se afecta el derecho a la no discriminación; mientras que, contra el INDECOPI, por haberse mantenido impasible ante la actitud discriminadora, cuestionando además, la elevada tasa que restringe el derecho de acceso a la justicia. Ambas pretensiones se fundamentan en distintos hechos y derechos.
- Ambas pretensiones no tienen el mismo origen, por lo que no pueden ser ventiladas en el mismo proceso.

● **Excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante:**

- El Código Procesal Constitucional (art. 39) indica que la persona legitimada para interponer la demanda de amparo es el afectado. Sin embargo, en este caso en cuestión, el Sr. Linares no demuestra cómo se ha afectado su derecho a la no discriminación por la publicidad de Gloria; solo realiza un análisis abstracto de esta sin llegar a identificar la publicidad que le estaría generando el agravio.

● **Excepción de prescripción:**

- El plazo establecido para interponer una demanda de amparo es de 60 días hábiles. Este se computa desde el instante en el cual se produjo la

afectación⁴. En caso haya vencido el plazo para interponer la demanda, esta no procederá⁵.

- El demandante no ha determinado cuál es el comercial que le estaría afectando y vulnerando el derecho a la no discriminación, por lo que se observa que el plazo para interponer la demanda ha prescrito.
- En la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Linares, este afirma que “desde hace algún tiempo” observa actitudes discriminatorias en la publicidad de Gloria. Las cartas que envió a Gloria, en las cuales denuncia la supuesta discriminación, tuvieron como fecha el 6 y 24 de noviembre de 2006; no obstante, la demanda de amparo fue interpuesta el 9 de abril, habiendo transcurrido más de 60 días.

- **Contestación de la demanda:**

- **La demanda de amparo resulta improcedente:**

- El artículo 42 del Código Procesal Constitucional establece que como requisito para interponer la demanda de amparo, el demandante debe determinar de manera clara y precisa el petitorio. Ahora bien, el Sr. Linares no determina qué publicidad lo está afectando. Mucho menos, señala en qué fechas se ha producido tal afectación o en qué medios de comunicación. El pedido realizado por el Sr. Linares es genérico.
- La demanda interpuesta por el Sr. Linares fue en el año 2007 y Gloria S.A. tomó conocimiento 4 años después. No es posible determinar cuál es la publicidad que le causa afectación, menos después de 4 años después de haber interpuesto la demanda.
- De acuerdo con el artículo 5, inciso 1 del Código Procesal Constitucional, será improcedente la demanda cuando el petitorio y los hechos no estén referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho que se invoca. Asimismo, el artículo 38 del C. P. Const. señala que en el proceso de amparo, la demanda no procederá *“en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo”*. Por consiguiente, se debe tratar de demarcar la trascendencia del derecho fundamental que sustenta la demanda de amparo; esto es, precisar en qué reside el derecho fundamental alegado como determinar los sujetos, las facultades que involucra.
- El derecho a la igualdad, según el Tribunal Constitucional⁶, se trata de un reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por cuestiones señaladas en la Constitución que, jurídicamente resulten destacadas. Consecuentemente, la discriminación tiene connotación negativa e implica exclusión arbitraria de una persona, en base a consideraciones objetivas.
- En el caso en cuestión, el Sr. Linares no hace alusión a ninguna exclusión arbitraria. El demandante señala que la publicidad sería discriminatoria por

⁴ C. P. Constitucional, artículo 44

⁵ C. P. Constitucional, artículo 5, inciso 10.

⁶ Fundamento 20, STC 00045-2004-AI/TC

motivos sociales, pero no desarrolla cómo se habría discriminado de tal manera. En cuanto a la discriminación racial al presentar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos, esto no forma parte del contenido constitucionalmente protegido debido a que la publicidad no conlleva ninguna connotación negativa respecto de ninguna raza.

- En relación a la supuesta publicidad engañosa, tal supuesta afectación no está referida directamente a un derecho constitucional, por lo que la demanda debe declararse improcedente.

➤ **La demanda de amparo resulta infundada:**

- El demandante no ha determinado qué publicidad de Gloria le estaría afectando, mucho menos ha señalado las fechas. Por tanto, la demanda debe ser declarada infundada ya que el Sr. Linares no ha presentado medios probatorios suficientes.
- Los medios probatorios presentados de manera previa por el demandante no prueban la supuesta discriminación alegada. Así pues, las cartas enviadas a Gloria S.A. no prueban la afectación al derecho de no discriminación dado que son cartas redactadas por el mismo demandante. Del mismo modo, el artículo “Verdades y mitos de la leche”, que presentó el demandante, no demuestra alguna actitud discriminatoria. Tampoco puede considerarse un estudio suficiente para revelar que la publicidad de Gloria resulta engañosa. Adicionalmente, se presentaron los anuncios de la página web de APRODEH, los cuales afirman que Gloria es la empresa más discriminatoria en cuanto a la publicidad; sin embargo, en dichos artículos no se señalan cuáles serían las publicidad discriminatorias por lo que no constituyen medio probatorio al no probar la afectación.
- En relación a la supuesta discriminación racial, en los artículos publicados y presentados como prueba por el demandante, solo se hace alusión a que Gloria habría convocado a personas de rasgos caucásicos, pero no afirma que haya existido una connotación excluyente o negativa hacia personas de otro origen étnico o social. Cabe resaltar que, el artículo es del año 2004 y la demanda interpuesta fue en el año 2007; por el tiempo transcurrido, el plazo para interponer tal demanda ya había prescrito.
- De las cartas emitidas por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI emitidas como respuesta a la comunicación enviada por el Sr. Linares, se evidencia que INDECOPI analizó la publicidad de Gloria y estimó que no había vulneración al derecho de no discriminación.

2.10. Contestación de la demanda por parte de INDECOPI

El 29 de enero de 2011, INDECOPI responde la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Linares. En esta solicita que la demanda sea desestimada por improcedente o alternativamente infundada. Como argumentos, señalaron lo siguiente:

➤ **Improcedencia de la demanda:**

- De acuerdo al artículo 45 del Código Procesal Constitucional, el amparo solo procede cuando previamente se hayan agotado las vías previas.
- Si bien el artículo 46 del Código Procesal Constitucional señalan las excepciones para acudir al amparo sin agotar las vías previas, el demandante debe acreditar y sustentar en que supuesto de tal artículo se encuentra.
- Lo que cuestiona el Sr. Linares es que la Comisión no haya iniciado de oficio un procedimiento sancionador. Ello constituiría una actitud impasible de la institución. Por tanto, acude al amparo para discutir si la autoridad administrativa de primera instancia debió iniciar el procedimiento sancionador, desconociendo la esencia del proceso urgente del amparo.
- El artículo 16 del D.L. N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, ha señalado que, en asuntos de competencia de los órganos del INDECOPI, no puede recurrirse al Poder Judicial si es que no se ha agotado la vía administrativa previamente.
- Asimismo, el artículo 13, literal a) del Decreto Ley N° 25868 contempla como función del Tribunal, conocer y resolver en segunda y última instancia administrativas las apelaciones interpuestas contra actos que ponen fin a la instancia, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o causen indefensión, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores. Por lo tanto, el sr. Linares debió agotar la vía administrativa previa al interior del INDECOPI y, para ello, debió interponer de manera formal su denuncia administrativa.
- El demandante ha indicado que la negativa de la Comisión a iniciar el procedimiento sancionador de oficio constituiría un pronunciamiento de fondo, si ello fuese así, el Sr. Linares debió haber impugnado dicho pronunciamiento.
- El amparo no es la vía idónea para comprender la discusión sobre la presunta omisión de la Administración. La vía para impugnar judicialmente la mencionada omisión es la vía del proceso contencioso administrativo.

➤ **Infundabilidad de la demanda:**

- El artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807 estipula que un procedimiento podrá ser iniciado ya sea a pedido de parte o de oficio. Para que se inicie de oficio, la decisión será de la Comisión o del Secretario Técnico. Así, en el caso de los pedidos de parte, el titular debe cumplir con requisitos establecidos en el TUPA del INDECOPI, situación que no ha ocurrido en el presente caso, debido a que solo presentó una carta solicitando se inicie el procedimiento de oficio. Por el lado de los procedimientos iniciados de oficio, estos se inician por decisión de la Comisión; eso quiere decir que, es absoluta potestad de ella. La facultad de iniciar un procedimiento de oficio es absolutamente discrecional.
- Asimismo, se niega lo señalado por el demandante en el sentido que para apelar de una decisión de primera instancia se debe pagar S/. 500. Mediante el Exp. 3741-2004-AA/TC, INDECOPI ha establecido que la impugnación de actos de primera instancia no está sujeta a ningún cobro.
- Con relación al presunto engaño de la publicidad de Gloria S.A, la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal y la Sala de Defensa de la Competencia ya había emitido pronunciamiento sobre la veracidad de las

propiedades atribuidas a la leche en los anuncios difundidos. Ello, con respecto al procedimiento administrativo iniciado por ASPEC contra Gloria S.A.

- El 4 de abril de 2007, ASPEC denunció a la empresa Gloria por una supuesta infracción del principio de veracidad por la campaña “Tres vasos de leche al día”. De acuerdo a ASPEC, las afirmaciones del comercial inducen a error a los consumidores sobre las ventajas de consumir leche Gloria. Sin embargo, Mediante Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI, la Sala confirmó el pronunciamiento de la primera instancia y declaró infundada la denuncia, concluyendo que las propagandas difundidas por Gloria sobre los atributos de la leche no incitan a error al consumidor.

2.11. Absolución presentada por el demandante

El demandante, el Sr. Linares, con fecha 14 de marzo de 2011, cumple con absolver los argumentos de la empresa Gloria S.A. por carencia de sustento real. A continuación, los fundamentos:

- Sobre la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones de la demanda y como lo señala el art. 86 del Código Procesal Constitucional, su demanda debe ser procedente ya que su objeto y fin versan sobre la discriminación racial y social.
- En cuanto a la legitimidad para obrar, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la Resolución de fecha 20 de agosto de 2010, manifestando que la pretensión que solicita el demandante recae sobre derechos fundamentales, por lo que no es necesaria la legitimidad para obrar directa, sino aquellos se distinguen desde la óptica de los intereses difusos.
- En relación a la prescripción, la demanda de amparo se interpuso el día 9 de abril de 2007, ante la negativa de INDECOPI, mediante carta de fecha 14 de febrero de 2007, por lo que se encuentra dentro del plazo establecido en relación a lo que indica el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.
- Solicita se oficie a la empresa ABOPE TIME PERÚ S.A. para que facilite las propagandas emitidas por Gloria entre los años 2006 y 2008.

El día 16 de marzo de 2011, mediante Resolución N° 9, se tiene por absuelto lo expuesto por el demandante.

2.12. Saneamiento del proceso (Resolución N° 12)

Mediante Resolución N° 12 del 23 de mayo de 2011, se declaró INFUNDADA la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones y las excepciones deducidas por Gloria S.A. Los argumentos fueron los siguientes:

- **De la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones:** Al existir una presunta vulneración del derecho constitucional, ambas pretensiones están referidas a la afectación por parte del accionante y desatención por parte de su codemandada, del derecho a la no discriminación. Se distingue cierta conexión⁷.

⁷ Código Procesal Civil, artículo 84

En aplicación de lo dispuesto por el artículo III⁸ del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en caso exista duda razonable con relación a si el proceso constitucional debe declararse concluido, el Tribunal Constitucional y el Juez declararán la continuación. Por lo expuesto, se desestima la defensa previa formulada.

- **De la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante:** El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este punto en el fundamento 5 del Exp. 401-2008-PA/TC. En la resolución mencionada, el Tribunal Constitucional puntualizó que la pretensión materia de discusión involucra un asunto de publicidad engañosa que implica a los derechos fundamentales de la colectividad desde la vista de protección al consumidor y la protección del niño. Por ello, no es necesaria la legitimidad para obrar directa pues al tratarse de derechos difusos, cualquier persona podría interponer la demanda. Por tanto, esta excepción fue desestimada.
- **De la excepción de prescripción:** De las pruebas ofrecidas y actuadas, como lo son las cartas de fecha 17 de enero y 14 de febrero de 2007, INDECOPI decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio al no considerar supuestos de infracción. No se ha verificado notificación de denegación, sino únicamente las cartas. Así, el demandante solicitó que se le informe los argumentos por los cuales INDECOPI decidió no atender su denuncia, sin que la instancia administrativa haya probado lo contrario. Por ello, al INDECOPI no probar de manera objetiva que se haya notificado de manera válida y formal al demandante con la resolución denegatoria, no es factible establecer una fecha de inicio del plazo prescriptorio. En aplicación del artículo 44, numeral 5 del Código Procesal Constitucional, *“si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista”*. En este caso, no se ha verificado que INDECOPI haya dado respuesta por escrito al pedido del demandante. De la misma manera, el Tribunal Constitucional ha recalado que no es verdad que el demandante deba agotar la vía administrativa cuando, en este caso, INDECOPI, se ha negado a recibir las denuncias en varias ocasiones. Por lo que se debe desestimar la excepción por prescripción.

2.13. Escrito de Gloria S.A. (Téngase presente)

La Resolución N° 12 declaró saneado el proceso. No obstante, con fecha 2 de setiembre de 2011, Gloria S.A. solicitó que se tenga presente lo siguiente:

- El demandante, teniendo la carga de la prueba, no ha probado la vulneración que manifiesta haber sufrido. No determina qué publicidad de Gloria tiene contenido discriminatorio y engañoso.
- Como el demandante no identificó la publicidad que estaría vulnerando sus derechos, ha ofrecido como medio probatorio de su demanda que se ordene a Televisión Nacional del Perú (canal 7), que presente todos los anuncios publicitarios de Gloria en el 2007. No obstante, este pedido fue desestimado mediante Resolución N° 04 del 25 de octubre de 2010 dado que en el proceso de acción de amparo no existe etapa probatoria. Adicionalmente, el demandante planteó ampliar su petitorio al solicitar que se oficie a ABOPE TIME PERÚ S.A. para que proporcione la publicidad televisiva de Gloria por

⁸ Artículo III, 4to. Párrafo del C.P.Const.

los años 2006, 2007 y 2008, esto es años posteriores a su demanda. El demandante pretendió que se analicen todas las publicidades de Gloria en esos años, sin determinar cuál de ellas resultaría discriminatoria.

- Las pruebas presentadas por el Sr. Linares no tienen la capacidad de probar la supuesta vulneración del derecho a la no discriminación dado que son cartas remitidas a Gloria que no prueban vulneración alguna, así como la página web de APRODEH. Por otro lado, en una de las cartas que INDECOPI respondió, se evidencia que el órgano competente ya había analizado la publicidad de Gloria y concluyó que no se habría vulnerado el derecho a la no discriminación.
- Sobre la supuesta publicidad engañosa, el artículo presentado por el demandante, "Verdades y mitos de la leche" no muestra un estudio científico sobre las consecuencias del consumo de leche, sino solo se trata de un artículo periodístico.
- Para el caso en cuestión, la publicidad de Gloria no tiene connotaciones negativas respecto de ninguna persona, ya sea por motivos sociales o raciales. No se menosprecia a ninguna persona en la publicidad.
- Gloria no ha sostenido que el simple consumo de su producto, o el consumo de leche en general, conlleve necesariamente al crecimiento, sino que ésta indefectiblemente contribuye al crecimiento de las personas al ser rica en calcio y nutrientes.

2.14. Sentencia de Primera Instancia

Mediante Resolución N° 14 de fecha 24 de octubre de 2011, se declara fundada la demanda de amparo. Como consecuencia, se ordena a la empresa comprender en sus comerciales a personas con rasgos étnicos en un porcentaje proporcional al gran número de los peruanos e improcedente sobre los extremos de la publicidad engañosa imputada a la empresa. Las razones fueron las siguientes:

- Habiendo recurrido por los mismos hechos y materia conforme a la denuncia de publicidad engañosa, el mismo accionante ha presentado la Resolución 0703-2008/TDC-INDECOPI. La parte actora no agotó la vía previa por lo que debe recurrir a un procedimiento contencioso administrativo.
- La publicidad de Gloria conlleva una discriminación indirecta pues aparenta no tener intención de discriminar; sin embargo, al tratarse de un producto de la canasta básica expuesto en canales a nivel nacional, produce un efecto adverso y conlleva a un trato diferenciado y desigual.
- La empresa no toma en cuenta en su propaganda, los mandatos constitucionales que prohíben la discriminación de cualquier tipo, como la exclusión de un grupo mayoritario de peruanos. Gloria debe coadyuvar a la cohesión social.

2.15. Apelación (Gloria S.A.)

El 9 de noviembre de 2011, la empresa presenta un recurso de apelación a la Resolución de Primera Instancia y señala como motivos:

- El Juzgado declaró fundada el extremo de la discriminación racial y dispuso que Gloria comprenda en sus comerciales y/o propagandas a personas con rasgos multiétnicos en una proporción a la mayoría de los peruanos. Sin embargo, el demandante no ha probado tales hechos puesto que no ha probado evidencia de la emisión de la publicidad ni el tiempo en el cual fue difundida.
- Los medios probatorios del Sr. Linares no tienen capacidad para probar la supuesta vulneración del derecho a la no discriminación o el carácter engañoso de estos.
- La publicidad de Gloria no tiene una connotación negativa respecto a ninguna persona o raza. No existe actitud de rechazo en la publicidad.
- INDECOPI previamente ya ha señalado que no existe vulneración del principio de no discriminación en la publicidad.

En consecuencia, se concede la apelación interpuesta contra la Resolución N° 14.

2.16. Aclaración de sentencia (Sr. Linares)

El 11 de noviembre de 2011, el Sr. Linares solicitó la aclaración de la Resolución N° 14. Señala que su demanda comprende tres aspectos específicos: (i) el cese de comerciales o propagandas con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja; (ii) suspender la convocatoria de personas con rasgos caucásicos para la publicidad de la empresa demandada y (iii) el cese del contenido engañoso. Sin embargo, la discriminación social y racial y la publicidad engañosa solo han sido parcialmente ponderados en la sentencia. La discriminación social hacia las personas de talla baja no ha sido considerada en la sentencia recurrida. Así pues, la sentencia debe pronunciarse separadamente sobre la discriminación social y la publicidad engañosa.

2.17. Apelación (INDECOPI)

Con fecha 11 de noviembre de 2011, INDECOPI apela la Resolución N° 14 y señala los siguientes argumentos:

- El demandante no pudo recurrir a la vía del amparo dado que primero debía agotar la vía administrativa, esto es, presentar una denuncia formal.
- En cuanto a la impugnación de la presunta omisión de la Administración Pública, debió recurrir al procedimiento contencioso administrativo.
- Se está infringiendo normas sustantivas como lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 691 ya que la Comisión de Represión de Competencia Desleal es la competente para fiscalizar y sancionar contenido respecto a la publicidad comercial. En efecto, el Juez de Primera Instancia ha extralimitado sus funciones.

Finalmente, se concede la apelación interpuesta contra la Resolución N° 14

2.18. Expresión de agravios (Gloria)

En el escrito de fecha 17 de enero de 2012, la empresa cumple con expresar los agravios, señalando lo siguiente:

- El Juzgado reconoció que en el expediente no existe ninguna prueba física sobre la publicidad en cuestión, sin embargo, ha declarado fundada en parte una demanda sin que la demandada haya tenido la oportunidad de ver la publicidad que se cuestiona.
- La publicidad de Gloria no tiene connotación negativa respecto a ninguna persona, por ningún motivo. Tampoco existe menosprecio o rechazo hacia algún grupo o persona.

2.19. Absolución de expresión de agravios (Sr. Linares)

El 9 de febrero de 2012, el demandante cumple con absolver la expresión de agravios. En tal sentido, señala lo siguiente:

- No se incluyó fotografías, audios, videos o cualquier otro material multimedia porque la evidencia era notoria en aquellos años, sin embargo, pasado casi cinco años de iniciado el proceso, la empresa demandada pretende evadir su responsabilidad.
- El extremo de la discriminación social por la estatura de las personas se ha subsumido equivocadamente en el extremo de las falsas propiedades del producto, por lo que la Sala debe pronunciarse sobre cada extremo de manera separada.

2.20. Sentencia de Segunda Instancia

Mediante Resolución N° 8 del 22 de febrero de 2012, se resuelve revocar la Sentencia del 24 de octubre de 2011 que declaró fundada en parte el amparo y como consecuencia la demandada debía comprender en sus comerciales a personas de rasgos multiétnicos en proporción a la mayoría de los peruanos y reformándola la declara infundada por las siguientes razones:

- No existe certeza en lo indicado por el Sr. Linares pues solo los sustentos como la prueba puede situar al juez en la convicción de su decisión. La ausencia de pruebas es evidente y es debido a ello que el propio demandante solicitó a ABOPE TIME PERU S.A. los medios probatorios; sin embargo, en los procesos constitucionales no hay actividad probatoria. Se debe desestimar la demanda al no haberse acreditado pruebas con medios probatorios apropiados.

2.21. Recurso de Agravio Constitucional (Sr. Linares)

El 19 de marzo de 2012, el demandante, el Sr. Linares, interpone Recurso de Agravio Constitucional contra la Resolución N° 8 exponiendo los siguientes argumentos:

- No se consideró los argumentos del demandante vertidos en la absolución de la expresión de agravios con lo que se vulnera el principio procesal de igualdad de las partes.
- No se atiende a la solicitud de aclaración de Sentencia dado que el primer extremo de la demanda sobre la discriminación social hacia las personas de estatura baja en la publicidad de Gloria no ha sido resuelto en la sentencia de segundo grado.
- Las comunicaciones remitidas a Gloria S.A. y a INDECOPI manifiestan la preocupación por el contenido discriminatorio en la publicidad.
- El Colegiado no realiza valoración alguna de las pruebas ofrecidas por el Juez de Primera Instancia.

2.22. Sentencia del Tribunal Constitucional

El 23 de octubre de 2012, el Tribunal Constitucional resuelve lo siguiente:

- Es recién con la solicitud de aclaración de la sentencia que se precisa el petitorio en tres aspectos: el cese de la publicidad discriminatoria social, suspender los comerciales con contenido discriminatorio y el cese del contenido engañoso.
- No se debe analizar la pretensión de la conclusión de los comerciales engañosos pues dicho extremo fue desestimado en primera instancia y consentido por el demandante.
- La pretensión de ordenar a la demandada a que deje de convocar personas con rasgos caucásicos para sus publicidades es contraria a la naturaleza del amparo y en caso de estimarse, se restringe de manera irrazonable el ejercicio del derecho a la libertad de contratar.
- Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, el demandante no aprobó algún método probatorio que respalde su alegato de publicidad discriminatoria. Sin embargo, INDECOPI adjuntó el comercial que el demandante considera que es discriminatoria. En ella no observa preferencia sobre alguna raza y/o estatura; tampoco se menoscaba el reconocimiento de un derecho. Los alegatos del demandante son subjetivos.

Finalmente, la demanda es declarada infundada debido a que no se acreditó la vulneración de los derechos que señala el Sr. Linares.

3. Cuestiones generales

3.1. ¿Qué es la discriminación?

El Perú es un país diverso, con una gran variedad de etnias, razas e idiomas. Sin embargo, como es apreciable, en la actualidad, existen casos de discriminación hacia personas o grupos que poseen características innatas como el origen étnico, religión, sexo, condición económica, discapacidad, alguna condición en particular, orientación sexual, entre otros. Esta discriminación o menosprecio no solo se traduce en un “mal trato”, sino en el trato desigual que, sin justificación alguna, reciben estas personas o

grupos y que los priva de goce del ejercicio de sus derechos como el derecho al trabajo, salud, educación y más. Así, en palabras de Zepeda, la discriminación es una conducta, socialmente extendida, de desprecio contra una persona o grupo de personas sobre la base de un prejuicio negativo que tiene por efecto (intencional o no) dañar sus derechos y libertades fundamentales (2005:23). Lamentablemente, la discriminación presente en nuestra sociedad es negada y hasta naturalizada en la mayoría de las ocasiones.

Cabe precisar que el derecho a la no discriminación está estrechamente vinculado al derecho a la igualdad. Se reconoce el derecho a la igualdad y se prohíbe el acto de discriminar por precisos motivos. Así, la Constitución Política del Perú de 1993, señala, en el artículo 2, que las personas tienen derecho a la igualdad ante la ley y que nadie puede ser discriminado por ningún motivo. Y, a su vez, el derecho a la igualdad también es reconocido como un principio rector del Estado Democrático, como lo señala el fundamento 9 del Expediente N° 03843-2008-PA/TC: *“La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos”*. Entonces, la igualdad presenta doble dimensión. En primer lugar, es un principio rector de todo el ordenamiento jurídico del Estado Democrático de Derecho; mientras que, por otro lado, es un derecho subjetivo que puede ser exigido individualmente. Este derecho confiere el derecho a ser tratado con igualdad ante la ley y a no ser discriminado por algún motivo (Eguiguren, 1997: 63). Esto es, que la igualdad es una regla que debe permanecer en la legislación del Estado y aplicarse junto a los demás derechos fundamentales, por lo que una ley no puede excluir arbitrariamente a alguna persona y, además, la aplicación de la ley debe ser a todos los ciudadanos por igual cuando estos se encuentren en situaciones semejantes o similares.

No obstante, el principio de igualdad entendido como la igualdad ante la ley, a su vez, puede ser entendido desde dos vertientes: formal y material. La primera de estas que hace referencia al trato igualitario y que la aplicación de la ley sea igual para todas las personas y, en el caso de la igualdad material, la ley debe crear oportunidades para todas las personas por igual, es decir, dar las herramienta suficientes y necesarias a las personas que lo necesitan para remover obstáculos y crear igualdad de condiciones. Por ello, se debe señalar que, si bien el trato diferente hacia alguna persona está prohibido, no todo trato diferenciado implica discriminación. Esto radica en el hecho que hay justificación para no catalogar un trato como discriminatorio. Para que exista discriminación, debe haber un trato de forma desigual en base a prejuicios y ello generará un impacto negativo en los sujetos que son discriminados pues habrá afectación a su dignidad (Amaya, 2015:19)

Es importante a su vez, reconocer que hay dos formas de discriminación: directa e indirecta. Según Huerta, en la discriminación directa, el trato discriminatorio se manifiesta de manera clara mientras que en el caso de la discriminación indirecta, la discriminación es neutra, es decir, se debe acudir a consultar más elementos para poder identificar si se está frente a un trato discriminatorio (2005: 312). Por proponer ejemplos, en el caso de la discriminación directa, una norma que explícitamente prohíba a las mujeres trabajar o la existencia de normativa que promueva el despido

laboral a mujeres en estado de gestación. Por el lado de la discriminación indirecta, alguna norma que establezca que para aplicar a un trabajo necesitas determinada apariencia o solicitar una determinada cualidad física que predomine en cualquiera de los dos sexos.

Ante este menoscabo del ejercicio de derechos a personas o grupos, la Comunidad Internacional ha desarrollado normas que garantizan el derecho a la igualdad y la no discriminación. Es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 2), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 2, numeral 1), la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1, numeral 1), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 2, numeral 2, artículo 3 y artículo 10, numeral 3).

No solo los cuerpos normativos internacionales protegen el derecho a la igualdad y la no discriminación, también lo hace la Constitución Política del Perú de 1993 que proclama 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 cualquiera otra índole.

3.2. Escenarios/tipos de discriminación

En la sociedad, existen múltiples tipos de discriminación, entre los cuales se encuentran la discriminación por motivos de raza, origen, sexo, religión, condición económica y/o social, idioma, entre otros. Cabe resaltar que, las personas no necesariamente pueden identificarse con solo un tipo de discriminación, sino que, puede darse el caso que puedan identificarse con más de un tipo y ello aumentaría el grado de discriminación. Por ejemplo, una persona originaria de la sierra peruana que hable quechua, puede estar frente a la discriminación de origen, así como la discriminación por idioma. En nuestro país, la Constitución Política menciona estos tipos en el artículo 2, numeral 2. A continuación se explica de qué trata cada uno de ellos:

3.2.1. Discriminación por raza (racismo): Generalmente se suele tomar como sinónimos al racismo y discriminación, sin embargo, el racismo es un tipo de discriminación y lamentablemente el más frecuente en nuestro país. El racismo constituye una discriminación efectuada por las adscripciones raciales atribuidas a un individuo o colectividad (Drinot, 2014: 2). Esta discriminación racial, en la mayoría de los casos, se encuentra ligada con la discriminación lingüística o geográfica. Esto es, la discriminación a las personas por ser quechuahablantes o por ser oriundo de regiones marginalizadas (como por ejemplo llamar “serrano” de manera despectiva a quienes provienen de la Sierra de nuestro país).

3.2.2. Discriminación por Idioma: En el caso del idioma, como se ha mencionado anteriormente, está ligado al racismo. Esto se puede observar cuando personas que no tienen al español como lengua materna, son escuchados hablando o utilizando malas conjugaciones o palabras. Un grupo que suele sufrir de este tipo de

discriminación son las personas quechuahablantes, personas generalmente que provienen del interior del país, quienes no manejan muy bien el español.

3.2.3. Discriminación por condición social: En este tipo de discriminación, el menosprecio es hacia la persona o grupo de personas que pertenecen a distinta condición social/económica. Por ejemplo, por situación educativa, económica, apellido, distrito de residencia.

3.2.4. Discriminación por sexo: Discriminación a personas por su género, generalmente por ser mujer. Por ejemplo: Discriminación salarial por sexo, en el cual un grupo que tiene las mismas cualidades y condiciones que otro, suele percibir menores ingresos solo por pertenecer a un grupo, en este caso, para el ejemplo, femenino. Así, por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), ratificado por el Perú en 1982, señala que se condenará todo tipo de discriminación contra la mujer en todas sus formas. Asimismo, la Ley N° 28983 tiene como objeto la igualdad entre hombres y mujeres, impidiendo la discriminación en todas las esferas de la vida.

3.2.5 Discriminación por motivos religiosos: En este tipo de discriminación se menosprecia a las personas por sus creencias religiosas. En la Constitución Política del Perú, además de contemplar el derecho a la igualdad ante la ley y no ser discriminado por motivo de religión, se señala que toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión ya sea en forma individual o en asociación. Asimismo, que no hay persecución por ideas o creencias ni delito de opinión. Por consiguiente, la Ley N° 29635, Ley de libertad religiosa, publicada en el año 2010, también tuvo como objetivo garantizar el derecho fundamental a la libertad de religión, tal como lo reconoce nuestra Constitución y, como consecuencia, prohibir toda acción u omisión que discrimine a una persona en razón de sus creencias religiosas.

3.2.6. Discriminación laboral: Es un tipo de discriminación que está ligado a otros tipos como la discriminación por raza, sexo, religión, contratación. Por ejemplo: Solicitar a personas de “buena presencia” para algún puesto de trabajo, no contratar a personas de alguna religión en particular por motivos no justificados, no contratar a mujeres u hombres cuando la labor la pueden hacer ambos en las mismas condiciones. Del mismo modo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha establecido que la discriminación es cualquier exclusión o preferencia que se base en motivos de raza, color, religión, ascendencia nacional, entre otros, que tengan por efecto alterar la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral⁹. Asimismo, la Constitución del Perú indica, en su artículo 26, que en las relaciones laborales se respeta, como uno de los principios, la igualdad de oportunidades sin discriminación. Así, en concordancia con la Constitución, en el año 2017 se publicó la Ley N° 30709, la cual tiene como finalidad prohibir la discriminación con relación a la remuneración entre varones y mujeres, mediante la determinación de categorías y funciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo. Igualmente, la Ley de Productividad y Competitividad en el Empleo (Decreto Legislativo 728) indica que cuando el despido tenga como motivo la discriminación, este será considerado nulo.

⁹ OIT, Convenio 111

3.3. Remedios en caso de actos de discriminación (amparo, medidas administrativas: municipales, INDECOPI)

En casos de actos de discriminación, el ordenamiento jurídico ha previsto remedios, entendiéndose por remedios a las estructuras o fórmulas jurídicas a través de las cuales un individuo (o un conjunto de ellos) protege sus derechos subjetivos (o sus intereses jurídicamente relevantes) de una agresión o infracción (Saavedra, 2014: 114).

Es importante mencionar el avance normativo con respecto a las ordenanzas que son expedidas por los gobiernos regionales, municipales y distritales en las cuales se prohíbe la discriminación en todas sus formas. Estos cuerpos normativos plantean la protección de los consumidores ya que establecen sanciones a los establecimientos de atención al público que cometan actos discriminatorios como la prohibición del ingreso de personas al local por motivos injustificados, así como establecer sanciones cuando los anuncios publicitarios del establecimiento público contengan imágenes o frases discriminatorias.

Además de los gobiernos regionales, municipales y distritales, las instituciones públicas también son las encargadas de atender casos de discriminación, por lo tanto, son las competentes para investigar los hechos ocurridos y, a su vez, sancionarlos. Entre estas instituciones se encuentran, por ejemplo, el Ministerio de Educación, el Ministerio de Trabajo y el INDECOPI. Es así como, en el caso de Indecopi, el Código de Protección y Defensa del Consumidor, señala como derecho del consumidor el trato justo y equitativo en toda transacción comercial y no ser discriminados por ningún motivo ya sea raza, religión, opinión, condición económica u otros. A su vez, el mismo Código establece que los proveedores no pueden establecer discriminación en cualquiera de sus formas con respecto a los consumidores, se encuentren o no en una relación de consumo¹⁰. Y, en cuanto al consumidor frente a la publicidad, el mismo Código protege al consumidor para que los anuncio no afecten el principio de adecuación social, evitando que los induzca a cometer actos antisociales o de discriminación.

En el año 2021¹¹, Indecopi impuso más de 4 millones de soles en multas por actos de discriminación contra los usuarios. De acuerdo con la noticia del Diario El Peruano, los actos de discriminación reiterados que fueron sancionados por las comisiones de protección al consumidor tuvieron como motivo la discriminación por motivo de género, orientación sexual, edad, discapacidad, entre otros. Cabe resaltar que, además de las multas impuestas, INDECOPI, con el objetivo de corregir los actos discriminatorios, ordena el cumplimiento de medidas correctivas como, por ejemplo, que la empresa sancionada ofrezca disculpas públicas, que se realicen capacitaciones al personal de la empresa, entre otros.

¹⁰ Código de Protección y Defensa del Consumidor, artículo 38

¹¹ Tomado de Diario el Peruano: <https://elperuano.pe/noticia/124501-indecopi-multas-por-actos-de-discriminacion-en-relaciones-de-consumo-superan-los-s-4-millones>

En cuanto al ámbito penal, el Decreto Legislativo N° 1323, publicado en el año 2017, modificó el artículo 323 del Código Penal. Este artículo castiga con pena privativa a la persona que realice actos que menoscaben los derechos reconocidos en la Carta Fundamental -o en tratados que versan sobre derechos humanos ratificados por nuestro país- basados en motivos religiosos, raciales, de nacionalidad, sexo, cultura, discapacidades, nivel socioeconómico y más.

Cabe agregar que el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación son derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política (artículo 2), por tanto, en casos de vulneración de derechos reconocidos constitucionalmente, la persona agraviada puede recurrir a procesos constitucionales de tutela de derechos fundamentales como el amparo. Esta garantía constitucional se encuentra regulada en el artículo 200 de la Constitución del Perú.

Este proceso constitucional es de suma importancia y uno de los utilizados de manera frecuente. Aproximadamente, el 70% de la carga del Tribunal Constitucional peruano se refiere al proceso de amparo (Figuroa, 2012: 82). Sin embargo, el mencionado proceso tiene un carácter residual o subsidiario. Esto es que, se emplea cuando la protección a los derechos fundamentales no se puede obtener mediante los procesos judiciales ordinarios. Así, el Nuevo Código Procesal Constitucional, vigente desde el 2021, puntualiza que, si existen vías procedimentales específicas y que sean igualmente satisfactorias para proteger el derecho constitucional vulnerado, no procederá el proceso constitucional¹². No obstante, el mismo Código señala que existen excepciones en los cuales no será exigible de las vías previas¹³. Asimismo, como el proceso de amparo tiene carácter de urgencia, la actividad probatoria es mínima y bastará con la acreditación del presunto acto que está causando la lesión.

3.4. Configuración para Indecopi

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), organismo que vela por el buen funcionamiento del mercado, fiscaliza la libre y leal competencia y protege al consumidor y a la propiedad intelectual, es el encargado de sancionar los actos discriminatorios en el ámbito de una relación de consumo. Es así como, de verificarse un caso de discriminación, el INDECOPI puede iniciar un procedimiento sancionador de oficio o de parte y finalmente imponer medidas correctivas, multas o sanciones.

Ahora bien, la discriminación es un acto denigratorio que desde hace muchos años ha estado presente en la sociedad; sin embargo, recién en el año 1998, con el Documento de Trabajo N° 3-1998 -emitido por INDECOPI- se llegó a la conclusión de la necesidad de modificar la legislación en materia de consumo y admitir la figura de “discriminación en el consumo” (Amaya, 2015: 34). Por ello, a partir de aquel año se promulgaron modificaciones y nuevas normas para precisar el tema de la discriminación en el consumo, entre ellas, la Ley N° 27049 y el Decreto Legislativo N° 1045. Del mismo modo, con la promulgación del actual Código de Protección y

¹² Nuevo Código Procesal Constitucional, art. 7, inc. 2

¹³ Nuevo Código Procesal Constitucional, art. 43

Defensa del Consumidor (CPDC), vigente desde el año 2010, se destacó la necesidad de prohibir todo acto de discriminación y del trato diferenciado ilícito. Este Código establece que los consumidores tienen derecho a un trato equitativo y justo durante toda transacción comercial y, además, a no ser discriminados por ningún motivo¹⁴. Adicionalmente, el citado Código recalca que los proveedores, con respecto a los consumidores, no pueden establecer discriminación en cualquiera de sus formas, se encuentren o no en una relación de consumo. Además, el mencionado cuerpo legal también proscribió la prohibición del trato diferenciado ilícito¹⁵ señalando que está prohibido el rechazo a las personas sin que existan causas de seguridad del local o tranquilidad de los clientes y/o otros motivos semejantes. Y, se debe tomar en cuenta que, el trato diferenciado hacia los consumidores debe obedecer a causas razonables y, sobre todo, objetivas. Al respecto, Amaya menciona que el trato diferenciado ilícito consiste en la conducta mediante la cual se le niega a un consumidor la adquisición de algún producto o servicio por cualquier motivo que no resista el análisis del razonabilidad, proporcionalidad u objetividad y que, por el contrario, se encuentre fundamentado en cuestiones solamente subjetivas, como por ejemplo, condiciones exageradas para admitir el ingreso de clientes a un establecimiento o la enemistad entre el proveedor y el consumidor (2015: 27)

Por lo expresado anteriormente, existe diferencia entre un acto de discriminación y un trato diferenciado ilícito. Ambas figuras restringen al consumidor a acceder a los bienes o servicios que se ofertan sin justificación alguna; asimismo, ambas son formas de tratos desiguales. En relación al trato diferenciado ilícito, los motivos por los cuales se trata de manera desigual a las personas son injustificados y simples, como, por ejemplo, no vender un producto -aún cuando el proveedor tiene stock- a un consumidor solo por el hecho de tener el cabello de algún color determinado. Empero, los actos de discriminación basan el trato desigual e injustificado en motivos de relevancia social afectando la dignidad de la persona. Es por ello por lo que, la discriminación es más reprochable. Como lo señala Amaya, la figura de la discriminación es un tipo infractor más agravado puesto que vulnera más de un derecho fundamental como la igualdad y la dignidad (2015: 29). Es más, la discriminación en el consumo, además de poder ser sancionado administrativamente, puede ser perseguido como delito y, por ende, el proveedor puede ser sancionado con pena privativa de la libertad. Caso contrario, el trato diferenciado ilícito solo configura una infracción administrativa. Un ejemplo¹⁶ de discriminación racial es el caso de la Discoteca Café del Mar¹⁷. Esta discoteca fue sancionada hasta en dos oportunidades debido a actos de discriminación racial. Este establecimiento negaba la entrada de parejas con rasgos mestizos alegando que no eran socios y que debían presentar el carnet del local. Sin embargo, otras personas con rasgos caucásicos, entre ellos, tener la tez clara, entraban a la discoteca solo mostrando el DNI. La Sala tomó en cuenta varios medios probatorios, entre ellos que el público de la mencionada discoteca generalmente era un grupo homogéneo de personas con características

¹⁴ CPDC, art. 1, inc. d)

¹⁵ CPDC, art. 38, incisos 2 y 3.

¹⁶ Expediente N° 176-2006/CPC

¹⁷ Resolución N° 911-2006/CPC del 23 de mayo de 2006 y Resolución N° 2174-2006/CPC del 21 de noviembre de 2006

similares en aspectos raciales y vestimenta; esto comprobaba que el establecimiento seleccionaba a los clientes por motivos de raza y de status o condición social.

Cabe resaltar que, el artículo 38 incisos 2 y 3 del CPDC hace mención de que el trato diferente en los consumidores debe obedecer a causas razonables y, a su vez, objetivas. Asimismo, se prohíbe la exclusión de las personas sin que existan causas de seguridad del establecimiento o la tranquilidad de los demás clientes. De estos incisos se desprende que, si el trato diferenciado tiene una justificación razonable y existen causas justificadas como la seguridad y tranquilidad a los demás, este deja de ser ilícito. Como ejemplo¹⁸, en el año 2009, no se les permitió el ingreso a dos personas a una agencia bancaria. Una de ellas portaba un arma de fuego. El personal de seguridad de la agencia negó el ingreso de estas personas para salvaguardar la seguridad de los demás clientes y del establecimiento. Posteriormente, el usuario afectado manifestó que él era un recluso con permiso expedido por el INPE y estaba acompañado por un policía de civil. Ante ello, la Sala¹⁹ revocó la decisión de la primera instancia argumentando que es justificado que el proveedor negara la entrada al establecimiento en las condiciones de las personas mencionadas, más aún cuando en este establecimiento se maneja dinero en efectivo y los demás clientes pueden verse sobreexpuestos a actos delictivos.

Ahora bien, Indecopi también fiscaliza la leal competencia, por lo que es menester señalar cómo se configura la discriminación en la competencia desleal. El Decreto Legislativo N° 1044, publicado en el año 2008, en su artículo 18, inciso a) distingue, como acto de competencia desleal, el inducir a los receptores de la publicidad a cometer actos discriminatorios u ofensa por motivo de raza, origen, sexo, religión, idioma, condición económica, opinión o de cualquier otra índole. En ese sentido, la prohibición radica en estimular a que los consumidores que visualizan la publicidad cometan actos discriminatorios, así como ilegales.

4. Problemas jurídicos del expediente

Los problemas jurídicos del expediente son los siguientes:

4.1. Determinar si la publicidad emitida por el Grupo Gloria deviene en discriminatoria

- a) Discriminación social por motivo de la estatura de las personas en la publicidad
- b) Discriminación racial por la presencia de personas con rasgos caucásicos en la publicidad

4.2. Determinar si la publicidad deviene en engañosa

¹⁸ Expediente N° 79-2009/CPC-Indecopi-CAJ

¹⁹ Resolución N° 1867-2010/SC2-Indecopi del 23 de agosto de 2010.

4.3. Determinar si el amparo fue la vida idónea

5. Análisis de los problemas jurídicos del Expediente

5.1. Determinar si la publicidad emitida por el Grupo Gloria deviene en discriminatoria

a) Discriminación social por motivo de la estatura de las personas en la publicidad

En el caso en cuestión, el Sr. Oshiro manifestó que la publicidad de la empresa Gloria contiene un contenido discriminatorio por talla pues existe un sentido de menosprecio a la estatura baja de las personas. Esto genera un perjuicio al desarrollo psicológico de sus menores hijos dado que, por ser ellos de baja estatura, la publicidad contribuye a que ellos sean objeto de burla. No obstante, la institución competente, INDECOPI, se pronunció mediante una Carta que en la publicidad del Grupo Gloria no se ha apreciado que existiera alguna inadecuación entre el principio de no discriminación y el anuncio de leche Gloria; asimismo que la publicidad no es capaz de generar objetivamente conductas ofensivas o discriminatorias.

En primer lugar, se debe tener en cuenta que los hechos tuvieron lugar en los años 2006 y 2007, cuando el cuerpo normativo que regulaba la competencia desleal era la Ley N° 26122 (pub. 30/12/1992). Sin embargo, es importante resaltar que gran número de los actos de competencia desleal se desarrollan mediante la publicidad (Kresalja, 1994: 287), por lo que es menester hacer mención del Decreto Legislativo N° 691 “Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor” (pub. 6/11/1991). Este último decreto establecía en su artículo 3:

Artículo 3.- *Los anuncios deben respetar la Constitución y las Leyes.*

Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales (...)

Al momento de realizar publicidad, se debe tener en cuenta que los derechos fundamentales, que están proclamados en nuestra Constitución, exigen que nadie puede ser objeto de discriminación por motivos de sexo, religión, raza o de cualquier otra índole. Por esa razón, normas como el Decreto Legislativo N° 691 establecen que ningún anuncio debe estimular la discriminación en cualquiera de sus formas. Al respecto, es importante entender la obligación de que los anuncios deben evitar la ofensa o discriminación, así López Raygada refiere que:

Atendiendo a esta obligación, los anuncios y las campañas publicitarias deben evitar generar afectaciones a la igualdad social en la realidad, provocando efectos de exclusión o de aislamiento de minorías, menos aun sátiras, burlas

o minimización sobre determinada condición sexual o política. (...) Los anunciantes y las agencias publicitarias se deben mantener atentos para evitar que la creatividad o el humor puedan, involuntariamente, contribuir a generar un efecto nocivo en la sociedad (2007: 198) (el subrayado es mío).

Por lo antes expuesto, las publicidades no pueden estimular o incentivar cualquier clase de ofensa o discriminación, en este caso, discriminación social por la talla de las personas; es decir no se puede motivar a que las personas que visualizan los anuncios publicitarios cometan actos ofensivos o discriminatorios. Por ejemplo, que, en un comercial, una persona se exprese despectivamente de alguna persona de talla baja utilizando calificativos peyorativos. Esto haría que las personas receptoras del mensaje publicitario - sobre todo los menores de edad- traten de esa manera a las personas de talla baja.

Además, el mismo artículo establece como obligación el no enaltecer, inducir o estimular actividades antisociales. Así, también en palabras de López Raygada:

Es antisocial, en consecuencia, cualquier conducta deshonesta, contraria a la verdad o violenta, entre otras que sean capaces de deteriorar las condiciones de convivencia. Se encuentran incluidas en la categoría de conductas antisociales aquellas que implican la violación de una norma jurídica o la realización de un crimen o delito. (2007: 198) (el subrayado es mío).

De lo dicho anteriormente, los anuncios no pueden estimular a que los consumidores realicen cualquier actitud o comportamiento violento, contrario a la verdad, que sea incorrecta, que incentive el realizar un delito, entre otros. Por ejemplo, estaría prohibido que en un anuncio publicitario se incentive a estafar a las personas pues ello es un delito. De la misma forma, un anuncio no puede contener comportamientos violentos como incentivar que un niño golpee a otro niño o insultar.

En el caso en cuestión, el Sr. Linares indica que el extremo que versa sobre la discriminación por la estatura de las personas no se ha resuelto en la sentencia de primera instancia. Del mismo modo, menciona que dicho extremo ha sido subsumido en el extremo de la publicidad engañosa. No obstante, en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 23 de octubre de 2012, se analiza la pretensión de cese de la publicidad discriminatoria. A continuación, se analizará si la publicidad emitida por Gloria S.A. es discriminatoria por motivos sociales como la talla de las personas.

Es importante resaltar también que, en el presente caso, el demandante no presentó la publicidad que supuestamente resulta discriminatoria. Tampoco se identificó en qué fecha se publicó o en qué medios de comunicación. La ausencia de esta prueba fue tan evidente que el mismo demandante tuvo que solicitar a ABOPE TIME PERU S.A. que proporcione la publicidad televisiva entre los años 2006, 2007 y 2008. Sin embargo, este pedido no fue atendido debido a que, en los procesos constitucionales como el amparo, la etapa probatoria está proscrita. No obstante, del listado de medios probatorios, se

aporta que “los anuncios fueron propalados en el último año”, de lo que se infiere que la publicidad supuestamente discriminatoria fue transmitida durante abril de 2006 y abril de 2007. Además, tomando en cuenta la solicitud del demandante hacia ABOPE TIME PERU S.A., se establece que la difusión de la publicidad supuestamente discriminatoria se dio entre 2006 y 2008. Es necesario subrayar que INDECOPI, al contestar la demanda, aportó los comerciales que el demandante considera discriminatoria. Así, en la Resolución N° 703-2008/TDC-INDECOPI se señalan las publicidades de la campaña “Tres vasos de leche al día”, las cuales expresan lo siguiente:

Primer anuncio: Se muestra a un infante y su madre en una tienda. El menor observa a otro niño más alto que él. El niño se marcha de la bodega y al caminar por la vía pública, mira a otro menor de sombrero amarillo más alto que él. Posterior a ello, el infante de sombrero amarillo mira a un adolescente que es más alto que él. Finalmente, todos los niños son mostrados en el anuncio tomando leche. Una voz en off relata lo siguiente *“Todos soñamos con llegar alto. Todos queremos ver el mundo desde arriba. Todos queremos ser más grandes. Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande”*

Segundo anuncio: Imágenes de varios menores divirtiéndose en una playa y tomando leche Gloria. Durante el comercial, una voz en off menciona *“Llegó el verano, sol todo el día, hace calor refrescarme quería y como quiero crecer todavía, este verano tomo leche fría. Tres, tres, tres vasos de leche fría, tres tres tres vasos de Gloria al día. Este verano tus hijos siguen creciendo. Dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes Glo, glo, glo, Gloria”*.

De lo expuesto anteriormente y de acuerdo al artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691, los anuncios antes mencionados, los cuales el demandante considera discriminatorios, no lo son. Conforme a lo estipulado por el mencionado artículo, **la obligación recae en no favorecer o estimular cualquier clase de ofensa, situación que no ocurre en ninguno de los anuncios señalados**, ya que en estos, solo se ve imágenes de niños viendo a otros niños más altos y tomando leche Gloria, así como varios menores entreteniéndose en la playa y tomando leche de la mencionada empresa. No se aprecia la conducta de favorecer o estimular cualquier clase de discriminación, en este caso, por la talla de las personas. Tampoco se usan expresiones como “chato” o “enano” de manera despectiva o menospreciando a alguien. Del mismo modo, **el artículo en mención indica que los anuncios de la publicidad no deben comprender nada que pueda inducir a actividades antisociales, ilegales o criminales que parezca estimular, favorecer o apoyar tales actividades**. De los anuncios publicitarios transcritos líneas arriba, se puede señalar que ninguno de ellos induce a realizar actividades antisociales, menos ilegales y, mucho menos, discriminatorias. No se expresan insultos por ser “chato”, tampoco se estimula a que las personas molesten a los demás por ser de baja estatura. Solo se muestra a niños mirando a otros niños que son más altos. No se aprecia en los comerciales, conductas que inciten a la discriminación en ningún aspecto.

Como también lo señala el Tribunal Constitucional en su sentencia emitida²⁰, que los comerciales de la campaña de Gloria “Tres vasos de leche al día” no evidencia restricción o preferencia en base a la estatura de las personas, tampoco tiene como fin menoscabar el reconocimiento, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas²¹. Para tratarse de discriminación, debe haber connotación negativa y esto implica una exclusión arbitraria, hechos que en la campaña publicitaria señalada no se evidencia.

El Decreto Legislativo N° 1044, publicado en el año 2008, derogó el Decreto Legislativo N° 691. Si bien el caso en cuestión sucedió -como fue mencionado- entre los años 2006 y 2007, cuando este último decreto aún estaba vigente y por lo tanto le era aplicable, es importante señalar cómo el Decreto Legislativo N° 1044 regula la no discriminación en las publicidades en día de hoy. El también llamado Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal o “LRCD”, en su artículo 18 señala que:

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;

(...)

Así, el Decreto Legislativo N° 1044 señala que el anuncio no debe inducir al destinatario a cometer actos ilegales y actos de discriminación. A diferencia del Decreto Legislativo N° 691, el cual establecía que los anuncios no deben favorecer o estimular cualquier tipo de discriminación, el Decreto Legislativo 1044 indica textualmente que no se debe inducir **al destinatario del mensaje publicitario a cometer**. Sin embargo, en el anterior decreto ya derogado, a pesar de que no hace tal mención de manera explícita -sobre todo en el primer párrafo- al utilizar los verbos “favorecer” o “estimular” se entiende que no debe estimular²² a que quienes reciben el mensaje cometa los actos de discriminación. Para el caso del segundo párrafo, sobre las actividades antisociales, se utiliza el “inducir” sin especificar a quienes, entendiéndose también dirigido a quienes reciben el mensaje de la publicidad.

Es importante resaltar que el estimular o inducir a realizar actos discriminatorios no tiene el mismo alcance que el acto de inducir o apoyar actividades ilegales o criminales, puesto que, en el caso de los actos de discriminación, la prohibición radica en la necesidad de brindar protección de manera directa a las personas como sujetos de derecho, al exigir que no se fomenta o estimule cualquier atentado contra su dignidad a través de actos

²⁰ Exp. N° 02342-2012-PA/TC

²¹ Fundamento 6 del Exp. N° 02342-2012-PA/TC

²² De acuerdo a la Real Academia de la lengua española, estimular: Hacer que alguien quiera hacer algo o hacerlo en mayor medida.

discriminatorios (Pazos, Capurro, Mac Kee y Escalante, 2020: 52). Asimismo, conviene enfatizar que el tipo infractor descrito en el Decreto Legislativo requiere que el anuncio induzca e incentive al público a cometer un acto de discriminación.

Así, aplicando para el caso en concreto el Decreto Legislativo N° 1044 -si es que el mencionado decreto hubiese estado vigente al momento de ocurrido los hechos- los anuncios publicitarios no devienen en discriminatorios por motivos sociales. Ello debido a que el artículo 18 del decreto en cuestión señala como prohibición la inducción a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer actos discriminatorios o agravios por motivos de idioma, sexo, raza, religión, condición económica, opinión o de cualquier otro tipo. Conforme a los anuncios de la campaña de Gloria “Tres vasos de Leche Gloria”, en ninguno de los dos se induce al destinatario a cometer actos discriminatorios. De lo descrito en la publicidad, solo se muestran a niños mirando a otros niños más altos y tomando leche y a niños jugando en la playa y bebiendo leche. Ni la locución en off ni el desarrollo del comercial incitan que se cometa actos de discriminación por razones como la estatura de las personas. No se percibe actitudes que tengan connotación negativa e impliquen a la exclusión arbitraria hacia las personas de talla baja.

b) Discriminación racial por la presencia de personas con rasgos caucásicos en la publicidad

Como se ha señalado en los hechos relevantes, el demandante manifiesta que en la publicidad de Gloria S.A. existen criterios discriminatorios por convocar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos. Esto debido a que menoscabaría la consolidación de la identidad sociocultural del Perú pues es un país conformado en su mayoría por mestizos.

Al respecto, y como se ha explicado anteriormente, el demandante no adjuntó prueba alguna; sin embargo, en la contestación que realizó INDECOPI, aportó las propagandas que el demandante considera que son discriminatorias. Es con la Resolución N° 703-2008/TDC-INDECOPI que se da cuenta de los comerciales de la campaña “Tres vasos de leche al día²³”. No obstante, se debe tener en cuenta que, para este supuesto de discriminación racial, lo que el demandante manifiesta no es sobre el contenido discriminatorio de los anuncios, sino acerca de la convocación casi exclusiva de personas de rasgos caucásicos para ser imagen de la publicidad.

1. Sobre el contenido de los anuncios o comerciales publicitarios:

En primer lugar, en relación con el contenido de los anuncios publicitarios, no se evidencia que haya existido discriminación. Cabe mencionar nuevamente al Decreto Legislativo N° 691 que dispone que los anuncios no deben estimular cualquier clase de agravio, ofensa o

²³ Los anuncios se encuentran transcritos en la página 31

actos de discriminación en ninguno de sus tipos. Por lo que ninguna publicidad debe favorecer la discriminación, en esta situación, racial. Esto es, no debe haber menosprecio hacia alguna raza. Tampoco se puede estimular o incentivar a las personas a realizar actos discriminatorios contra personas de determinadas razas. La publicidad no debe fomentar a que los que reciben el mensaje repliquen la conducta discriminatoria que se visualiza en el anuncio.

Ahora bien, en la publicidad de la campaña de Gloria “Tres vasos de leche al día” no se observa comportamientos o actitudes discriminatorias hacia alguna raza puesto que no se refiere con connotación negativa y exclusión arbitraria hacia alguna persona de alguna raza en particular. Del mismo modo, el Tribunal Constitucional señaló que en la propaganda no se verifica que se excluya, se restrinja o se de preferencia en base a la raza o que se pretenda anular el reconocimiento, ejercicio o goce, en igualdad de condiciones, de los derechos de las personas ²⁴”.

A su vez, el Decreto Legislativo N° 1044, vigente en la actualidad, indica que son actos contra el principio de adecuación social el “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*”. Es decir, los anuncios publicitarios no deben motivar a las personas que reciben el mensaje de la publicidad a cometer actos discriminatorios. Se prohíbe absolutamente la difusión de este contenido. Empero, en la publicidad de la campaña publicitaria en cuestión no se muestra actitudes discriminatorias en cuanto al contenido, pues se observa a niños jugando, niños viendo a otros niños más altos y tomando leche. No se hace mención de manera peyorativa a alguna raza en particular.

Por ejemplo, un caso en el cuál se cuestionó el contenido discriminatorio de la publicidad fue el de colchones “Drimer”. En el año 2019, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal de INDECOPI sancionó a la empresa Saga Falabella y a la agencia publicitaria Circus Grey debido a que difundió publicidad que inducía a cometer actos discriminatorios²⁵. El anuncio difundido promocionaba la venta de colchones “Drimer”. En él, se apreciaba a dos mujeres -una mujer de tez blanca y una mujer afrodescendiente- saltando sobre la cama, mirando películas, compartiendo juntas. La mujer de tez blanca, protagonista de la publicidad, se muestra y señala que ella es una persona ordenada; le gusta que su cama esté limpia y huela bien, por tanto, utiliza colchón “Drimer”. Sin embargo, al finalizar la publicidad, la protagonista menciona que su colchón absorbe malos olores y que “no

²⁴ STC 2342-2012-PA/TC, fundamento 6

²⁵ Resolución N° 107-2019/CCD-Indecopi del 2 de julio de 2019

se lo digan a Valeria”, haciendo referencia a la mujer afrodescendiente. Por ello, INDECOPÍ determinó que el anuncio generaba conductas discriminatorias de índole racial en perjuicio de las personas afrodescendientes ya que se les presenta como personas antihigiénicas. Ante ello, se le ordenó a Saga Falabella S.A. y a Circus Grey Perú S.A.C., el cese inmediato y definitivo de la propalación del anuncio y de cualquier otro similar, en la medida que pueda inducir a cometer actos de discriminación. Así como una sanción de 20 UITs a cada empresa.

2. Sobre convocar casi exclusivamente a personas con rasgos caucásicos para ser imagen de la publicidad:

En la Sentencia de Primera Instancia, el Colegiado argumentó que el convocar de manera casi exclusiva a personas de rasgos caucásicos cuando la mayoría de los peruanos presentan características indígenas y mestizas resulta discriminatorio. Por ello, resolvió que Gloria S.A. debe incluir en sus publicidades a personas multiétnicas en una proporción a la mayoría de los peruanos.

Como argumento, el Colegiado señaló que se trata de discriminación indirecta debido a que, si bien superficialmente puede ser neutra sin intención de discriminar, los productos lácteos de la demandada son de venta masiva y son publicitados a través de señal abierta. Esto produce un efecto desfavorable para un grupo de personas, como los menores de edad, receptores principales de la publicidad, quienes no comprenden razones subjetivas de la empresa como para calificar que la propaganda conlleva un trato discriminatorio. Gloria S.A. no toma en cuenta lo emanado de la Constitución que prohíbe la discriminación en cualquiera de sus formas: la exclusión de un grupo mayoritario de peruanos. La empresa debe contribuir a la cohesión social.

Al respecto, si bien la Primera Instancia resolvió que se debe ordenar a Gloria S.A. que deje de convocar a personas de rasgos caucásicos para sus publicidades y que convoque a personas de rasgos multiétnicos en igual proporción a la mayoría de los peruanos, en la apelación, se revocó lo resuelto. Posteriormente, el Tribunal Constitucional²⁶ argumentó que el ordenar que la empresa deje de convocar a personas de rasgos caucásicos para sus anuncios publicitarios es contraria a la naturaleza del amparo. Referente a eso, cabe destacar que el amparo consiste en restituir un estado de cosas, generado por una afectación, a la situación anterior a la vulneración de un derecho fundamental (Figuroa, 2012: 82), por lo que ordenar a Gloria S.A. a que no convoque a personas con rasgos caucásicos no tiene por finalidad restituir el ejercicio de un derecho fundamental.

²⁶ STC 2342-2012-PA/TC, fundamento 2

Debemos resaltar el ejercicio del derecho a la libertad de contratar por parte de la empresa Gloria S.A. Esta libertad es la potestad que se concede a cada persona de contratar o no y, en caso de hacerlo, para elegir la persona con quien hacerlo, es decir, la libertad de contratar otorga a los particulares el derecho de decidir cuándo, cómo y con quién contratar (Ortiz, 2013: 1). En ese sentido, la empresa Gloria S.A. tiene la libertad de contratar con quienes considere para que aparezcan en su publicidad, por ello, no habría inconveniente alguno en que contrate a personas con rasgos caucásicos si así lo considera. Esta libertad se encuentra regulada en la Constitución (art. 62) el cual establece que *“la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”*. Del mismo modo, el artículo 1354 del Código Civil señala que *“las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”*. De ese modo, se reconoce que, la libertad de contratar garantiza que las partes tienen la libertad para determinar el contenido del contrato que celebraran (De la Puente, 1996:8). Sin embargo, se debe tener en cuenta que esta libertad de contratación tiene límites. Uno de ellos, es el que señala el artículo 1354 del Código Civil, al mencionar que el contrato no debe ser contrario a alguna norma legal imperativa, esto es, el contrato debe tener una finalidad lícita y no podría buscar lograr un fin ilícito. Por otro lado, la libertad de contratar debe respetar reglas, principios y valores que sustentan la convivencia de la sociedad, como son los derechos fundamentales.

Gloria S.A., para sus campañas publicitarias, convoca casi siempre a personas de rasgos caucásicos; es decir, personas con características como ojos claros, tez blanca y cabello claro. De acuerdo a notas de prensa y otras noticias del año 2005, se ha considerado a Gloria como una empresa discriminadora porque constantemente presenta a personas con rasgos caucásicos en su publicidad. No obstante, la publicidad no conlleva connotación negativa respecto a ninguna raza, tampoco una exclusión arbitraria. El hecho de que la empresa contrate a personas de rasgos caucásicos para los anuncios de su publicidad no es discriminatorio pues no se está tratando de manera despectiva o peyorativa a alguna raza en particular. El mismo demandante, en su escrito de demanda, ha señalado que la discriminación negativa exige:

“1) Que exista un rechazo, expreso o tácito por acción u omisión del Estado o de cualquier persona. 2) Que el rechazo se dirija contra una característica natural o adquirida del ser humano (edad, sexo, raza, religión, opinión, cultura, idioma, apariencia física, etc), 3) Que la víctima forme parte de un grupo vulnerable de personas discriminadas o “discriminables”, es decir, tienen características naturales y/o adquiridas que den lugar al rechazo en determinadas circunstancias históricas, particulares de una sociedad, 4) Que no exista justificación legal para discriminar a esa persona o grupo de personas”.

De lo antes mencionado, la publicidad no puede considerarse discriminatoria ya que no cumple con los requisitos para ser señalada como discriminación negativa -argumento de Primera Instancia- dado que no existe un rechazo o menosprecio hacia alguna raza solo por el hecho de contratar a personas de rasgos caucásicos. Del mismo modo, sobre la discriminación indirecta, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado indicando que cuando ciertas normas, políticas u otros actos son aparentemente neutras o imparciales tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en un número de integrantes de un colectivo. Por ejemplo, un caso de discriminación indirecta se da cuando para un puesto de trabajo, se exige que los postulantes sepan inglés y francés cuando el puesto de trabajo no requiere conocer un idioma adicional además del castellano.

Finalmente, la publicidad de la empresa Gloria no tiene efecto perjudicial para ningún grupo de personas. No existe una actitud de rechazo o connotación negativa hacia algún grupo.

Conclusión del primer problema jurídico:

Sobre la publicidad de la empresa Gloria, se concluye que no es discriminatoria por razones sociales y raciales. En relación a la discriminación social, se argumentó que los anuncios publicitarios en cuestión no incitan, motivan o estimulan a que las personas que visualizan la publicidad a que cometan actos de discriminación social. En los anuncios transcritos no se aprecia que existan tratos peyorativos a personas de baja estatura, mucho menos que se incite a tratar de esa forma a personas de baja talla. Con respecto a la discriminación racial, el contenido de la publicidad no favorece o estimula a actos de discriminación. No muestra actitudes discriminatorias que hagan referencia a la raza o características de las personas. Sobre la convocatoria casi exclusiva de personas con rasgos caucásicos, se debe tener en cuenta la libertad de contratar que tiene la empresa para convocar a las personas que consideren para sus comerciales. La publicidad no conlleva, en ningún momento, connotación negativa respecto a ninguna raza, tampoco una exclusión arbitraria.

5.2. Determinar si la publicidad deviene en engañosa

Sobre la supuesta publicidad engañosa, es preciso señalar que el demandante manifiesta que el consumo de leche Gloria no hace crecer ya que la talla de las personas es determinada por factores genéticos. Se precisa que en la contestación de demanda de INDECOPI señalan que ya existía pronunciamiento²⁷ sobre la veracidad de las propiedades atribuidas a la leche en los anuncios de la empresa Gloria en el marco de un procedimiento administrativo iniciado por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC). Asimismo, cabe recalcar que finalmente, el Tribunal Constitucional no analiza la pretensión de publicidad engañosa debido a que este extremo fue desestimado en primera instancia y consentido por el demandante.

²⁷ Resolución 0703-2008/TDC-INDECOPI

Cabe añadir que, de acuerdo con el entonces Decreto Legislativo N° 691, el artículo 29 indicaba que todos los organismos del Estado quedaban impedidos de aplicar sanciones con relación a materia publicitaria y que el único órgano competente para sancionar las infracciones cometidas en materia de publicidad era la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de INDECOPI. Del mismo modo, el actual Decreto Legislativo N° 1044, en su artículo 25 establece que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal tiene la competencia exclusiva a nivel nacional para la aplicación de la Ley de Represión de Competencia Desleal, salvo la competencia haya sido designada por norma de rango legal a otro organismo público.

Ahora, en el caso en cuestión, y como ya se hizo mención, el demandante no adjuntó la publicidad que le estaría resultando engañosa. Sin embargo, mediante la contestación de INDECOPI se visualizó que la publicidad a la cual hacía referencia el demandante era sobre la campaña de **“Tres vasos de leche al día”** (transcritas páginas arriba). Esta campaña fue denunciada por parte de ASPEC debido a que se estaría infringiendo el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, el cual apunta que los anuncios publicitarios no deben presentar información ni imágenes que de manera directa o indirecta, o por omisión, exageración o ambigüedad puedan inducir a error al consumidor; en especial, cuando se hace referencia al precio, características del producto o a las condiciones de la venta, ello debido a que en esta campaña publicitaria se realizan las siguientes afirmaciones:

“Sigue tomando tres vasos de Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grandes”.

“Este verano tus hijos siguen creciendo, dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes”

Para ASPEC, estas afirmaciones inducirían a error al consumidor pues dan a entender erróneamente que el consumo de tres vasos de leche Gloria al día abarca la necesidad diaria de calcio para poder crecer. No obstante, la empresa Gloria S.A., como descargo manifiesta que INDECOPI ya ha reconocido en anteriores oportunidades que el crecimiento es una de las principales cualidades como consecuencia del consumo de lácteos y, adicionalmente, que un consumidor razonable entiende que el desarrollo y crecimiento de una persona no depende solamente del consumo de leche, sino además de una dieta balanceada en diversos nutrientes y proteínas. (el subrayado es propio)

Adicionalmente, se indica que los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influido mediante el mensaje superficial de la publicidad, esto es, que el análisis se debe realizar sin forzar las interpretaciones, tomando en cuenta el contenido y significado común que un consumidor le atribuiría a las frases o palabras. De esa manera, un “consumidor razonable” que conoce y sabe acerca de las propiedades de los lácteos, entendería que tres vasos de leche no proporcionan el suficiente calcio que una persona necesitaría para crecer pues conoce que, las características de los productos básicos como la leche y sus derivados son conocidos por los consumidores debido al consumo constante. Como es sabido, esta

publicidad no influye de manera decisiva en el consumidor dado que, por lo general, los consumidores han tenido contacto previo con los productos lácteos por lo que ya conocen las propiedades, el cual es permitir el crecimiento de los niños y fortalecer sus huesos.

Ahora, analizando las afirmaciones desde el Decreto Legislativo N° 1044, decreto vigente en la fecha, el artículo 8 estipula que:

“ 8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

Sobre las afirmaciones realizadas en la campaña de Gloria: “Tres vasos de leche al día”, al igual que el análisis con el Decreto Legislativo N° 691, la publicidad no sería engañosa. Esto debido a que las afirmaciones dicen:

“Sigue tomando tres vasos de Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grandes”.

“Este verano tus hijos siguen creciendo, dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes”

Hace referencia a que recibirás nutrientes como el calcio necesario para crecer y ser más grande. No dice, en ningún momento, que la leche te hace crecer sí o sí. La afirmación señala que aporta al crecimiento. Como también se hizo el análisis con el anterior decreto, un consumidor razonable entendería que con solo el consumo de leche no va a crecer puesto que se necesita de otros nutrientes y vitaminas de otros alimentos para crecer.

Es menester señalar que, para encontrarnos ante un acto de engaño, además de afectar el principio de veracidad, también se debe incumplir el principio de sustentación previa²⁸. En este sentido, el anunciante, en este caso, Gloria, debe contar

²⁸ Res. N° 0018-2018/SCD-INDECOPI

siempre con los medios probatorios necesarios, de manera previa a la emisión del anuncio, que acrediten que las afirmaciones objetivas que se anuncien en la publicidad son certeras. Cabe resaltar que, los consumidores deben obtener las reseñas o los datos objetivos para poder tomar la mejor decisión de consumo, por ello la carga de probar las afirmaciones recae en el anunciante. Como perfectamente lo han señalado Aramayo, Gagliffi, Rodas, Sosa y Stucchi:

“La regulación contribuye a garantizar un ejercicio responsable de la libertad de comunicación comercial, generando incentivos para que los anuncios difundidos en el mercado cuenten con las pruebas que los sustenten, de manera previa a su difusión, promoviendo que a nivel publicitario así como a nivel de los consumidores, todas las decisiones se basen en información que cuenta con la sustentación previa debida (...)

Así, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. Esta obligación se impone con la finalidad que el anunciante cuente con información que sustente el contenido de sus afirmaciones publicitarias pues, en caso contrario, el anuncio será susceptible de inducir a error a los consumidores” (el subrayado es propio) (98: 2013)

Tal y como se señala en la cita anterior, el marco regulatorio garantiza el ejercicio responsable de la libertad de la comunicación comercial puesto que, si bien los anunciantes son libres de poder comunicar cualquier mensaje en la publicidad, ellos deben contar con el medio probatorio, de manera previa a la difusión del anuncio, que acredite la veracidad de las afirmaciones objetivas. Todo ello con el fin de que el consumidor no sea el perjudicado al momento de tomar la decisión.

Como marco regulatorio, el Decreto Legislativo 691 señalaba en su artículo 15 que cualquier información publicitaria sobre el producto que se está anunciando, será susceptible a prueba por el anunciante, en cualquier momento. Por tanto, es el anunciante quien está en la obligación de demostrar con los medios probatorios pertinentes que, antes de difundir el anuncio publicitario, se realizaron los estudios, muestras o actividades adecuadas para poder publicar las afirmaciones y que, lo que se afirma en la publicidad es real y, por ende, no se comete infracción al principio de veracidad.

Del mismo modo, el Decreto Legislativo 1044, en el artículo 8.3 puntualiza que quien tiene la carga de la prueba para mostrar la exactitud y veracidad de las afirmaciones objetivas vertidas en los anuncios publicitarios, es quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. Así, la obligación de contar con los medios de prueba recae en el anunciante y, por ende, es este quien siempre debe poseer las pruebas como estudios, encuestas y demás, que demuestren que la afirmación presentada en el comercial es verídica.

Entonces, tanto el artículo 15 del Decreto Legislativo 691 como el artículo 8.3 del Decreto Legislativo 1044 determinan que la carga de probar la veracidad de las

afirmaciones objetivas realizadas en los comerciales corresponde al anunciante. Es este quien, de manera previa a la difusión del anuncio, debe haber realizado los estudios necesarios y, por ende, contar con los sustentos de que lo que afirma en los comerciales es verdad. Así pues, para el caso en cuestión, es el anunciante, GLORIA S.A., quien debe tener el sustento de que efectivamente la leche aporta el calcio para poder crecer y fortalecer los huesos. Estos sustentos pueden ser obtenidos mediante estudios realizados por Instituciones médicas y/o alimentarias, muestras médicas, etcétera.

Conclusión del segundo problema jurídico:

En conclusión, los comerciales de la campaña de la empresa demandada no inducen a error al consumidor debido a que un consumidor razonable entiende que el solo consumo de leche no hará crecer ya que el crecimiento también viene acompañado de una dieta balanceada. No obstante, sí es importante que el anunciante, en este caso Gloria S.A., cuente con los sustentos respectivos de que efectivamente el consumo de leche aporta calcio para fortalecer los huesos, además de incidir en el crecimiento de los menores.

5.3. Determinar si el amparo fue la vía idónea

Para el caso en cuestión, es importante destacar que el demandante, el Sr. Linares, presentaba dos vías para hacer prevalecer sus derechos, esto es, para demandar la supuesta afectación que la publicidad de Gloria le había generado. Una de las vías consistía en interponer, en el ámbito administrativo, una denuncia por competencia desleal ante el INDECOPI. Posterior a ello, al no encontrarse de acuerdo con lo resuelto, debía apelar el pronunciamiento de la Comisión ante el Tribunal. Como segunda vía posible, el demandante pudo haber interpuesto una demanda de acción de amparo, ciertamente, lo que el Sr. Linares realizó en el caso en cuestión. A continuación, se analizará si el amparo interpuesto por el demandante fue la vía idónea para salvaguardar sus derechos supuestamente vulnerados.

a) Legitimidad para obrar

En primer lugar, es importante destacar que el Sr. Linares presentó la demanda de amparo (en el año 2007) alegando discriminación social, racial; publicidad engañosa. En esta demanda, el Sr. Linares argumentó que de acuerdo al C. P. Const., art. 45, en caso de incertidumbre de agotamiento de la vía previa, se va a preferir dar trámite a la demanda de amparo. Asimismo, que de acuerdo al art. 46, numeral 3 del mismo cuerpo normativo, se debe considerar que la instancia administrativa se inició cuando el demandante presentó su pedido a la Comisión Técnica para que proceda la denuncia de oficio. En el auto de procedencia (Resolución N° 1 de 16 de abril de 2007), se declaró la improcedencia de la demanda debido a que el demandante carecía de legitimidad para obrar. Esto debido a que el artículo 39 del Código Procesal Constitucional²⁹ establece que quien está legitimado para interponer el

²⁹ Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 28237, aplicable al caso al momento de los hechos.

proceso de amparo es el afectado y se advierte que el actor, el Sr. Linares, no manifiesta haber sufrido, de manera directa, el perjuicio con la transmisión de la publicidad de la empresa Gloria, por lo que, el Sr. Linares debía recurrir a la vía administrativa ante Indecopi. Posterior a ello, en la apelación al auto de procedencia, el demandante argumenta que de acuerdo al art. 40 del Código señalado anteriormente, cuando se trate de alguna vulneración o amenaza al derecho de medio ambiente u otros derechos difusos de reconocimiento constitucional, cualquier persona estará legitimada para interponer un amparo; adicionalmente, señala que los derechos difusos son aquellos que corresponden a un número amplio de personas en la comunidad, muchas veces indeterminables y que se encuentran interesados en la preservación de situaciones fácticas o de derechos que le son favorables, como por ejemplo, los derechos de grupos étnicos o los derechos de los consumidores. En el auto de vista, el Juzgado confirmó la improcedencia de la demanda de amparo. Seguidamente, el Sr. Linares interpone recurso de agravio constitucional, sin embargo, en este recurso no hace mención a los intereses difusos; solo precisa que se están vulnerando derechos fundamentales como la no discriminación, la dignidad y el acceso a la justicia.

Al respecto, el Tribunal Constitucional³⁰, sobre el recurso de agravio constitucional interpuesto, se pronunció señalando que la pretensión reclamada por el Sr. Linares implica una cuestión de publicidad presuntamente engañosa que incurre en **derechos fundamentales de la colectividad** desde la óptica de la protección al consumidor y, en específico, desde la perspectiva de la protección a la niñez. Por tanto, **no es un asunto en el cual sea necesaria la legitimidad para obrar directa, sino de aquellos que se perciben desde el enfoque de los intereses difusos**, recayendo la solicitud en cualquier persona que lo solicite.

Luego de detallado lo correspondiente a que el demandante alegó intereses difusos y lo expuesto por el Tribunal Constitucional respecto a la legitimidad para obrar en este caso, es conveniente señalar la norma aplicable al momento de interponer la demanda de amparo de acuerdo al caso.

Conviene poner énfasis en que la demanda de amparo fue interpuesta en el mes de abril del año 2007. En ese momento, se encontraba vigente el Código Procesal Constitucional aprobado por Ley N° 28237. De acuerdo a este Código, el amparo protege derechos constitucionales como el derecho de igualdad y de no discriminación. Adicionalmente, al momento de interponer la demanda, se debe tener en cuenta la legitimidad para obrar, esto es, quien es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo. En ese sentido, el mencionado cuerpo normativo señala que el legitimado es el propio afectado o su representante procesal. Asimismo, **cuando se trate de una vulneración o violación a derechos como el medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, el legitimado para**

³⁰ Exp. 00401-2008-PA/TC

interponer la demanda es cualquier persona o entidades sin fines de lucro cuyo fin sea la defensa de esos derechos³¹.

Al respecto, es importante definir los intereses difusos. En palabras de Barrios de Angelis:

“Cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado, ya comienza a hablarse de “interés difuso o colectivo”. En consecuencia, es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés; pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo compone, lo que convierte a ese interés en difuso.

En este sentido, “derecho difuso o fragmentario” se refiere a un bien indivisible en cuotas que puedan ser atribuidas a cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno sólo, implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo, lo es también a la clase”. (Citado en Gozaini, 2015: 82).

No obstante, es importante resaltar la diferencia entre el interés colectivo y el interés difuso, por ello es recalcar que de acuerdo con Grau:

“... (ii) el interés colectivo es el que trasciende al individual y en el que encuentran una serie de personas unidas por un vínculo jurídico, como sería el que atañe a los miembros de una profesión, en cuyo caso sería incuestionable la legitimación de la corporación que los agrupa para accionar en protección del mismo; e (iii) interés difuso es el que corresponde a una serie de sujetos indeterminados, entre las que no existe vínculo jurídico, de modo que la afectación de todos ellos se deriva de razones contingentes.”. (2001: 200)

Entonces, son derechos difusos aquellos que pertenecen a grupos grandes de personas en una comunidad, que son indeterminables. Entre estas personas no existe algún vínculo jurídico; sin embargo, están ligadas por circunstancias fácticas, ocasionales o hechos genéricos, como por ejemplo: ser destinatario de una campaña o promoción publicitaria de algún producto o servicio.

Así, de acuerdo al fundamento 15 de la STC 01757-2007-PA/TC, los derechos difusos tienen una característica que lo hace especial y que le otorgan una particularidad: nadie en particular es titular exclusivo y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o categoría determinada son sus titulares.

El tercer párrafo del artículo 40 del C. P. Const. subraya que cuando se trate de alguna vulneración o la violación de un derecho al medio ambiente u otros derechos difusos de reconocimiento constitucional -como el caso de los derechos de los consumidores- **cualquier persona estará legitimada para interponer una demanda de amparo**. En el presente caso, nos encontramos ante derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de protección a los consumidores pues la publicidad de Gloria que se está

³¹ C. P. Const. arts. 39 y 40.

propalando estaría vulnerando derechos fundamentales como el derecho a la no discriminación dado que, la supuesta publicidad presenta contenido discriminatorio en el ámbito social y racial. En consecuencia, no es necesaria la legitimidad para obrar directa pues se trata de intereses difusos; es decir, cualquier persona que vea amenazado un derecho difuso puede iniciar un proceso de acción de amparo.

Cabe resaltar, a su vez que, en el año que se interpuso de la demanda (2007) **se encontraba vigente el Decreto Legislativo N° 716 “Norma sobre Protección al Consumidor”**. Este decreto no señalaba quienes podían actuar en defensa de intereses difusos. Caso contrario con el actual Código de Protección y Defensa del Consumidor (pub. 2010), el cual señala que son las asociaciones de consumidores, organizaciones constituidas en conformidad con las normas establecidas en el Código Civil, las que tienen como fin la protección, defensa y representación de los consumidores y usuarios. Así, el art. 153 del mencionado Código especifica que la legitimidad de las asociaciones de consumidores se extiende también para actuar a nombre de sus asociados y de las personas que les hayan otorgado poder ante organismos reguladores de servicios públicos en procesos en materia de protección al consumidor, así como en defensa de intereses difusos o colectivos de los consumidores.

Por lo tanto, se puede concluir que, en el caso en cuestión que sucedió cuando estaba vigente el D. Legislativo N° 716, el Sr. Linares, quien presentó la demanda de acción de amparo sí estuvo legitimado para interponerla ya que se trata de derechos con intereses difusos como los derechos de los consumidores.

b) La materia discutida es eminentemente constitucional

En este caso, una de las cuestiones que solicita el demandante es el cese de la publicidad discriminatoria por cuestiones raciales y sociales. En ese sentido, cabe resaltar que el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación son derechos fundamentales que se encuentran reconocidos en el artículo 2 de la Constitución Política. En caso haya una afectación o vulneración a estos derechos, la persona agraviada puede recurrir a procesos constitucionales que salvaguardan derechos fundamentales, como lo es el amparo. Así, la acción de amparo, desde la Constitución de 1979, siempre ha sido concebida como una garantía constitucional destinada de manera exclusiva a proteger los derechos constitucionales (Eguiguren, 2007: 227). Al haber una supuesta vulneración de derechos reconocidos en la Constitución como el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación, el artículo 200 de la Constitución se señala que:

“La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución (...)”

Cabe enfatizar que el amparo tiene carácter de urgencia, esto quiere decir que, debe ser otorgada de manera efectiva y rápida; además de ser subsidiaria puesto que se emplea este proceso cuando la protección a los derechos fundamentales no se puede obtener mediante el proceso judicial ordinario. Al respecto, si bien la Constitución establece los derechos fundamentales, los menciona de manera general y ello puede generar que haya una utilización indebida del amparo. Por ello, el Código Procesal Constitucional -vigente al momento de los hechos- en su artículo 5 señala las causales de improcedencia. Con respecto a ello, el inciso 1 de dicho artículo indica que *“Los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado”*. Asimismo, el artículo 38 del mismo cuerpo legal indica que no procederá el amparo si al defender el derecho, este no esté referido a aspectos constitucionalmente protegidos o carezca de sustento constitucional directo.

Como lo menciona Eguiguren, dada la habitual “generalidad” con que la Constitución suele recoger estos derechos fundamentales, corresponde a la jurisprudencia, especialmente a lo que señala el Tribunal Constitucional, determinar el “contenido constitucionalmente protegido” (2007: 228). Así, el expediente N° 1417-2005-AA/TC ha precisado que un contenido constitucionalmente protegido supone distinguir entre un contenido esencial, que resulta absolutamente intangible para el legislador, y un contenido no esencial, “(...) claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados”. Asimismo, en el fundamento 21 del mencionado expediente, se indica que *“el contenido esencial de un derecho fundamental es la concreción de las esenciales manifestaciones de los principios y valores que lo informan, su determinación requiere un análisis sistemático de este conjunto de bienes constitucionales, en el que adquiere participación medular el principio-derecho de dignidad humana, al que se reconducen, en última instancia, todos los derechos fundamentales de la persona”*.

En el caso en concreto, al tratarse de un derecho fundamental como el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad, es claro que tiene una vinculación directa con el principio-derecho de dignidad humana, mucho más aún que al tratarse de intereses difusos, afectaría a un número más grande de personas.

c) Agotamiento de vías previas

Con relación este controvertido punto, el Sr. Linares manifiesta en su demanda que de acuerdo al C. P. Const., en caso existiese la duda sobre el agotamiento de la vía previa, se va a preferir dar trámite al amparo. Asimismo, argumentó que la Comisión de Indecopi desestimó su denuncia y se negó a iniciar procedimiento de oficio contra Gloria S.A. pues no se consideraron posibles supuestos de infracción contra normas que regulan la publicidad. Así, conforme al art. 46, num. 3 del Código se debe considerar que la instancia administrativa se inició con el pedido del demandante que se formalizó a la

Comisión Técnica para proceder con la denuncia de oficio; sin embargo, fue rechazada sin ofrecer argumentos.

El Tribunal Constitucional, en la Resolución³² que admite a trámite la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Linares, con respecto al agotamiento de vías previas, puntualiza que **no es verdad que el demandante tenga que agotar la vía previa (administrativa) cuando la entidad administrativa, en este caso, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal se ha negado hasta en dos ocasiones a recibir la denuncia del Sr. Linares.**

Al respecto es importante mencionar la regla del agotamiento de la vía previa, en el presente caso, el agotamiento de la vía administrativa. Esta regla es aquella en la cual los administrados previamente a acudir a un proceso judicial, deben reconocer la competencia de la Administración. De esta manera, las entidades administrativas tendrán la oportunidad de conocer y resolver las controversias antes de que sea sometido ante un órgano jurisdiccional (Morón, 2003: 184). Así, el C. P. Const. en su artículo 5, numeral 2 resalta que **no proceden los procesos constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas (como la vía administrativa en este caso), igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado (...)**; esto es, si existen otros mecanismos en la vía judicial ordinaria que como objetivo protejan el derecho constitucional que ha sido presuntamente vulnerado y, son igualmente idóneos para la defensa de los derechos considerados amenazados o lesionados, se debe acudir a ellos en primer lugar debido a que el proceso de amparo tiene carácter residual³³.

Al respecto, en el año 2013, el Tribunal Constitucional estableció en el fundamento 15 de la STC 2383-2013-PA/TC, los 4 requisitos que se debe tener en cuenta para determinar si la vía ordinaria es igualmente satisfactoria que el amparo. Estos requisitos se deben cumplir de manera copulativa en un caso en concreto:

1. Que la estructura del proceso es idónea para la tutela del derecho;
2. Que la resolución que se fuera a emitir podría brindar tutela adecuada;
3. Que no existe riesgo de que se produzca la irreparabilidad; y
4. Que no existe necesidad de una tutela urgente derivada de la relevancia del derecho o de la gravedad de las consecuencias.

Solo con la ausencia de cualquiera de los requisitos, no existiría una vía idónea alternativa al amparo, por lo que la vía habilitada para el pronunciamiento sería la constitucional.

³² Exp. N° 00401-2008-PA/TC

³³ Fundamento 7 de la STC N° 5849-2007-PA/TC

Seguidamente, el mismo artículo, en el numeral 4 indica que será una causal de improcedencia cuando no se hayan agotado las vías previas, salvo en algunos casos, los cuales, son previstos en el Código en mención y en el proceso de hábeas corpus. Asimismo, se debe entender el mencionado artículo junto con el artículo 45, el cual advierte que solo procederá el amparo cuando se hayan agotado las vías previas y, que en caso exista duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda constitucional.

Por consiguiente, de lo señalado anteriormente y para el caso en cuestión, **el demandante tenía que haber acudido, en primer lugar, a la vía administrativa, esto es, a INDECOPI, que es la entidad administrativa con competencia para sancionar los actos de competencia desleal e interponer debidamente su denuncia administrativa.** Sin embargo, el demandante no presentó la respectiva denuncia. Por su parte, lo que hizo fue presentar una comunicación a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal para que pudiera iniciar un proceso sancionador de oficio contra la empresa Gloria S.A. No obstante, la entidad respondió que no considera posibles supuestos de infracción contra normas que regulan la actividad publicitaria y que por lo tanto no iniciaría un procedimiento sancionador. Dicho esto, se puede evidenciar que el demandante no había agotado la vía administrativa ante INDECOPI.

En este punto, conviene retomar lo que señaló el Tribunal Constitucional cuando admite a trámite la demanda de amparo puesto que se mencionó que el demandante no tiene que agotar la vía previa -la vía administrativa- porque la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal se ha negado hasta en dos oportunidades a recibir la denuncia del Sr. Linares. Referente a ello, es cierto que el demandante presentó una comunicación a INDECOPI para iniciar un procedimiento sancionador de oficio. Sin embargo, mediante la Carta N° 004-2007/PREV-CCD-INDECOPI, se le indicó que se decidió no iniciar tal procedimiento sancionador debido a que no se considera algún supuesto de infracción contra normas que regulan la actividad publicitaria. El demandante, posteriormente, solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal que le proporcionen mayores argumentos sobre el por qué de la negativa de iniciar el procedimiento sancionador de oficio; no obstante, mediante la Carta N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, la mencionada Secretaría volvió a recalcar que las frases e imágenes del anuncio de Gloria S.A. no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas discriminatorias y que, por lo tanto, se desestima iniciar un procedimiento de oficio. En ambas cartas que INDECOPI le envía al demandante se hace referencia a que no se aprecia la existencia de la inadecuación entre el principio de no discriminación (D. Legislativo N° 691, art. 3) y el anuncio de Gloria S.A. puesto que el contenido de la publicidad no genera objetivamente conductas discriminatorias en la sociedad. Entonces, después de esos rechazos por parte de la entidad competente, ¿hubiera cambiado la decisión de INDECOPI si el Sr. Linares interponía una denuncia formal? Después de los dos rechazos, es evidente

que INDECOPI hubiera resuelto lo mismo: la publicidad de Gloria no ha cometido infracción contra normas que regulan la actividad publicitaria. Por lo que es claro que el Sr. Linares ya conocía la respuesta debido a las dos cartas que INDECOPI le había enviado. ¿El agotamiento de la vía previa se daba cuando el Sr. Linares interpusiera su denuncia formal aún sabiendo que lo que se resolvería señalaría que la publicidad no comete infracción alguna?

Adicionalmente, cabe precisar que si el caso se hubiera suscitado después del precedente vinculante del 2013 acerca de la vía igualmente satisfactoria, se debería analizar los 4 requisitos que señala tal precedente (indicados párrafos anteriores) para poder determinar si el proceso ordinario puede proteger el derecho fundamental supuestamente afectado o amenazado así como lo hace el amparo. Por tanto, sería idóneo evaluar si la vía administrativa era un vía igualmente satisfactoria para salvaguardar el derecho fundamental de no discriminación. Al respecto, ¿que el demandante hubiera presentado su denuncia ante Indecopi y seguido el proceso por la vía administrativa, constituía una vía igualmente satisfactoria al igual que el amparo? Considero que no porque existe la necesidad de tutelar de manera urgente un derecho fundamental que está afectando a un grupo de personas puesto que se están defendiendo intereses difusos.

Finalmente, mencionar que la existencia de la regla del agotamiento de la vía administrativa sustenta una situación contradictoria con los derechos constitucionales a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia, en la medida que obstaculiza y difiere el acogimiento de una pretensión contra alguna actividad de la administración (Morón, 2003: 184). Al respecto, se debe manifestar que el agotamiento de la vía administrativa es una formalidad ya que INDECOPI ya había adelantado, mediante las cartas enviadas, su posición. Por tanto, es inviable que obliguen al Sr. Linares a agotar la vía previa cuando ya INDECOPI se había pronunciado, considerando también, el tiempo que se perdería entre interponer una denuncia formal y que el órgano competente resuelva. Se debe recordar que el tema en discusión aborda la tutela de derechos fundamentales como el derecho a la no discriminación.

d) En relación con el Nuevo Código Procesal Constitucional

En primer lugar, debemos resaltar que en el caso en concreto, la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Linares fue en el año 2007. Mediante Resolución N° 1 de fecha 16 de abril de 2007, se declaró improcedente la demanda. Posterior a ello, el demandante apeló tal Resolución. No obstante, mediante Resolución N° 182 de fecha 21 de setiembre de 2007, se confirma lo resaltado por la Resolución N° 1, esto es, se confirma la improcedencia. Con el Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por el Sr. Linares, **el Tribunal Constitucional finalmente se pronuncia que debido a que se trata sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la óptica de protección al consumidor, así como que la materia discutida es eminentemente constitucional y que no es verdad que tenga que agotarse la vía administrativa, la demanda debía admitirse.** El demandante tuvo que

afrontar que le declaren dos veces improcedente una demanda de amparo. En este punto, cabe recalcar que la demanda de amparo fue interpuesta en el año 2007, cuando aún no estaba vigente el Código de Protección y Defensa del Consumidor y, en su lugar, se encontraba vigente el D. Legislativo 716, el cual no señalaba quienes podían actuar en defensa de intereses difusos. Sin embargo, el Código Procesal Constitucional señalaba, de acuerdo a su artículo 40 que ***“puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional (...)”***. Por lo que se le admitió la demanda de amparo al Sr. Linares puesto que estaba legitimado.

En este punto, es importante precisar que si el caso hubiese ocurrido cuando se encontraba vigente el Código de Protección y Defensa del Consumidor, no cualquier persona hubiera podido interponer una demanda de amparo para defender intereses difusos. Este Código de Consumidor establece expresamente que son las asociaciones de consumidores, organizaciones constituidas en conformidad con las normas establecidas en el Código Civil, las que tienen como fin la protección, defensa y representación de los consumidores y usuarios. Asimismo, el Código en mención específica en su artículo 153 que ***“la legitimidad de las asociaciones de consumidores se extiende también para (...), así como en defensa de los intereses difusos o colectivos de los consumidores”***. Del mismo modo, el artículo 130 de este Código indica que las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas pueden promover procesos judiciales, sujetándose en el artículo 82 del Código Procesal Civil. Adicionalmente, este último artículo citado enfatiza que ***“pueden promover o intervenir en este proceso, (...) las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello”***. Por tanto, si el caso hubiese sucedido cuando el Código de Protección y Defensa del Consumidor se encontraba vigente, una sola persona o un solo consumidor no hubiera tenido legitimidad para interponer la demanda.

Con la entrada del Nuevo Código Procesal Constitucional en el año 2021 (Ley N° 30317), el artículo 40 que precisaba que ***“(...) puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos...”*** fue modificado. Actualmente, el Nuevo Código Procesal Constitucional eliminó dicho extremo, es decir, ya no señala que cualquier persona puede interponer demanda de amparo cuando exista amenaza o violación de derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional.

Si el caso hubiese sucedido en el año 2022, por ejemplo, con este Nuevo Código Procesal Constitucional en vigencia, cualquier persona o sea una sola persona -un consumidor- no podría haber interpuesto la demanda de amparo pues ya no lo establece así el artículo 40 del NCPC. Del mismo modo, como está en vigencia el Código de Protección y Defensa del Consumidor, el artículo 153 señala explícitamente que son las asociaciones las legitimadas para

defender intereses difusos. Lo mismo dicta el artículo 140 del Código en mención. Por tanto, si el caso hubiese sucedido en los últimos años con la entrada en vigencia del Nuevo Código Procesal Constitucional, el Sr. Linares no hubiera podido interponer la demanda.

Conclusión del tercer problema jurídico:

En conclusión, el amparo sí es la vía idónea para que el Sr. Linares haga prevalecer sus derechos. Como se ha podido observar, el demandante presenta legitimidad para obrar, esto es, puede interponer la demanda de amparo ya que se trata de intereses difusos de los consumidores. Asimismo, es un caso eminentemente constitucional puesto que se trata de un derecho constitucional como es el derecho a la no discriminación. Finalmente, en cuanto al agotamiento de la vía administrativa, INDECOPI ya había rechazado el pedido del Sr. Linares hasta en dos oportunidades, por lo que, al interponer una denuncia formal, el demandante ya tenía un adelanto de una opinión de la entidad competente. Asimismo, obligarlo a que agote la vía administrativa, es inviable ya que se perdería tiempo mientras se interponga la denuncia formal y el órgano competente resuelva, recordando que se está frente a la tutela de un derecho fundamental como el derecho a la no discriminación.

6. Posición del graduando

Con respecto al presente expediente, estoy de acuerdo con la decisión del Tribunal Constitucional, después del Recurso de Agravio Constitucional, de haber admitido a trámite la demanda de amparo. Una de las principales razones es porque se trata de intereses difusos de los consumidores y como señala el Código Procesal Constitucional **-el vigente para el caso-** cualquier persona está legitimada para interponer una acción de amparo cuando se trate de violación o amenaza de derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional como es el caso del derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad. Del mismo modo, considero que exigirle al demandante que agote la vía administrativa es una formalidad para el caso ya que, con las cartas enviadas, INDECOPI se había negado a iniciar procedimiento sancionador de oficio y además consideraba que no había infracción a las normas de regulación publicitaria, por lo que ¿era conveniente que el demandante denuncie formalmente aún sabiendo la posible futura respuesta de INDECOPI? No. Esto hacía que se dilate aún más el proceso ya que tendría que esperar a que la autoridad competente resuelva y se debe recordar que se está frente a la tutela de un derecho fundamental como el derecho a la no discriminación. Por tanto, el amparo era la vía idónea para salvaguardar los derechos invocados por el demandante.

En cuanto a la discriminación social y racial de la campaña publicitaria, estoy de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional que declara infundada la demanda puesto que de los anuncios transcritos no se puede apreciar exclusión hacia alguna persona por su estatura o raza, mucho menos se menoscaba el reconocimiento o goce del ejercicio de un derecho. Y, en total desacuerdo con la Resolución de Primera Instancia que, sin haber visto, escuchado o saber de la publicidad, declaró

fundada la demanda y ordenó que Gloria convoque a personas de rasgos multiétnicos cuando ello, claramente, afecta a la libertad de contratar de la empresa.

Respecto a la actuación de ambas partes en el proceso, considero que la defensa del demandado no fue lo suficientemente sólida debido a que no adjuntó pruebas, no precisaba petitorio, no sabía qué publicidad lo afectaba o en qué años se divulgó tales anuncios. Fue INDECOPI quien en su contestación tuvo que aportar la publicidad que el demandante consideraba discriminatoria. Por el lado tanto de INDECOPI, como de Gloria S.A. los argumentos fueron sólidos, incluso para tratar de desestimar la procedencia de la demanda de amparo, además, de las cuestiones de fondo.

7. Conclusiones

- La publicidad de Gloria no es discriminatoria por razones sociales y raciales. En relación con la discriminación social, los anuncios publicitarios en cuestión no incitan, motivan o estimulan a que las personas que visualizan la publicidad a que cometan actos de discriminación social. En los anuncios transcritos no se aprecia que existan tratos peyorativos a personas de baja estatura, mucho menos que se incite a tratar de esa forma a personas de baja talla. Con respecto a la discriminación racial, el contenido de la publicidad no favorece o estimula a actos de discriminación. No muestra actitudes discriminatorias que hagan referencia a la raza o características de las personas.
- Sobre la convocatoria casi exclusiva de personas con rasgos caucásicos, se debe tener en cuenta la libertad de contratar que tiene la empresa para convocar a las personas que consideren para sus comerciales. La publicidad no conlleva, en ningún momento, connotación negativa respecto a ninguna raza, tampoco una exclusión arbitraria.
- El amparo sí es la vía idónea para que el Sr. Linares haga prevalecer sus derechos. Presenta legitimidad para obrar, esto es, puede interponer la demanda de amparo ya que se trata de intereses difusos de los consumidores. Asimismo, es un caso eminentemente constitucional puesto que se trata de un derecho constitucional como es el derecho a la no discriminación. En cuanto al agotamiento de la vía administrativa, INDECOPI ya había rechazado el pedido del Sr. Linares hasta en dos oportunidades, por lo que, al interponer una denuncia formal, el demandante ya tenía un adelanto de una opinión de la entidad competente.
- Obligar que el demandante agote la vía administrativa, es inviable ya que se perdería tiempo mientras se interponga la denuncia formal y el órgano competente resuelva, tomando en cuenta que ya existe una opinión en las cartas y recordando que se está frente a la tutela de un derecho fundamental como el derecho a la no discriminación.
- Los comerciales de la campaña “Tres vasos de leche al día” no inducen a error al consumidor debido a que un consumidor razonable entiende que el solo consumo de leche no hará crecer ya que el crecimiento también viene acompañado de una dieta balanceada. No obstante, sí es importante que el anunciante cuente con los sustentos respectivos de que efectivamente el consumo de leche aporta calcio para poder crecer.

8. Bibliografía

Antunes, L. F. C. (1991). Los intereses difusos: Ubicación constitucional; tutela jurisdiccional y " acción popular de masas". *Revista de administración pública*, (124), 417-436.

Amaya, L. R. (2015). Discriminación en el consumo y trato diferenciado ilícito en la jurisprudencia del Indecopi. *Lima, Indecopi*.
<https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/Discriminaci%C3%B3nEnConsumo-Indecopi/8fc82515-02b0-46ca-b92b-6f987ef3bc45>

Aramayo Baella, A., Gagliuffi Piercechi, I., Maguiña Pardo, R., Rodas Ramos, C., Sosa Huapaya, A., & Stucchi López Raygada, P. (2013). Competencia desleal y regulación publicitaria.
https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5559/competencia_desleal.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Ardito, W. (2011). Racismo y discriminación. *Perú ante los desafíos del siglo XXI*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial, 42-57

Chumbes Diaz, K. (2015) Los Intereses Difusos En Derecho Del Consumidor.
http://repositorio.usanpedro.edu.pe/bitstream/handle/USANPEDRO/10095/Tesis_60125.pdf?sequence=1&isAllowed=y

De la Puente, M. (1996). La libertad de contratar. *Themis Revista de Derecho*, (33), 7-14.

Drinot, P. (2014). Una vana pretensión: negar el racismo en el Perú. *SERIE*, 30.
<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/RacismoSolounjuegodepalabras.pdf#page=30>

Eguiguren, F. J. (1997). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. *Ius et veritas*, (15), 63-72.

Eguiguren, F. J. (2007). El amparo como proceso «residual» en el código procesal constitucional peruano. Una opción riesgosa pero indispensable. *Pensamiento Constitucional*, 12(12), 221-254.

Figueroa, E. (2012). El Proceso de Amparo. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 2(1), 82-91.
<https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/526/998>

Gerencia de Promoción y Difusión, I. (2019). La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi sancionó a Saga Falabella ya la agencia de publicidad Circus Grey por difundir publicidad que inducía a cometer actos de discriminación.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7003/NP%20240719%20Sanci%c3%b3n%20Saga%20y%20Circus%20Grey.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Glave, C.. (2012). El proceso colectivo según el Código de Consumo. *Revista de Derecho Administrativo*, (11), 343-355.

Gozaini, O. A. (2015). Tutela procesal de los intereses difusos. *Revistas ICDP*, 12(79-98).

<http://www.publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/266/pdf>

Gutarra, E. F. (2012). El Proceso de Amparo. *IUS: Revista de investigación de la Facultad de Derecho*, 2(1), 82-91.

<https://revistas.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/526/998>

Grau, M. A. (2001). Los intereses colectivos y difusos. *Editado por Revista de Estudiantes de Derecho de la Universidad Monteávila*. sf [https://goo. gl/tcqjX](https://goo.gl/tcqjX).

Huerta Guerrero, L. A. (2005). El derecho a la igualdad.

Kresalja, B. (1994). Represión de la competencia desleal. En: *Invirtiendo en el Perú: guía legal de negocios / Beatriz Boza*. Lima: Editorial Apoyo, pp. 287-294.

López Raygada, P (2007). Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial: introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. *IUS ET VERITAS*, (34), 179-200.

Mendoza Cuéllar, H. J. (2021). Racismo estructural, línea divisoria, representaciones, estereotipo y discriminación contra los afroperuanos en la publicidad. *Conexión*, (15), 105-125. <https://doi.org/10.18800/conexion.202101.005>

Morón, J. C. (2003). Reflexiones constitucionales sobre la regla del agotamiento de la vía administrativa. *Foro Jurídico*, (02), 184-191.

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

Ortiz Yépez, C. I. (2013). *La lesión enorme: libertad de contratación* (Master's thesis). <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4502/1/TUAMDC017-2013.pdf>

Pazos Hayashida, J., Capurro Sánchez, A. M., Mac Kee Briceño, G., & Escalante Márquez, A. (2020). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7793/Lineamientos%20sobre%20Competencia%20Desleal%20y%20Publicidad%20Comercial%20%282019%29VF..pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Pazos Hayashida, J., Capurro Sánchez, A. M., Mac Kee Briceño, G., & Escalante Márquez, A. (2018). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3749438/LINEAMIENTOS+COMPETENCIA+DESLEAL.pdf/af979a71-6482-fc03-21ca-16fc4692dead>

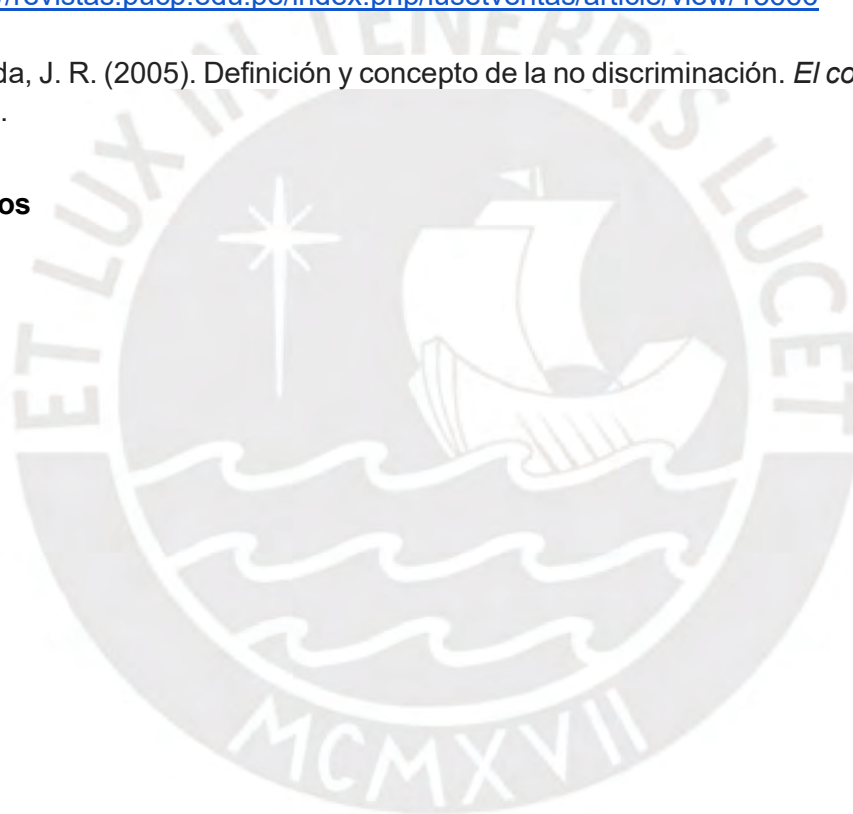
Rull, A. A. (2009). Prohibición de discriminación y libertad de contratación. *InDret*.

Saavedra Velazco, R. E. (2014). ¿ Dónde existe un remedio, existe un derecho?: apuntes sobre el aforismo 'ubi remedium, ibi ius'. <https://doi.org/10.21678/2312-3583>

Véliz, R. V. O., & Fuentes, D. C. (2015). La vía igualmente satisfactoria al proceso de amparo: implicancias del precedente Elgo Ríos en la pretensión de reposición de trabajadores del sector privado. *Ius et veritas*, (51), 314-324. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15666>

Zepeda, J. R. (2005). Definición y concepto de la no discriminación. *El cotidiano*, (134), 23-29.

9. Anexos



CARRO

04
1-B

Jesús María, 02 de noviembre de 2006.

S.A.
S.A.
02 NOV. 2006
Hora: 1321

Señores
GRUPO GLORIA
Avenida República de Panamá N° 2461, Urbanización Santa Catalina,
distrito de La Victoria, Lima.
Presente.

De mi mayor consideración:

Haciendo extensivo mi mas cordial saludo, me permito remitirles la presente carta con la finalidad de manifestarles mi preocupación por cuanto en la publicidad emitida en los diversos canales televisivos, a mi entender, su empresa hace alusión discriminatoria por la talla o estatura de las personas y en particular de los niños, quienes supuestamente "serán más grandes" al consumir la leche que ustedes producen.

Debo expresarles, que antes de remitirles la presente me he informado de las propiedades nutricionales de la leche en general y de vuestro producto en particular, además de los beneficios que de consumirlo traería para el crecimiento de los niños; quienes según su publicidad se ven ilusionados o engañados al no ver resultados mediatos, significando ello que se manifiestan reales posibilidades de generar un perjuicio en su desarrollo psicológico y emocional.

De otro lado, les manifiesto que al haber observado detenidamente vuestra publicidad, he llegado a la conclusión que en ella existe un sentido de menosprecio a la estatura baja de las personas. A ello hay que añadir que en el Perú la mayoría de las personas somos de estatura baja, pudiendo sostenerse que nuestra estatura promedio es de 1.65 mts., constituyendo esto un rasgo característico de nuestro grupo étnico o racial.

En mi particular situación, mi estatura de 1.50 mts. no ha influenciado negativamente en mi desarrollo personal habiendo destacado en diversas disciplinas marciales habiendo llegado a ser profesor de las Escuelas de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas y en la Universidad Mayor de San Marcos.

En consecuencia, en mi calidad de padre de 3 adolescentes, considero que la publicidad que vuestra empresa viene difundiendo en medios de comunicación genera un perjuicio al desarrollo psicológico de mis menores hijos, en vista que, por ser ellos de baja estatura, la publicidad por ustedes emitida contribuye a que ellos sean objeto de burla y menosprecio, tal y conforme se aprecia en vuestros comerciales, generando falsas ideas de un crecimiento que en realidad será determinado por la herencia genética.

En este sentido, como puede entenderse, gracias a criterios y publicidad como la que vuestra empresa difunde, lejos de contribuir a que ello se supere, se alimenta la discriminación y el menosprecio a los que somos de estatura baja, no por efectos de malnutrición sino por eminentes razones genéticas.

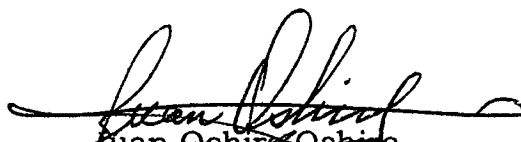
Por tal motivo, insto a ustedes a que no aludan a la estatura de los niños y personas en sentido discriminatorio alguno, toda vez que a mi entender se manifiesta, reitero, un menoscabo o violación de los derechos constitucionalmente protegidos, tales como el derecho a la no discriminación y el derecho a la igualdad entre las personas.

Además, no puedo dejar de mencionar los posibles criterios discriminatorios que por raza se aprecia en las diversas publicidades de vuestros productos, los mismos que están prohibidos por las leyes nacionales, ya que en un país conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos, como es el nuestro, los mismos no se ven reflejados en la publicidad de sus productos, en donde se aprecia que se convoca casi exclusivamente a niños de rasgos caucásicos de cabello rubio y tez blanca para sus comerciales.

Esperando no llegar al extremo de acudir a instancias judiciales y administrativas para evitar que la publicidad emitida por su empresa continúe difundiendo criterios discriminatorios en perjuicio de la salud emocional de nuestra sociedad y en particular de niños y adolescentes como mis menores hijos.

Quedo de Ustedes.

Atentamente,


Juan Oshiro Oshiro
DNI. 07786523
Calle Araoz y Castilla N° 150
Distrito de Jesús María.
Telef. 542-8071 / 536-1675

CARGO

NOTARIA
 CLARA CARNERO AVALOS
 27 NOV. 2006
 Av. NICOLAS DE PIROLA 938 LIMA
 4266045 / 4283546
RECIBIDO

Jesús Maria, 24 de noviembre de 2006.

1-C

Señores
GRUPO GLORIA

Av. República de Panamá N° 2461, Santa Catalina, La Victoria
Presente.-

CARTA NOTARIAL
 N° 12454 Fs. 01

Expresándoles mi mas cordial saludo, me dirijo a ustedes para manifestarles que con fecha 06 de noviembre les remití una carta precisándoles mi preocupación por el contenido discriminatorio que vuestra publicidad viene difundiendo por distintos medios de comunicación masiva.

Que, habiendo transcurrido mas de 15 días sin haber recibido respuesta alguna y menos aun, considerar mi pedido de no aludir a la estatura de los niños en sentido discriminatorio porque ello genera un menosprecio y daño en el desarrollo emocional de los niños y adolescentes cuya estatura está determinada por razones hereditarias.

Que, atendiendo al silencio de vuestra empresa dejo abierta la posibilidad de recurrir a las instancias judiciales y administrativas pertinentes para ejercer mi derecho con la finalidad de impedir que vuestra publicidad continúe menoscabando la salud emocional de miles de niños cuya estatura baja está determinada por su herencia genética. Sin soslayar que existen además criterios discriminatorios por motivos de raza en el contenido de vuestra publicidad, toda vez que casi exclusivamente se convoca a niños de características étnicas minoritarias en nuestro país.

Por último, es de señalar que el contenido de vuestra publicidad deviene en engañosa toda vez que no es cierto que el simple consumo de la leche que su empresa produce, contribuye al crecimiento de los niños, tal y conforme se difunde en su publicidad.

Por estas consideraciones, le remito la presente carta por vía notarial, para que en los próximos 3 días considere mi pedido y deje de difundir criterios que lejos de contribuir al desarrollo de la igualdad en nuestro país, fomentan la discriminación que tanto daño generan en nuestra sociedad.

Sin otro particular.

Atentamente,

Como la responsabilidad sobre
 de la carta, la firma, la identidad
 o la representación del remitente.
 únicamente la entrega de la presente
 del destinatario, de conformidad
 en los artículos 100 y 102 del
 22 - Ley del Notariado.

Juan Oshiro
 Juan Oshiro Oshiro
 DNI N° 07786523
 Calle Araoz y Castilla 150, Jesús Maria

RECEPCION GLORIA S.A.
RECIBIDO SIN VERIFICAR
EL CONTENIDO
27 NOV. 2006
 Hora 16:05

M. Linares Bustamante
 MRS. M. LINARES BUSTAMANTE

SINDECOPI

1-D

Sumilla: Denuncia por discriminación social, racial y publicidad engañosa.

SECRETARIO TÉCNICO DE LA COMISIÓN DE COMPETENCIA DE LEAL Y PUBLICIDAD, INDECOPI
AREA DE PREVENCIÓN

Presente.-

RECIBIDO
UNIDAD DE TRAMITE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, identificado con DNI No. 07749432, con domicilio en Calle Trinidad Morán No. 289, El Retablo, Comas, Lima; a usted respetuosamente me presento y digo:

PRIMERO.- Que, aproximadamente en los últimos ocho meses he venido observando detenidamente la publicidad emitida por Leche Gloria, llegando a la conclusión que en sus anuncios publicitarios existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia aquellas personas, sean niños, adolescentes o jóvenes de estatura baja.

SEGUNDO.- Que, en el Perú la "mayoría" de las personas somos de estatura media o baja, pudiendo afirmarse que nuestra estatura promedio es de 1.65 ó 1.68 mts., constituyendo esto un rasgo característico de nuestro grupo étnico, racial.

TERCERO.- Que, es evidente que en la publicidad materia de la presente denuncia, los niños que representan la estatura baja no reúnen precisamente las características de aquellos niños cuya estatura está determinada por efectos de una mala alimentación, es decir, los del grupo social pobre o muy pobre.

CUARTO.- Que, al discurrir una plática con el Sr. Juan Oshiro, padre de 3 adolescentes y destacado profesor de artes marciales, cuya estatura no sobrepasa los 1.50 mts., reflexionamos en torno a que la publicidad de Leche Gloria genera un perjuicio al desarrollo psicológico y social de los menores y adolescentes de estatura baja, quienes son objeto de burla y menosprecio (tal y conforme se aprecia en la publicidad televisiva). Además de los complejos de inferioridad que se pueden concebir y desarrollar haciendo eco de publicidades discriminatorias.

QUINTO.- A iniciativa del Señor Oshiro, remitimos 02 cartas al Grupo Gloria, la primera el 06 de noviembre (simple) y la segunda el 27 de noviembre (notarial) solicitando el cese de su publicidad con contenido discriminatorio hacia los niños y adolescentes de estatura baja. Como era de suponerse no obtuvimos respuesta alguna.

SEXTO.- Que, como puede entenderse, gracias a estas publicidades, lejos de contribuir a que los criterios discriminatorios por la estatura y raza, sean superados; se alimenta la discriminación y el menosprecio a las personas de estatura baja, tal como sucede en los exámenes de admisión a las instituciones armadas y algunos trabajos donde exigen una estatura mínima sin ser necesario para su buen desempeño.

SEPTIMO.- Que, existen evidentes criterios discriminatorios en las diversas publicidades del Grupo Gloria (leches, jugos, yogures), convocando para sus publicidades casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros. Esta falsa identidad refleja un contenido eminentemente discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad socio-cultural, ya que en un país conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos, como es el nuestro, los mismos no nos vemos reflejados en la publicidad.

OCTAVO.- Que, la publicidad emitida por la denunciada deviene en engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños, tal y conforme se difunde, generando en los niños y adolescentes falsas ideas y expectativas de un crecimiento que en realidad será determinado por otros factores.

Como manifiesta Maritza Noriega en su artículo "Verdades y mitos de la leche" publicado el 10-09-06 en el suplemento dominical Mi Hogar del diario El Comercio: "La leche por sí sola no hace crecer, simplemente es un alimento fácil de tomar...". O lo manifestado en la publicación virtual del diario El Comercio el 30-06-06, por el Dr. Sacha Barrio, autor del libro "La revolución de las grasas": "... cien mililitros de leche contienen solo 118 mg. de calcio, pero la leche además contiene fósforo que anula al calcio" ... "obligar a tomar leche es un crimen".

NOVENO.- La publicidad materia de la presente denuncia va dirigida a los niños y adolescentes cuyo riesgo de mantener una estatura baja, por razones de deficiente nutrición, no es precisamente el sector de la población representado en ella. Es decir, en aplicación correcta y ética de las normas que regulan la publicidad, debería ser dirigida y representada por niños y adolescentes cuyas características deberían ser los de la mayoría nacional, quienes obviamente no manifiestan las características étnicas y sociales de la publicidad referida.

FUNDAMENTACION JURÍDICA

DECIMO.- Constitución Política de la República

Artículo 2 numeral 2. Que consagra el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivo de raza u otra índole.

En este caso precisamente se expresa la difusión de evidentes criterios discriminatorios hacia los niños y las personas de estatura baja, refiriéndose mediante expresiones como "chato", además de gestos y miradas orientadas en un sentido valorativo negativo.

Además, que el convocar casi exclusivamente a niños de características étnicas propias de otras sociedades y culturas, representa una taimada forma de discriminación racial, considerando que la mayoría nacional del Perú, esta conformada por habitantes de características indígenas y mestizas y, por ende, la mayoría de consumidores del producto Leche Gloria es esta población. Por tanto, Las empresas deberían convocar para sus publicidades a personas cuyas características raciales, sociales y culturales sean las de la mayoría nacional.

DECIMO PRIMERO.- Decreto Legislativo 691

Principio de Legalidad y publicidad, artículos 3 y 4. En cuanto existen criterios de discriminación social y racial y un alto contenido de exageración en las supuestas virtudes de consumir Leche Gloria.

Los anuncios dirigidos a menores "No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido", artículo 10.4

Responsabilidad del anunciante, artículo 13.

Responsabilidad de fondo y forma, artículo 14.

DECIMO SEGUNDO.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

La Sentencia recaída sobre el Exp. N° 0048-2004-PI/TC, en su numeral 62 sostiene:

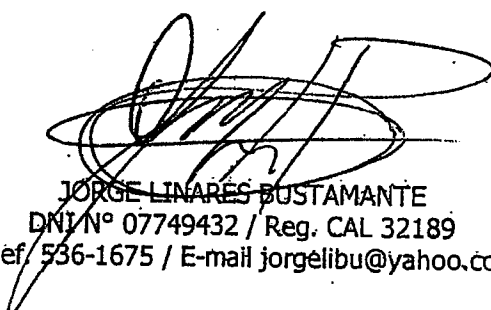
62. *Estas precisiones deben complementarse con el adecuado discernimiento entre dos categorías jurídico-constitucionales, a saber, diferenciación y discriminación. En principio, debe precisarse que la diferenciación está constitucionalmente admitida, atendiendo a que no todo trato desigual es discriminatorio; es decir, se estará frente a una diferenciación cuando el trato desigual se funde en causas objetivas y razonables. Por el contrario, cuando esa desigualdad de trato no sea ni razonable ni proporcional, estaremos frente a una discriminación y, por tanto, frente a una desigualdad de trato constitucionalmente intolerable.*

POR TANTO:

Solicito a usted, atender la presente denuncia y coadyuvar a desterrar del Perú todos los criterios y actitudes discriminatorios manifestados en las publicidades emitidas por los diversos medios de comunicación.

Atentamente,

Lima, 20 de diciembre de 2006.


JORGE LINARES BUSTAMANTE
DNI N° 07749432 / Reg. CAL 32189
Telef. 536-1675 / E-mail jorgelibu@yahoo.com

Adjunto:

Copia simple de mi DNI.

Copia de la carta simple de fecha 06 de noviembre de 2006.

Copia de la carta notarial de fecha 27 de noviembre de 2006.

Juan Jose Dte

09 ABR 2007

Expediente:
Especialista:
Escrito: 01
Sumilla Demanda de Acción de Amparo.

SEÑOR JUEZ ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DEL CONO NORTE DE LIMA

CANCELAD
CANCELAD
CANCELAD
CANCELAD
CANCELAD
CANCELAD
CANCELAD
65.00
137.52
2.52
9/02/2007

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, identificado con DNI No. 07749432, con domicilio real en Calle C.T. Morán No. 289, El Retablo, Comas, y domicilio procesal en Casilla N° 5716 de la Central de Notificaciones de la Corte Superior de Justicia del Cono Norte de Lima; a usted respetuosamente me presento y digo:

PETITORIO

Interpongo demanda de AMPARO contra la Empresa Leche Gloria S.A. con domicilio en Avenida República de Panamá N° 2461, Urbanización Santa Catalina, distrito de La Victoria, Lima; y contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) con domicilio en Calle de la Prosa No. 138, San Borja, Lima; por discriminación social, racial y publicidad engañosa y por actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva.

Fundo la presente demanda en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

FUNDAMENTOS DE HECHO

SOBRE LA EMPRESA

- 1.- Desde algún tiempo vengo observando que en la publicidad emitida por Leche Gloria existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia aquellas personas, sean niños, adolescentes o jóvenes de estatura baja. Considerando que, en el Perú la estatura promedio de la población es de 1.65 los hombres y 1.55 las mujeres, la alusión a la estatura baja desde este sentido resulta contraproducente y discriminatorio.
- 2.- Al discurrir una plática con el Sr. Juan Oshiro Oshiro, destacado maestro de artes marciales cuya estatura no es mayor de 1.55 mts., padre de 3 adolescentes, reflexionamos en torno a la publicidad de la empresa Leche Gloria, concluyendo que esta genera un perjuicio al desarrollo psicológico y social de los menores y adolescentes de estatura baja, quienes son objeto de burla y menosprecio (tal y conforme se aprecia en la publicidad televisiva). Además de los complejos de inferioridad que se pueden concebir y desarrollar haciendo eco de publicidades discriminatorias.
- 3.- A iniciativa del Señor Oshiro, remitimos 02 cartas al Grupo Gloria, la primera el 06 de noviembre (simple) y la segunda el 27 de noviembre (notarial) solicitando el cese de su publicidad con contenido discriminatorio hacia los

niños y adolescentes de estatura baja y por convocar para ella exclusivamente a niños de características caucásicas. Cartas que no obtuvieron respuesta.

4.- Como puede apreciarse, estas publicidades, lejos de contribuir a que los criterios discriminatorios por estatura y raza sean superados, se alimenta la discriminación y el menosprecio a las personas de estas características, tal como sucede en los exámenes de admisión a las instituciones armadas y algunos trabajos donde exigen una estatura mínima y buena presencia (ser blancos) sin ser necesario para su buen desempeño.

5.- Existen evidentes criterios discriminatorios en las diversas publicidades televisivas y en especial las del Grupo Gloria (leches, jugos, yogures), convocando para ellas casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros. Este criterio en la publicidad refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad socio-cultural, ya que en un país conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos, como es el nuestro, los mismos no nos vemos reflejados en la publicidad (televisiva, paneles, etc).

6.- La publicidad emitida por la empresa demandada deviene en engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños (tal y conforme se difunde), generando en los niños y adolescentes falsas ideas y expectativas de un crecimiento que en realidad será determinado por otros factores.

En el caso de nuestra población mayoritaria (indígena y mestiza) es de considerar el estudio hecho por especialistas, entre ellos el arqueólogo Guillermo Cox, quien afirma que desde hace 600 años la estatura promedio del hombre peruano es de 1.64 mt. varones y 1.51 mt. Mujeres*

7.- Como manifiesta la nutricionista Maritza Noriega en su artículo "Verdades y mitos de la leche" publicado el 10-09-06 en el suplemento dominical Mi Hogar del diario El Comercio: "*La leche por sí sola no hace crecer, simplemente es un alimento fácil de tomar...*". O lo manifestado en la publicación virtual del diario El Comercio el 30-06-06, por el Dr. Sacha Barrio, autor del libro "La revolución de las grasas": "... cien mililitros de leche contienen solo 118 mg. de calcio, pero la leche además contiene fósforo que anula al calcio" ... "obligar a tomar leche es un crimen".

8.- La publicidad materia de la presente demanda va dirigida a los niños y adolescentes cuyo riesgo de mantener una estatura baja, por razones de deficiente nutrición, no es precisamente el sector de la población representado en ella. Es decir, en aplicación correcta y ética de las normas que regulan la publicidad, debería ser dirigida y representada por niños y adolescentes cuyas características deberían ser los de la mayoría nacional, quienes obviamente no manifiestan las características étnicas y sociales de la publicidad referida.

SOBRE INDECOPI

9.- La instancia administrativa para recurrir con esta denuncia corresponde a INDECOPI, sin embargo, para ejercer este derecho hay que pagar una tasa de S/. 102.00, sin considerar la posibilidad de apelar a una resolución adversa,

16

10 - cuya tasa supera los S/. 500.00 Esto imposibilita a los ciudadanos pobres ejercer su derecho a reclamar una sociedad mas justa y menos discriminadora.

10 - Por tal circunstancia con fecha 20 de diciembre de 2006 recurrí a la Secretaria Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, Área de Prevención, para que evalúen la posibilidad de iniciar la denuncia de oficio. Ante ello, mediante Carta No. 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI, hacen de mi conocimiento que la Comisión, en sesión de fecha 10 de enero, decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio, *al no considerar posibles supuestos de infracción contra las normas que regulan la actividad publicitaria.* Sin embargo no se pronuncia sobre el extremo de mi denuncia referida a la publicidad engañosa o exageración de las virtudes del producto y mucho menos al criterio discriminatorio por razones de raza de la publicidad de la demandada.

11 - Con fecha 01 de febrero solicite a la Secretaria Técnica se me proporcione los argumentos y consideraciones por los cuales decidió no atender a mi denuncia. Ante ello, el 20 de febrero recibí la Carta No. 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, que reafirma el contenido de la carta anterior sosteniendo que *las frases e imágenes que aparecen en el anuncio del producto Leche Gloria no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias*, sin ofrecer mayores argumentos a sus consideraciones. No pronunciándose nuevamente sobre el extremo del contenido engañoso de la publicidad de Leche Gloria, viendo además sólo "un anuncio" y no el sentido de los anuncios de la empresa denunciada propalados por lo menos en el ultimo año.

12 - El criterio de la Secretaria Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal ya ha sido planteado sin mayores argumentos, negándose a iniciar procedimiento sancionador de oficio. ¿Qué tan diferente podría ser el pronunciamiento de la instancia administrativa del mismo organismo regulador?

13 - El contenido discriminatorio del Grupo Gloria, no es algo nuevo o novedoso, llegando incluso a ser considerada la empresa mas discriminadora del año 2004, como lo sostuvo el 25 de marzo del año 2005 el Dr. Wilfredo Ardito Vega (APRODEH), vocero de la mesa de trabajo contra la discriminación: *"Las campañas publicitarias realizadas por Gloria en la Televisión muestran solamente como sus consumidores a niños de rasgos blancos y rubios"*. Ante ello, ¿qué hizo el organismo regulador responsable del contenido de la publicidad "INDECOPI" para ventilar el asunto de la discriminación racial tan evidente en nuestro medio?

14 - Es de considerar que la discriminación de impacto o indirecta ocurre cuando la aplicación de un criterio de diferenciación jurídico en principio neutro o no sospechoso producen un resultado significativamente negativo o perjudicial; en otras palabras, cuando la reglamentación o la práctica son aparentemente neutrales, pero en si llevan a la exclusión. Es del caso que el convocar casi exclusivamente a niños, jóvenes y adultos de características étnicas propias de otras sociedades y culturas, representa una taimada forma de discriminación racial, "Discriminación Indirecta", considerando que la

mayoría de la población del Perú esta conformada por habitantes de características indígenas y mestizas y, por ende, la mayoría de consumidores del producto leche Gloria es esta población. Por tanto, la empresa demandada casi todas en general deberían convocar para sus publicidades a personas cuyas características raciales, sociales y culturales sean semejantes a las de la mayoría nacional; y la instancia estatal encargada de regular la publicidad, o sea Indecopi, hace tiempo debió reparar este prejuicio respecto de la población, cultura y espíritu de nuestra sociedad. Prejuicio que ha conllevado desde hace mucho tiempo a la formación de estereotipos negativos respecto de la población india y mestiza que conforman la inmensa mayoría del Perú. Por qué no se aprecia en la mayoría de las publicidades personas con rasgos de la mayoría nacional o de la estatura promedio de la población peruana? ¿Alguna vez Indecopi realizó una campaña sobre el particular? ¿Qué hace suponer que acudiendo a la instancia administrativa, ahora sea visionaria de esta forma de discriminación, habiendo sido rechazada mi denuncia para hacerlo de oficio?

FUNDAMENTACION JURÍDICA

15.- Existen dos formas de discriminación: la positiva, que es aquella orientada a beneficiar o mejorar la calidad de vida a un determinado grupo de individuos desfavorecidos socialmente; y la denominada discriminación negativa, es decir, aquella que está prohibida debiendo cumplir con los siguientes presupuestos: 1) Que exista un rechazo, desprecio, expreso o tácito, por acción u omisión, del Estado o de cualquier persona; 2) Que el rechazo se dirija contra una característica natural o adquirida del ser humano (edad, sexo, raza, religión, opinión, cultura, idioma, apariencia física, etc.); 3) Que la víctima forme parte de un grupo vulnerable de personas discriminadas o "discriminables", es decir, que tienen características naturales y/o adquiridas que den lugar al rechazo en determinadas circunstancias históricas, particulares de una sociedad; 4) Que no exista una justificación legal para discriminar a esa persona o grupo de personas.

16.- Constitución Política de la República

Artículo 2 numeral 2. Que consagra el derecho a la igualdad y a no ser discriminado por motivo de raza u otra índole.

En este caso precisamente se expresa la difusión de evidentes criterios discriminatorios hacia los niños y las personas de estatura baja, refiriéndose mediante expresiones como "chato", además de gestos y miradas orientadas en un sentido valorativo negativo. Como lo cita Jorge Pando Vilchez en su artículo "El Derecho ¿qué es?: *"Según los especialistas, en el proceso de la comunicación humana, la palabra (el texto) solo representa o transmite el 7% de lo que se quiere decir, correspondiendo el otro 93% a: 38% al tono de voz y 55% lenguaje corporal (...)***

17.- Convención Internacional Sobre Eliminación de Todas las Formas de

Discriminación Racial. Artículo 1.- 1º En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y

5
18

dades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o cualquier otra esfera de la vida pública. En este caso se demanda la distinción o preferencia que tiene la empresa Gloria por presentar en sus publicidades exclusivamente a personas de características ajenas a la inmensa mayoría nacional (indios y mestizos); sin que sobre el mismo asunto haya intervenido la institución estatal "Indecopi" para desterrar los criterios discriminatorios imperantes en la publicidad televisiva peruana, pese a que desde hace años se viene denunciando el hecho. Artículo 4.- Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico (...) ¿cuál es la razón por la cual la empresa demandada convoca casi exclusivamente a personas de características étnicas caucásicas en sus publicidades, hecho que se aprecia en casi la totalidad de las publicidades televisivas? No es este un asunto anecdótico sino una grave y urgente práctica que afecta a los fundamentos mismos de la igualdad en nuestra democracia.

18 - Como sostiene la Directiva 2000/43/CE del Consejo de la Unión Europea, de fecha 29 de junio del año 2000, en su artículo 2.2.b.

2.2.b Se producirá una *Discriminación Indirecta* "cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios".

19 - Código Procesal Constitucional

Artículo 37 numeral 1. Que consagra el derecho de igualdad y de no ser discriminado. En esta demanda, "*por razón social, racial o de cualquier otra índole*". Es el caso que la estatura es un rasgo característico de los peruanos lo cual no nos hace menos, ni mas, el ser de una estatura determinada. Por otro lado, es sorprendente que predomine en las publicidades una exclusiva imagen ajena a la mayoría étnica nacional, donde se manifiesta un marcado predominio de rasgos caucásicos en una sociedad de inmensa mayoría aborígen y mestiza y ante ello el organismo regulador competente no haya hecho nada siendo algo tan evidente.

20.- Decreto Legislativo 691

Principio de Legalidad y publicidad, artículos 3 y 4. En cuanto existen criterios de discriminación social y racial y un alto contenido de exageración en las supuestas virtudes de consumir Leche Gloria:

Los anuncios dirigidos a menores "No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido", artículo 10.4

Responsabilidad del anunciante, artículo 13.

Responsabilidad de fondo y forma, artículo 14.

DEMANDADOS

- 1.- Empresa Leche Gloria S.A. con domicilio en Avenida República de Panamá No. 2461, Urbanización Santa Catalina, distrito de La Victoria, Lima.
- 2.- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) con domicilio en Calle de la Prosa No. 138, San Borja, Lima.

AGOTAMIENTO DE LA VIA PREVIA

21.- Conforme al artículo 45 del Código Procesal Constitucional en caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. La Comisión técnica de represión de la competencia desleal y publicidad desestimó mi denuncia negándose a iniciar procedimiento de oficio contra la empresa por *"no considerar posibles supuestos de infracción contra las normas que regulan la actividad publicitaria"*. Y al solicitarle los argumentos y consideraciones para no atender mi denuncia sostuvieron que *"las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias"*. Esto constituye, a mi entender, una posición administrativa que predominaría en la instancia cuyo agotamiento es sumamente oneroso y que en el fondo no se pronunció sobre todos los extremos de mi denuncia.

22.- Conforme al artículo 46 numeral 3 del Código Procesal Constitucional debe considerarse que la instancia administrativa se inició con mi pedido que se formalizó a la Comisión Técnica para que se proceda a denunciar de oficio, siendo rechazada sin considerar todos los extremos de la misma y sin ofrecer mayores argumentos.

MEDIOS PROBATORIOS

1. Copia de Carta simple dirigida al Grupo Gloria de fecha 06/11/06.
2. Copia de Carta notarial dirigida al grupo Gloria de fecha 27/11/06.
3. Copia del cargo de la denuncia presentada a la Secretaria Técnica de la Comisión de la Competencia Desleal y Publicidad, Área de prevención por discriminación social, racial y publicidad engañosa contra Leche Gloria.
4. Copia de la Carta No.0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI.
5. Copia de mi solicitud a la secretaria Técnica de Represión de la Competencia Desleal y Publicidad, Indecopi para que me alcancen los argumentos y consideraciones de su denegatoria.
6. Copia de la Carta No. 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI
7. El merito del Artículo "Verdades y mitos de la leche", publicado el 10 de septiembre del 2006 en el suplemento Mi hogar del diario El Comercio, con lo cual pretendo demostrar la opinión de la especialista sobre la publicidad engañosa que difunde la empresa demandada.
8. El mérito de lo manifestado en la publicación virtual del diario El Comercio el 30-06-06, por el Dr. Sacha Barrio, sobre las verdaderas propiedades de la leche en el organismo humano.

- 9. El merito del sentido de los anuncios de la empresa denunciada propalados en el ultimo año, los cuales deberán ser solicitados a Televisión Nacional del Perú, Canal 7.
- 10. El mérito de los anuncios de fecha 21.03.05 y 22.03.05 de la pagina web de Aprodeh, en que se afirma que la empresa Leche Gloria ha sido catalogada como la mas discriminadora en su publicidad.

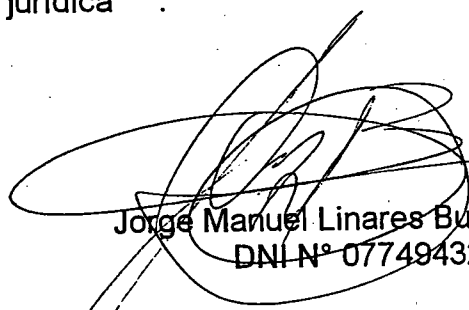
NEXOS

- 1. Copia de mi DNI - 1-A
- 2. Copia de Carta simple dirigida al Grupo Gloria de fecha 06/11/06. 1-B
- 3. Copia de Carta notarial dirigida al grupo Gloria de fecha 27/11/06. 1-C
- 4. Copia del cargo de la denuncia presentada a la Secretaria Técnica de la Comisión de la Competencia Desleal y Publicidad, Área de prevención por discriminación social, racial y publicidad engañosa contra Leche Gloria. 1-D
- 5. Copia de la Carta No.0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI. 1-E
- 6. Copia de mi solicitud a la secretaria Técnica de Represión de la Competencia Desleal y Publicidad, Indecopi para que me alcancen los argumentos y consideraciones de su denegatoria. 1-F
- 7. Copia de la Carta No. 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI - 1-G
- 8. El merito del Artículo "Verdades y mitos de la leche" publicado el 10 de septiembre del 2006 en el suplemento Mi hogar del diario El Comercio, con lo cual pretendo demostrar la opinión de especialista sobre la publicidad engañosa que difunde la empresa demandada. 1-H
- 9. El mérito de los anuncios de fecha 21.03.05 y 22.03.05 de la pagina web de Aprodeh, en que se afirma que la empresa Leche Gloria ha sido catalogada como la mas discriminadora en su publicidad. 1-I

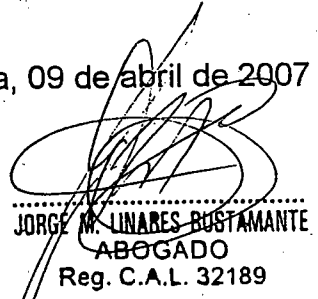
POR TANTO:

A usted señor Juez solicito tramitar la presente demanda conforme a su naturaleza y declararla fundada en su oportunidad, ordenando el pago de los costos irrogados, contribuyendo con ello a desterrar del Perú los criterios y actitudes discriminatorios manifestados en las publicidades emitidas por los diversos medios de comunicación; y a promover que las instituciones encargadas de velar por el respeto de los derechos humanos y las leyes, no permanezcan ajenos a una realidad tan evidente y dolorosa como es la discriminación que fuera calificada por el Tribunal Constitucional español como una perversión jurídica ***.

Lima, 09 de abril de 2007



Jorge Manuel Linares Bustamante
DNI N° 07749432



JORGE M. LINARES BUSTAMANTE
ABOGADO
Reg. C.A.L. 32189

*Citado en un comentario del periodista Raúl Vargas en Radio Programas del Perú referido a la estatura del hombre peruano.
 **www.congreso.gob.pe/juridica/documentos/elderecho_que_es.pdf
 ***Sentencia 126/1986 TC español.

EXPEDIENTE : 2007-00799-0-0901-JR-CI-4.

MATERIA : AMPARO.

ESPECIALISTA: GARCÍA FÉLIX, LILIAN PATRICIA.

DEMANDADO : EMPRESA LECHE GLORIA S.A.

DEMANDANTE : LINARES BUSTAMANTE, JORGE MANUEL.

RESOLUCIÓN NÚMERO UNO *1/c*

Independencia, dieciséis de abril del año Dos mil siete.-

VISTOS: la demanda Constitucional de Amparo y anexos que se acompañan; y
CONSIDERANDO: PRIMERO: Que, las normas contenidas en nuestro Código Procesal Civil son de aplicación supletoria al proceso constitucional, siendo éstas de carácter imperativo, salvo regulación permisiva en contrario; **SEGUNDO:** Que, en ese sentido el artículo 427.1 del acotado cuerpo legal, establece que el juez declarará improcedente la demanda cuando el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar; en tanto que, el artículo 39 del Código Procesal Constitucional, señala a este respecto que el afectado es la persona legitimada para interponer el proceso de amparo; **TERCERO:** Que, en el presente caso, don Jorge Manuel Linares Bustamante interpone el proceso constitucional de amparo por discriminación social, racial y publicidad engañosa contra la Empresa Leche Gloria S.A. y contra INDECOPI, a efectos de que el primero cese su publicidad con contenido discriminatorio; sin embargo, se advierte que el actor no refiere haber sufrido directamente un perjuicio con la propagación de dicha publicidad, ni se encuentra en alguno de los supuestos previstos en el artículo 40 del Código Procesal Constitucional para poder accionar; **CUARTO:** Que, siendo esto así, se tiene que se ha incurrido en el supuesto de improcedencia indicado en el segundo considerando, razón por la cual su demanda no resulta viable. Estando a lo expuesto en los considerandos antes glosados, **RESUELVO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la demanda constitucional interpuesta por **JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE**, debiendo recurrir a la vía del proceso administrativo ante la Indecopi; que, consentida o ejecutoriada que sea la presente se Archive Definitivamente los de la materia, autorizándose la devolución de los anexos presentados con la demanda, dejándose la debida constancia en autos. Póngase en conocimiento de la Presidencia y de la Oficina de Control de la Magistratura de esta Corte Superior de Justicia. Notifíquese.-



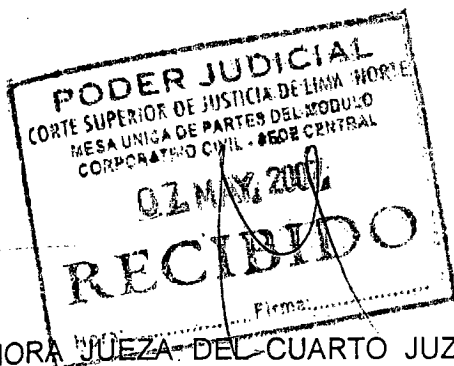
PODER JUDICIAL

Janideth
JANIDETH VICTORIA CARDENAS PORTUGAL
JUEZ (P)
CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL
MÓDULO CORPORATIVO CIVIL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTAL



PODER JUDICIAL

Lilian Patricia Garcia Felix
LILIAN PATRICIA GARCIA FELIX
ESPECIALISTA LEGAL
Cuarto Juzgado Especializado Civil
Módulo Corporativo Civil
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTAL



Expediente: 799-2007.
Especialista: García Félix
Escrito: 02
Sumilla: Apelación a Res. que declara
Improcedencia.

26

SEÑORA JUEZA DEL CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DEL CONO NORTE DE LIMA

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, en el proceso iniciado contra Leche Gloria S.A. y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), sobre Demanda Constitucional de Amparo por discriminación social, racial y publicidad engañosa y actitud impasible u omisiva ante la propalación de criterios discriminatorios en la publicidad; a usted respetuosamente me presento y digo:

PETITORIO

Interpongo Recurso de APELACIÓN contra la Resolución No. 01 de fecha 16 de abril del año 2007 notificada el 02 de mayo último, que declara Improcedente mi demanda de AMPARO contra la Empresa Leche Gloria S.A. y contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI); por discriminación social, racial y publicidad engañosa y por actitud impasible (omisión de actos de cumplimiento obligatorio) ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva.

Fundo la presente Apelación en los siguientes argumentos:

PRIMERO.- Que, según los considerandos PRIMERO Y SEGUNDO de la resolución apelada, mi demanda deviene en improcedente por que carezco de evidente legitimidad para obrar, citando el artículo 427.1 del Código Procesal Civil y el artículo 39 del Código Procesal Constitucional que establece que el afectado es la persona legitimada para interponer la demanda de amparo. No advirtiendo que Yo (demandante) haya sufrido directamente un perjuicio con la propalación de la publicidad discriminadora, ni me encuentro en alguno de los supuestos previstos en el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

SEGUNDO.- Que, aproximadamente el 19 de abril, al no ser aun calificada la demanda, me apersoné a entrevistarme con la magistrada, para preguntarle cuando estaría emitiendo la primera resolución. Resultando ahora que la Resolución apelada es emitida con fecha anterior a la entrevista referida (16 de abril).

TERCERO.- En la entrevista señalada en el párrafo anterior la señora jueza pudo apreciar que soy una persona de estatura baja (1.63 mts.). En atención a ello me considero afectado por la publicidad de la demandada, toda vez que hace alusión a la estura baja en forma despectiva o desvalorativa. Ello no sería importante de considerar si no fuera que la estatura promedio del hombre peruano es precisamente considerada baja (conforme lo manifiesto en el fundamento 6 de mi demanda: el arqueólogo Guillermo Cock, afirma que desde hace 600 años la estatura promedio del hombre peruano es de 1.64 mts. hombres y 1.51 mts. Mujeres).

TERCERO.- Que, la demanda se extiende a la discriminación racial, étnica o cultural, en tanto Leche Gloria S.A. siendo una empresa peruana, convoca exclusivamente para sus publicidades a personas con características que no corresponden a la mayoría nacional. Considerando que mis características físicas son los de la mayoría nacional, me siento afectado por el afán de moldeamiento social o imposición de estereotipos ajenos a nuestra sociedad por la publicidad de Leche Gloria S.A.; y la

Interponer

omisión a su función reguladora de INDECOPI de velar por el respeto de los derechos fundamentales, entre ellos el principio-derecho de dignidad humana, de no ser discriminado y el derecho a la igualdad, consagrados por la Constitución Política y Tratados internacionales de los que el Perú es partícipe, reafirmados y protegidos en sus sentencias por el Tribunal Constitucional.

CUARTO.- Que el artículo 40 del Código Procesal Constitucional señala que: *puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional.*

Al respecto ¿qué son los derechos difusos? son aquellos cuya titularidad no es individualizable, sino que pertenecen a todos en tanto miembros de la humanidad. En este sentido son aquellos derechos que corresponden a grupos amplios de personas en la comunidad, muchas de las veces indeterminables, que se encuentran interesados en la preservación de situaciones fácticas o de derecho que les son favorables. Algunos ejemplos pueden ser los consumidores, ambientalistas, grupos étnicos, etc.

QUINTO.- El acceso a la justicia no puede ser limitado o restringido por el factor económico. De ser así, los ciudadanos pobres, como es mi caso, no podríamos ejercer nuestro derecho a reclamar una sociedad mas justa y menos discriminadora. En este caso, la instancia administrativa resulta ser un impedimento material y dilatorio puesto que pese a lo evidente del problema discriminatorio en la publicidad, siempre ha omitido su accionar contra ello. El criterio de la Secretaria Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal ya ha sido planteado sin mayores fundamentos, negándose a iniciar procedimiento sancionador de oficio. Recayendo por ello en una omisión a su obligación institucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.

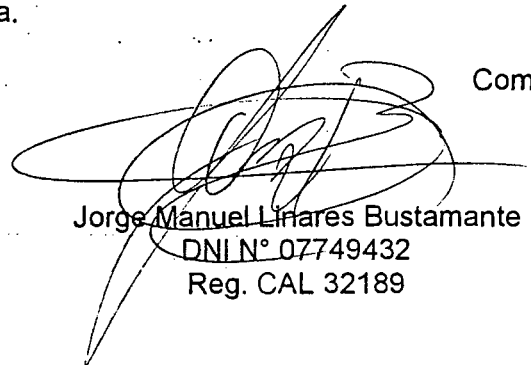
SEXTO.- En atención al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional referido al Control Difuso e Interpretación Constitucional debe considerarse la importancia de la naturaleza de mi pretensión que busca proscribir los criterios discriminatorios de la publicidad de Leche Gloria y la inacción u omisión de las instituciones gubernamentales obligadas a ello.

SETIMO.- El artículo 37 del Código Procesal Constitucional señala que el amparo procede en defensa del derecho a la igualdad y el de no ser discriminado. ¿Como se denomina la actitud de presentar exclusivamente a niños de características rubias y blancas en un país eminentemente mestizo? ¿Acaso el derecho a la igualdad no es vulnerado cuando se aprecia que exclusivamente se convocan a personas de características ajenas a los de la mayoría nacional para las publicidades de la empresa peruana Leche Gloria?

POR TANTO

Invocando el principio de la pluralidad de instancia consagrado en el artículo 139 numeral 6 de la Constitución Política solicito se eleven los autos a la instancia superior para alcanzar justicia.

Comas, 07 de mayo de 2007.


Jorge Manuel Linares Bustamante
DNI N° 07749432
Reg. CAL 32189

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
Primera Sala Civil


EXPEDIENTE : Secuencial Sala 0491-2007-O
DEMANDANTE : JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE
DEMANDADO : EMPRESA LECHE GLORIA S.A.
MATERIA : ACCION DE AMPARO.
PROCEDENCIA : 4° JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL
JUEZ : JANIDETH VICTORIA CARDENAS PORTUGAL

RESOLUCION NUMERO 182
Lima Norte, veintiuno de Setiembre
del dos mil siete.-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como Ponente el Señor Vocal **CUEVA SOLIS**; conforme dispone el inciso segundo del artículo cuarenta y cinco de la Ley Orgánica del Poder Judicial; y **CONSIDERANDO:**

Primero.- A que es materia de revisión la Apelación con Efecto Suspensivo interpuesta por la parte demandante contra la Resolución número uno que declara improcedente la demanda constitucional interpuesta por Jorge Manuel Linares Bustamante, debiendo recurrir a la vía del proceso administrativo ante la indecopi; con lo demás que contiene.

Segundo.- A que el actor señala en su escrito de apelación que obra de fojas veintisiete a veintiocho, que la demanda se extiende a la discriminación racial, étnica o cultural, en tanto que la Leche Gloria S.A. siendo una empresa peruana, convoca exclusivamente para sus publicidades a personas con características que no corresponden a la mayoría nacional, considerando que sus características físicas son las de la mayoría nacional, sintiéndose afectado por el afán de moldeamiento social o imposición de estereotipos ajenos a nuestra sociedad. Además que el artículo 40 del Código Procesal Constitucional señala que puede interponer demanda de amparo cualquier persona cuando se trate de

 **PODER JUDICIAL**
[Signature]
FELIPE X. CANDIO VALENCIA
SECRETARIO
SALA PRIMERA CIVIL

amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional.

Tercero.- Que conforme a lo dispuesto en el inciso 4 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se señala como un requisito de procedibilidad el haber agotado las vías previas; habiéndose pronunciado el Tribunal Constitucional al respecto cuando señala: "No proceden los procesos constitucionales cuando: No se hayan agotado las vías previas, salvo en los casos previstos en este Código y en el proceso de hábeas corpus". En el caso particular del proceso de amparo, se sustenta, además, en el artículo 45° del citado Código, que dispone: "El amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo". Ambos artículos refieren en su texto el concepto "vía previa", que debe entenderse como un requisito de procedencia consistente en agotar los recursos jerárquicos con que cuenta el presunto agraviado antes de recurrir a la vía del proceso constitucional; y que resulta exigible a efectos de obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia constitucional" (Exp. N.° 1567-2006-PA/TC. F.J.16).

Cuarto.- A que, "la vigencia del Código Procesal Constitucional supone un cambio en el régimen legal del proceso de amparo ya que establece, entre otras cosas, la subsidiariedad para la procedencia de las demandas de amparo. Con ello se cambia el anterior régimen procesal del amparo que establecía un sistema alternativo. En efecto, conforme al artículo 5°, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, **no proceden las demandas constitucionales cuando existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado**" (Exp. N.° 0206-2005-AA/TC, Fundamento 3).

Quinto.- A que, en el presente caso, el actor interpone demanda de amparo por discriminación social, racial y publicidad engañosa y por actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva, donde existen evidentes criterios discriminatorios en las diversas publicidades televisivas y en especial las



PODER JUDICIAL

FELIPA CANDIO VALENCIA

SECRETARIO

TURNO PARA ESPECIALIZADA CIVIL

del Grupo Gloria (leches, jugos, yogures) convocando para ollas casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros, criterio en la publicidad que refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad socio-cultural, que no so ve reflejada en la publicidad (televisiva, paneles, etc). La publicidad emitida por la emplazada deviene en engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños, generando en los niños y adolescentes falsas expectativas de un crecimiento que el realidad será determinado por otros factores.

Sexto.- Que teniendo en consideración que el recurrente lo que en el fondo cuestiona es la publicidad engañosa que hace la Empresa Leche Gloria S.A., tenemos que estamos frente a "derechos del consumidor" (derechos difusos), empero por la naturaleza misma de los derechos invocados, y siendo un requisito de procedencia, el recurrente debe agotar previamente la instancia administrativa ante el INDECOPI, el cual tiene dentro de sus funciones supervisar el cumplimiento de las normas legales que tutelan los derechos de los consumidores; por lo que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 4) artículo 5 del Código Procesal Constitucional la demanda deviene en improcedente; máxime si una vez agotada esa vía, tiene la vía igualmente satisfactoria en el proceso Contencioso Administrativo.

RESOLUCION:

Consideraciones por las cuales: **CONFIRMARON** la Resolución número uno que declara improcedente la demanda constitucional interpuesta por Jorge Manuel Linares Bustamante, debiendo recurrir a la vía del proceso administrativo ante la Indecopi; con lo demás que contiene. Notifíquese y

Devuélvase. -

S.S.

INSANTES VARGAS

YAHUANA VEGA

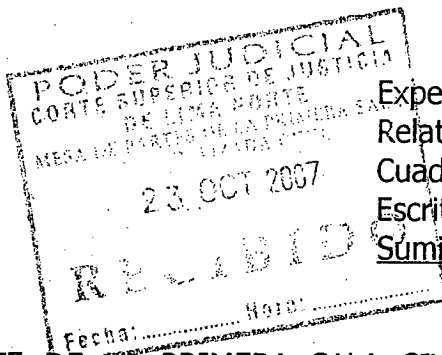
10 OCT. 2007
03 Oct.

CUEVA SOLIS



PODER JUDICIAL

FELIPE A. ZANDINO VALENCIA
SECRETARIO



Expediente: 491-07
Relator: Pérez Unzueta
Cuaderno: Principal
Escrito: 02
Sumilla: Recurso de Agravio Constitucional

64
Secretaría
C. U. N.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, en el proceso constitucional de Amparo seguido contra Leche Gloria y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), por discriminación social, racial, publicidad engañosa y actitud impasible y omisiva de sus funciones, a usted digo:

PETITORIO

Que al amparo del artículo 18 del Código Procesal Constitucional, que señala: "*Contra la Resolución de segundo grado que declara improcedente la demanda, procede recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de diez días contados desde el día siguiente de notificada la resolución (...)*".

INTERPONGO RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL contra la Resolución No. 182 de fecha 21 de setiembre del año 2007, notificada a mi casilla de la Central de Notificaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte el día 15 de octubre; amparando el presente recurso en los siguientes fundamentos que han de tomarse en consideración:

FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme lo he venido sosteniendo desde la interposición de la demanda de amparo, la instancia administrativa es excesivamente onerosa para las personas que no poseemos recursos económicos suficientes y que ello no debe constituir un impedimento para alcanzar justicia de las instituciones del Estado.

SEGUNDO.- El acceso a la justicia no puede ser limitado o restringido por el factor económico. De ser así los ciudadanos pobres, como es mi caso, no podríamos ejercer nuestro derecho a reclamar una sociedad mas justa y menos discriminadora. En este sentido, la instancia administrativa resulta ser un impedimento material y dilatorio puesto que pese a lo evidente del problema discriminatorio en la publicidad, ha omitido su accionar contra ello.

TERCERO.- El criterio de la Demandada, Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) a través de la Secretaria Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, ya ha sido planteado sin mayores fundamentos, negándose a iniciar procedimiento sancionador de oficio, recayendo por ello en una omisión a su obligación institucional de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación.

65

CUARTO.- Que, del Considerando Sexto de la Resolución recurrida, se interpreta erróneamente que el fondo de mi demanda es el cuestionamiento de la publicidad engañosa que hace la empresa Leche Gloria, siendo el correcto sentido de mi petición en la demanda los siguientes aspectos fundamentales:

- Discriminación social hacia las personas de estatura baja.
- Discriminación racial en las publicidades del Grupo Gloria al convocar exclusivamente a personas de características raciales y culturales ajenas a los de la mayoría nacional.
- Omisión de la instancia administrativa estatal (INDECOPI) ante los evidentes criterios discriminatorios en la publicidad propalada en los diversos medios de comunicación. No solo de la codemandada Leche Gloria, sino, en general, del criterio racista predominante desde siempre en la publicidad que se difunde en la sociedad peruana.
- Publicidad engañosa por la exageración en las supuestas virtudes de consumir el producto Leche Gloria.

QUINTO.- Que, los derechos fundamentales a la no discriminación, a la dignidad y al acceso de toda persona a la justicia deben prevalecer en la administración de justicia, máxime si se viene sosteniendo que la instancia administrativa constituiría un efectivo impedimento material para las personas limitadas económicamente.


SEXTO.- Que, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú sostiene que "*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*", en consecuencia debe considerarse que la mayoría nacional es de características mestizas e indígenas y además esta mayoría es de recursos económicos y culturales limitados. Los cuales nos vemos diariamente discriminados por la publicidad de la demandada y por la actitud impasible y omisiva de la codemandada "indecopi" (con minúsculas por que no esta a la altura de las exigencias sociales).

SEPTIMO.- El artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional sostiene que "*Son fines esenciales de los procesos constitucionales la primacía de la constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales*". Por tanto debe considerarse el grave perjuicio social que diariamente y de manera taimada se viene ocasionando a la inmensa mayoría nacional, con criterios racistas en los medios masivos de comunicación y con la actitud impasible y omisiva de la instancia administrativa estatal (indecopi).

POR TANTO

Solicito a usted Señor Presidente conceder en la presente causa el Recurso de Agravio Constitucional y elevar los autos en el termino legal al Tribunal Constitucional.

Comas, 23 de octubre de 2007.


Jorge Manuel Linares Bustamante
DNI 07749432
CAL 32189



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00401-2008-PA/TC
LIMA NORTE
JORGE MANUEL LINARES
BUSTAMANTE

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Lima, 20 de agosto de 2010

VISTO

El recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Manuel Linares Bustamante contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte de fecha 21 de Septiembre del 2007, que confirmando la apelada, declaró improcedente la demanda de autos; y,

ATENDIENDO A

1. Que con fecha 9 de abril del 2007, don Jorge Manuel Linares Bustamante interpone demanda de amparo contra la Empresa Leche Gloria y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) por considerar que la propalación de la publicidad en torno del producto denominado *Leche Gloria* resulta discriminatoria.
2. Que según alega el demandante, la publicidad que la empresa Leche Gloria utiliza para dar a conocer las ventajas de su producto denota una típica actitud de menosprecio o rechazo por las personas de estatura baja, a la par que difunde como verdadera la versión de que el consumo de la citada leche, supuestamente, contribuye al crecimiento de los niños, cuando dicho dato resulta científicamente inexacto.
3. Que a raíz de los comerciales propalados por la empresa demandada, el recurrente acudió a al INDECOPI con la finalidad de que dicha entidad, a través de su dependencia correspondiente corrija dicha situación; sin embargo, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (Área de Prevención) ha rechazado su petición sin otra argumentación que la de considerar que los hechos denunciados no constituyen supuestos de infracción a las normas que regulan la actividad publicitaria.
4. Que mediante resolución emitida con fecha 16 de abril del 2007, el Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte, de plano, declara improcedente la demanda interpuesta por considerar que el demandante carece de legitimidad para obrar. A su turno, la resolución recurrida confirma la apelada por considerar que no procede el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00401-2008-PA/TC
LIMA NORTE
JORGE MANUEL LINARES
BUSTAMANTE

amparo cuando el agraviado cuenta con vías procedimentales igualmente satisfactorias conforme a lo dispuesto por el inciso 2) del artículo 5º del Código Procesal Constitucional, y adicionalmente, porque tampoco se agotó la vía previa ante las dependencias del INDECOPI, siendo también aplicable el inciso 4) del artículo 5º del citado cuerpo normativo.

Que este Colegiado no comparte el temperamento asumido por las instancias judiciales había cuenta que: a) La pretensión reclamada involucra un asunto de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de la protección al consumidor y, en particular, desde la perspectiva de la protección a la niñez. No es, por tanto, un tema en el que sea necesaria legitimidad para obrar directa, sino de aquellos que se vislumbran desde la óptica de los intereses difusos, recayendo su invocación en cualquier persona que así lo solicita; b) La materia discutida es, por excelencia y como se acaba de indicar eminentemente constitucional a la par que requiere de urgente dilucidación, motivo por el que la vía natural de resolución de la presente controversia es la que proporciona el amparo constitucional y no precisamente la vía judicial ordinaria; c) No es cierto que el demandante tenga que agotar vía administrativa alguna cuando la entidad administrativa competente (en este caso, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Área de Prevención) se ha negado a recibir la denuncia del recurrente hasta en dos oportunidades, como se aprecia de las instrumentales obrantes a fojas 8 y 10 de los autos.

Que por consiguiente, habiéndose rechazado indebidamente la presente demanda de amparo, no obstante la indudable relevancia constitucional del reclamo planteado, se ha incurrido en quebrantamiento de forma que debe ser corregido de conformidad con el artículo 20º del Código Procesal Constitucional. En tales circunstancias deberá revocarse la recurrida y la apelada, así como ordenarse la admisión a trámite de la demanda interpuesta, debiéndose correr traslado de la misma a la empresa Leche Gloria S.A. y al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

DESENLVE

REVOCAR la resolución recurrida así como la apelada. Ordena al Cuarto Juzgado

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
CENTRO DE NOTIFICACIONES - CDG
25 ENE. 2011
RECEBIDO
VENTANILLA 16
FIRMA:

133

Expediente N°: 00351-2007
Escrito N°: 01
Sumilla: **Deduce defensa previa, formula excepciones y contesta demanda de amparo**

SEÑOR JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE:

GLORIA S.A. (en adelante, **GLORIA**), con RUC N° 20100190797 debidamente representada por el Sr. Rolando Francisco Málaga Luna, identificado con DNI N° 07938827, según poder que se adjunta como Anexo 1-C, ambos con domicilio en Av. República de Panamá N° 2461 Urb. Santa Catalina - La Victoria - Lima 13; y señalando domicilio procesal en la Casilla N° 4636 de la CENTRAL de Notificaciones del Poder Judicial de Lima Norte (sito en el Departamento de Notificaciones del Poder Judicial del caso N° 1015) en los seguidos por **JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE** (en adelante, el **SR. LINARES**), sobre **PROCESO DE AMPARO**; ante usted con el debido respeto nos presentamos y decimos:

Que, habiendo sido notificados con la Resolución N° 04, de fecha 25 de octubre de 2010 (notificada a esta parte el 18 de enero de 2011), mediante la cual vuestro Juzgado admite a trámite la demanda de amparo interpuesta por el SR. LINARES contra GLORIA y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Producción de la Propiedad Intelectual - INDECOPI; y dentro del plazo establecido, nos personamos al proceso, deducimos defensa previa de indebida acumulación de pretensiones; deducimos excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante y excepción de prescripción; y procedemos a contestar la demanda en los siguientes términos:

PETITORIO

Primer pedido principal: Solicitamos que se declare la improcedencia de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 427.7 del Código Procesal Civil -supletoriamente aplicable- en la medida que existe una **INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES.**

134
[Handwritten signature]

2. **Segundo pedido principal:** Deducimos **EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE**, a fin que vuestro Juzgado declare la improcedencia de la demanda.

3. **Tercer pedido principal:** Deducimos **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, a fin de que vuestro Juzgado declare la improcedencia de la demanda.

4. **Cuarto pedido principal:** En el supuesto negado que vuestro Juzgado desestime la defensa previa y las excepciones deducidas, y decida continuar con el proceso, **NEGAMOS TODOS LOS EXTREMOS DE LA DEMANDA INTERPUESTA**. En consecuencia, **SOLICITAMOS** que la demanda se declare **IMPROCEDENTE**, o subsidiariamente **INFUNDADA**.

II. **¿CUÁL ES EL OBJETO DE LA DEMANDA DE AMPARO INTERPUESTA?**

1. GLORIA es una empresa de capitales peruanos que se dedica a la producción y comercialización de productos alimenticios, principalmente lácteos. Desde el año 2002, GLORIA logró el Certificado ISO 9001, por tener los estándares de calidad más altos tanto en las áreas de producción, comercialización, gestión empresarial y organización.

2. Como se puede apreciar, el SR. LINARES inició el presente proceso contra GLORIA, pues considera que nuestra publicidad afecta el derecho a la no discriminación, por motivo social y racial. Para ello, sostiene que la publicidad de GLORIA contiene un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia las personas de estatura baja. De igual modo, sostiene que en ésta se muestra, casi exclusivamente, a niños de características caucásicas.

Por otro lado, el demandante sostiene que se trata de publicidad engañosa, toda vez que el simple consumo de leche no contribuye al crecimiento de los niños, generando en ellos falsas ideas y expectativas.

3. Por otro lado, el SR. LINARES dirige su demanda contra el INDECOPI, por supuestamente tener una actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación. Al respecto, señala que si bien el INDECOPI es la instancia administrativa correspondiente,

la interposición de una denuncia se encuentra sujeta al pago de una tasa elevada, la cual imposibilita el acceso de los ciudadanos.

135

III **DEFENSA PREVIA: EXISTE UNA INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN LA DEMANDA**

1. Como es de vuestro conocimiento, nuestro ordenamiento jurídico permite al accionante diferentes formas de acumular pretensiones y personas en un proceso, de acuerdo a lo que espera obtener en su demanda. Es así que el artículo 83 del Código Procesal Civil –supletoriamente aplicable– establece que en un proceso puede haber más de una pretensión o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva.

2. Pues bien, el artículo 86 del mismo cuerpo legal, establece los requisitos para la acumulación subjetiva de pretensiones, de la siguiente manera:

"Artículo 86.- Requisitos de la acumulación subjetiva de pretensiones.-

Esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto, exista conexidad entre ellas y, además, se cumplan los requisitos del Artículo 85.

Se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados".

3. En el presente caso, no se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 86 del Código Procesal Civil, antes citado, para la acumulación subjetiva de pretensiones. En efecto, **LA DEMANDA SE DIRIGE CONTRA GLORIA Y CONTRA EL INDECOPI, SIN QUE LAS PRETENSIONES SE REFIERAN A UN MISMO OBJETO, O EXISTA CONEXIDAD ENTRE ELLAS.**

Como vuestro Despacho podrá apreciar, la demanda se dirige contra GLORIA al considerar que su publicidad afecta el derecho a la no discriminación. Y, contra el INDECOPI por haberse mantenido impasible ante una actitud discriminadora. Si bien parece que ambas pretensiones se derivan del mismo hecho (la publicidad de GLORIA), lo cierto es que **ambas pretensiones se fundamentan en distintos hechos y derechos.** Mientras que la pretensión oponible a GLORIA se sustenta en la supuesta vulneración de un derecho

136

constitucional; la pretensión oponible al INDECOPI se sustenta en la supuesta desatención de sus labores de protección al consumidor; cuestionando, además, la existencia de una tasa elevada que restringe sus derechos ciudadanos.

Es decir que, ambas pretensiones no tienen el mismo origen, y por lo tanto, no son pasibles de ser ventiladas en el mismo proceso.

4 En tal sentido, solicitamos a vuestro Juzgado que declare la improcedencia de la demanda de amparo interpuesta; de conformidad con lo establecido en el inciso 7 del artículo 427 del Código Procesal Civil¹, supletoriamente aplicable al presente proceso.

IV. FUNDAMENTOS DE NUESTRA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE

1 Las excepciones son el medio a través del cual el demandado denuncia la existencia de una relación procesal inválida, sea porque se ha omitido o se ha presentado defectuosamente un presupuesto procesal (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda) o una condición de la acción (interés para obrar y legitimidad para obrar).

2 La legitimidad para obrar puede ser definida como un concepto lógico de relación, por el cual las personas que ocupan un lugar en la relación jurídica material deben ser exactamente las mismas que ocupan dicho lugar en la relación jurídica procesal. Cuando esta correlación no se presenta en el proceso, estamos ante un supuesto de falta de legitimidad para obrar activa (en el caso del demandante) o pasiva (en el caso del demandado).

3 Es decir que, estamos ante un caso de falta de legitimidad para obrar del demandante, cuando este no ha sido parte de la relación jurídico material que origina el conflicto. En otras palabras, como señala la doctrina, cuando el demandante no es el titular de "la relación jurídica sustancial en que se funda

¹Artículo 427.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:
(...) 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones (...).

137
~~137~~

la pretensión². En tal sentido, **EL ARTÍCULO 39 DEL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL SEÑALA QUE "[E]L AFECTADO ES LA PERSONA LEGITIMADA PARA INTERPONER EL PROCESO DE AMPARO"**.

4. Pues bien, en el presente caso, el **SR. LINARES NO SEÑALA DE NINGUNA MANERA CÓMO HA SIDO AFECTADO EN SU DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN POR LA PUBLICIDAD DE GLORIA**, sino que únicamente se refiere a ésta en términos abstractos.

5. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia³, para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio, es preciso que se proponga una *tertium comparationis* válido. Es decir, un término de comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual se pueda constatar ante situaciones fácticas iguales, que uno de los sujetos ha sufrido un trato diferente, sin que medien razones objetivas o razonables que lo legitimen.

En el presente caso, el SR. LINARES no solo no ha cumplido con señalar un término de comparación válido; sino que, peor aún, no ha cumplido con señalar cómo lo afecta directamente la publicidad de GLORIA. Por el contrario, se limita a hacer a un análisis abstracto de la misma, sin llegar a identificar la publicidad le causaría el agravio.

6. Así las cosas, solicitamos a vuestro Juzgado que declare FUNDADA la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante; y en consecuencia, declare la improcedencia de la demanda de amparo.

V. **FUNDAMENTOS DE NUESTRA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**

1. Como es de vuestro conocimiento, el **artículo 44** del Código Procesal Constitucional⁴ establece un **plazo de 60 días hábiles para interponer una**

PALACIO Lino Enrique, "Manual de Derecho Procesal Civil", 18 ed., Buenos Aires: LexisNexis Abeledo Perrot 2004, p. 371.

Sentencias del Tribunal Constitucional N° 01211-2006-AA/TC; 4587-2004-AA/TC; 0015-2002-AI/TC; 0183-2002-AA/TC; 0552-2002-AA/TC, entre otras.

"Artículo 44.- El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y

demanda de amparo. Para ello, el plazo deberá computarse desde el momento en que se produjo la afectación.

Aun cuando el SR. LINARES no ha determinado cuál es la publicidad de GLORIA que supuestamente vulnera el derecho a la no discriminación, **SE DESPRENDE DEL MISMO ESCRITO DE DEMANDA QUE EL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA HA PRESCRITO LARGAMENTE.**

En efecto, en el punto 1 de su escrito de demanda, el SR. LINARES afirma que viene observando características discriminatorias en la publicidad de GLORIA "desde hace algún tiempo". Asimismo, señala que **con fechas 06 y 24 de noviembre de 2006, envió dos cartas a GLORIA** (adjuntadas como Anexo 1-B y 1-C de la demanda), **mediante las cuales denuncia la supuesta discriminación en la publicidad** de nuestra empresa, y solicita su cese.

Ello demuestra que, **al menos desde el 26 de noviembre de 2006, el SR. LINARES consideraba que la publicidad de nuestra empresa vulneraba el derecho a la no discriminación, y se encontraba posibilitado a interponer acciones contra ésta. Sin embargo, el SR. LINARES no interpuso la demanda de amparo hasta el 09 de abril de 2007; es decir, cuando el plazo de 60 días para la interposición de la demanda ya había prescrito.**

En tal sentido, solicitamos a vuestro Juzgado que declare la improcedencia de la demanda, de conformidad con el inciso 10 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, que señala que "[n]o proceden los procesos constitucionales cuando: (...) 10. Ha vencido el plazo para interponer la demanda, con excepción del proceso de hábeas corpus".

se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento.

Tratándose del proceso de amparo iniciado contra resolución judicial, el plazo para interponer la demanda se inicia cuando la resolución queda firme. Dicho plazo concluye treinta días hábiles después de la notificación de la resolución que ordena se cumpla lo decidido.

Para el cómputo del plazo se observarán las siguientes reglas:

- 1) El plazo se computa desde el momento en que se produce la afectación, aun cuando la orden respectiva haya sido dictada con anterioridad.*
- 2) Si la afectación y la orden que la ampara son ejecutadas simultáneamente, el cómputo del plazo se inicia en dicho momento.*
- 3) Si los actos que constituyen la afectación son continuados, el plazo se computa desde la fecha en que haya cesado totalmente su ejecución.*
- 4) La amenaza de ejecución de un acto lesivo no da inicio al cómputo del plazo. Sólo si la afectación se produce se deberá empezar a contar el plazo.*
- 5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.*
- 6) El plazo comenzará a contarse una vez agotada la vía previa, cuando ella proceda".*

139

VI. FUNDAMENTOS DE NUESTRA CONTESTACIÓN

V.1. LA DEMANDA DE AMPARO RESULTA IMPROCEDENTE

A. LA DEMANDA NO HACE ALUSIÓN ALGUNA A LA PUBLICIDAD QUE SUPUESTAMENTE LO AFECTA

1. Como se sabe, y de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Código Procesal Constitucional⁶, uno de los requisitos para interposición de la demanda es la determinación clara y concreta del petitorio.

2. Pues bien, en el presente caso, el SR. LINARES ha señalado que la publicidad de GLORIA tiene un contenido discriminatorio, tratándose además de publicidad engañosa. Sin embargo, el demandante **NO DETERMINA QUÉ PUBLICIDAD DE GLORIA SUPUESTAMENTE LO AFECTA**. En efecto, de la lectura de su escrito de demanda, se puede apreciar que no ha cumplido con determinar cuál es la publicidad que efectivamente le causa alguna afectación. Menos aún se establece en qué fechas se publicó la supuesta publicidad discriminatoria o en qué medios de comunicación. Es decir que, se trata de un pedido absolutamente genérico, que no menciona en detalle la publicidad que dice afectarlo.

En el mismo sentido, el petitorio no especifica cuál es el objeto de la demanda.

3. Esto resulta aún más grave, señor Juez, si tenemos en cuenta que la demanda se interpuso en el año 2007, habiendo tomado conocimiento de ésta cuatro años después. No es posible determinar cuál es la publicidad que le causa agravio al SR. LINARES; menos aún, cuatro años después de haber sido interpuesta la demanda.

4. Así las cosas, al no encontrarse suficientemente determinada, la pretensión del SR. LINARES resulta manifiestamente improcedente, pues estaría solicitando a

"Artículo 42.-
La demanda escrita contendrá, cuando menos, los siguientes datos y anexos: (...)
6) El petitorio, que comprende la determinación **clara y concreta** de lo que se pide; (...)"

140
vuestro Juzgado que emita una sentencia genérica o abstracta sobre los derechos del recurrente, sin que determinar, si quiera, el supuesto acto lesivo (la publicidad).

B. LOS HECHOS Y EL PETITORIO DE LA DEMANDA NO ESTÁN REFERIDOS AL CONTENIDO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO DEL DERECHO INVOCADO

El artículo 5 inciso 1) del Código Procesal Constitucional señala que la demanda será improcedente cuando los hechos y el petitorio "*no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado*" y el artículo 38, refiriéndose específicamente al proceso de amparo, precisa que éste no procede "*en defensa de un derecho que carece de sustento constitucional directo o que no está referido a los aspectos constitucionalmente protegidos del mismo*". Para determinar el contenido constitucionalmente protegido de un derecho, se debe tratar de delimitar los alcances del derecho fundamental que sustenta la demanda de amparo; es decir, se debe definir en que consiste el derecho fundamental alegado⁶. Esto implica determinar los sujetos del mismo, las facultades o prestaciones que involucra; en definitiva, delimitarlo.

2. Como hemos visto, el SR. LINARES alega que la publicidad de GLORIA es discriminatoria, por motivo social y racial. Para ello, sostiene que ésta tiene una connotación negativa hacia la gente de baja estatura; y que la publicidad presenta casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos, lo cual "*menoscaba la consolidación de nuestra identidad socio-cultural, ya que en un país conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos, como es el nuestro, los mismos no nos vemos reflejados en la publicidad (televisiva, paneles, etc)*".

3. El derecho a la igualdad, como derecho subjetivo, implica la titularidad de la persona sobre un bien constitucional de igualdad, oponible a un destinatario. En palabras del Tribunal Constitucional, "*se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución*".

⁶ BASTIDA FREIJEDO Francisco y otros, "Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978", Madrid: Tecnos, 2005, p. 123.

141
1
2
3
4
5
6
7
8
9
10

(origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente resultan relevantes".

Así pues, la discriminación tiene una connotación negativa e implica la exclusión arbitraria de determinada persona, en base a consideraciones objetivas.

4. Pues bien, en el presente caso, **EL DEMANDANTE NO HACE ALUSIÓN A NINGUNA EXCLUSIÓN ARBITRARIA.** Todo lo contrario, se refiere a hechos absolutamente abstractos.

En tal sentido, aún cuando se refiere a una discriminación por motivo social, nunca desarrolla en qué sentido se habría discriminado de tal manera.

Por otro lado, el demandante sostiene que la publicidad de GLORIA sería discriminatoria por motivo de raza, al presentar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos. Sin embargo, ello no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación. Y es que, en efecto y como el mismo demandante lo señala, **LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO CONLLEVA NINGUNA CONNOTACIÓN NEGATIVA RESPECTO A NINGUNA RAZA.** Aun en el supuesto que la publicidad de GLORIA haya convocado "*casi exclusivamente*" a personas de características caucásicas – como lo señalara el demandante- ello no implica de ninguna manera, la exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas.

5. Asimismo, el demandante señala que la publicidad de GLORIA es engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuya al crecimiento de los niños. Al respecto, destacamos que tal supuesta afectación no está referida a un derecho constitucional, por lo que, la demanda deberá ser declarada improcedente.

6. En consecuencia, solicitamos a vuestro Juzgado que declare la improcedencia de la demanda, de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del artículo 5 y en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional.

Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 00045-2004-AI/TC, de fecha 29 de octubre de 2005, Fundamento Jurídico 20.

VI.2

LA DEMANDA DE AMPARO RESULTA INFUNDADA: LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO AFECTA SU DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN

142
[Handwritten signature]

Como hemos visto, el SR. LINARES alega que la publicidad de GLORIA afecta el derecho a la no discriminación. Sin embargo, **NO DETERMINA QUÉ PUBLICIDAD DE GLORIA RESULTA DISCRIMINATORIA, DÓNDE SE ENCUENTRA PUBLICITADA, O EN QUÉ FECHAS.**

Al respecto nos preguntamos, **¿CÓMO PODRÍA VUESTRO JUZGADO ANALIZAR SI LA PUBLICIDAD DE GLORIA ES DISCRIMINATORIA, CUANDO EL DEMANDANTE NO HA CUMPLIDO CON SEÑALAR CUÁL ES LA PUBLICIDAD QUE CUESTIONA?** En el mismo sentido, **¿CÓMO PODRÍAMOS DEFENDERNOS ANTE TALES AFIRMACIONES CUANDO NO SABEMOS A QUÉ PUBLICIDAD HACE REFERENCIA EL DEMANDANTE?**

Así, la demanda deberá ser declarada infundada puesto que el demandante no ha presentado los medios probatorios suficientes (o si quiera mínimos) que demuestren que la publicidad de nuestra empresa es discriminatoria.

Al respecto, cabe destacar que los medios probatorios presentados por el demandante no cumplen con probar la supuesta discriminación en la publicidad de GLORIA.

Resulta evidente, señor Juez, que las cartas remitidas a GLORIA y presentadas como Anexo 1-B y 1-C del escrito de demanda, no prueban de ninguna manera la afectación de los derechos, en tanto que se trata de cartas redactadas por el mismo demandante, y por su amigo el Sr. Juan Oshiro Oshiro (según sostiene).

En cuanto al artículo "Verdades y mitos de la leche" (presentado como Anexo 1-H del escrito de demanda), a partir del cual se pretende demostrar que la publicidad de GLORIA es engañosa; destacamos que este no demuestra de ninguna manera una actitud discriminatoria de la publicidad de GLORIA. Y de ninguna manera, puede considerarse como un estudio suficiente para demostrar que la publicidad de GLORIA resulta engañosa. Sin perjuicio de ello, si vuestro Juzgado lee el artículo con detenimiento, este no afecta los intereses de nuestra empresa, sino todo lo contrario. Dicho artículo sostiene que "Si bien

143


tiene un alto contenido de fósforo, ningún estudio serio ha demostrado que descalcifique. Es más, los niños en pleno crecimiento necesitan no solo calcio, sino también fósforo para la formación de sus huesos. Y si un niño consume muy poca leche en su niñez, tiene un riesgo elevado de padecer osteoporosis (...)". Continúa sosteniendo que *"Consumir poca leche puede ser peligroso, más aun tratándose de adolescentes"*. Y, a pesar que la nutricionista Carulla sostiene que la leche por sí sola no hace crecer (cosa que nunca ha sostenido GLORIA), acepta también que *"contiene diversos nutrientes que el organismo requiere para desarrollarse (...)"*. Más aún, en el cuadro superior, la misma nutricionista ha presentado los requerimientos diarios de leche por edades.

Por otro lado, el SR. LINARES presenta como medio probatorio los anuncios de fecha 21 de marzo de 2005 y 22 de marzo de 2005, de la página web de APRODEH (presentados como Anexo 1-I de la demanda) mediante los cuales se afirma que GLORIA ha sido catalogada como la más discriminadora en su publicidad. Pues bien, dichos artículos no constituyen un medio probatorio pertinente para probar que la publicidad de nuestra empresa es discriminatoria, más aún, si no se determina qué publicidad se está cuestionando.

Además, cabe destacar que el mismo solo hace alusión a que GLORIA habría convocado para sus publicidades a personas de características caucásicas, pero en ningún momento se ha afirmado que GLORIA haya mantenido una posición excluyente o negativa de personas de otro origen racial o social. Sin perjuicio de ello, resaltamos que dicho artículo hace referencia a la publicidad de GLORIA en el año 2004. Para lo cual, ya habría largamente prescrito la demanda de amparo.

Por otro lado, de las cartas N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI, del 17 de enero de 2007 y 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, del 14 de febrero de 2007, emitidas por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (presentadas como Anexo 1-E y 1-G del escrito de demanda), se evidencia que el INDECOPI analizó la publicidad de GLORIA en aquel momento, estimando que no se vulneraba el derecho de no discriminación.

Sin perjuicio de ello, destacamos que nuestra empresa en ningún momento ha excluido o ha tenido una actitud de rechazo ante las personas de baja estatura,

o de algún origen racial o social. GLORIA es una empresa con fieles convicciones en los derechos humanos; y de capitales peruanos; que formamos parte de la diversidad cultural de nuestro país.

144
[Handwritten scribbles]

VII. MEDIOS PROBATORIOS

VII.1 Medios probatorios comunes de la defensa previa y excepciones deducidas

1. Copia de la carta simple emitida por el señor Juan Oshiro Oshiro, dirigida a GLORIA con fecha 06 de noviembre de 2006 (presentada por el SR. LINARES como Anexo 1-B de su escrito de demanda).
2. Copia de la carta notarial emitida por el SR. LINARES dirigida a GLORIA con fecha 27 de noviembre de 2006 (presentada por el SR. LINARES como Anexo 1-C de su escrito de demanda).

VII.1 Medios probatorios de nuestra contestación de la demanda

1. Copia de la Carta N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI, del 17 de enero de 2007, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (presentada por el SR. LINARES como Anexo 1-E de su escrito de demanda), donde se descarta que la publicidad de GLORIA fuera discriminatoria.
2. Copia de la Carta N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, del 14 de febrero de 2007, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (presentada por el SR. LINARES como Anexo 1-G de su escrito de demanda), donde se descarta que la publicidad de GLORIA fuera discriminatoria.

POR TANTO:

A VUESTRO JUZGADO PEDIMOS: Se sirva declarar **FUNDADA NUESTRA DEFENSA PREVIA Y EXCEPCIONES;** y, en caso ello se desestime, tener por contestada la demanda, por ofrecidos los medios probatorios señalados, solicitando que, en su oportunidad se declare **IMPROCEDENTE** la demanda, o, subordinadamente, **INFUNDADA.**

PRIMER OTROSÍ DECIMOS: Que, cumplimos con acompañar los siguientes anexos:


- 1. Copia simple del RUC de GLORIA (Anexo 1-A).
- 2. Copia simple del DNI de nuestro representante (Anexo 1-B).
- 3. El poder de nuestro representante (Anexo 1-C).


SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: Que, de conformidad con el artículo 80 del Código Procesal Civil, supletoriamente aplicable al presente proceso de amparo, DELEGAMOS nuestra representación a los siguientes abogados: Dr. Samuel B. Abad Yupanqui, con Registro CAL N° 13963; y Juan Campos Gálvez, con Registro CAL N° 31911; concediéndoles las facultades generales de representación contenidas en el artículo 74 del Código Procesal Civil. Para tal efecto, ratificamos la dirección indicada en el encabezado del presente escrito y declaramos estar instruidos de los alcances de la representación que otorgamos.


TERCER OTROSÍ DECIMOS: Que, sin perjuicio de ello, AUTORIZAMOS a Luis Wilder Gargate Sánchez, con DNI N° 32887456, para que pueda realizar la lectura del expediente, recoger exhortos, partes, oficios y realizar todo tipo de trámites en el presente proceso.

CUARTO OTROSÍ DECIMOS: Que, cumplimos con acompañar copias suficientes del presente escrito y de sus anexos para su entrega a la otra parte.

Lima, 25 de enero de 2011


SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
 ABOGADO
 C.A.L. 13963
 Estudio Echecopar


JUAN CAMPOS GALVEZ
 ABOGADO
 C.A.L. 31911

GLORIA S.A.


Rolando F. Málaga Luna
 ABOGADO - APODERADO

decopi

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



RESOLUCIÓN 0703-2008/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 075-2007/CCD

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA
COMPETENCIA DESLEAL
DENUNCIANTE : ASOCIACIÓN PERUANA DE CONSUMIDORES Y
USUARIOS - ASPEC
DENUNCIADA : GLORIA S.A.
MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
PRINCIPIO DE VERACIDAD
ACTIVIDAD : ELABORACIÓN DE PRODUCTOS LÁCTEOS

SUMILLA: se confirma la Resolución 173-2007/CCD-INDECOPI del 19 de septiembre de 2007 que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Gloria S.A. por infracción al artículo 4 del Decreto Legislativo 691, relacionados con los anuncios publicitarios de la campaña "Tres vasos de leche al día" difundidos por Gloria. Ha quedado acreditado que las afirmaciones contenidas en los anuncios publicitarios no inducen a error a los consumidores. Asimismo, se deniegan los pedidos accesorios formulados por la denunciante.

Lima, 9 de abril de 2008

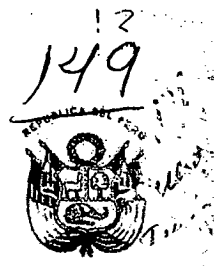
ANTECEDENTES

1. El 4 de abril de 2007, la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios - ASPEC (en adelante, ASPEC) denunció a Gloria S.A. (en adelante, Gloria) por presunta infracción del principio de veracidad contemplado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691 -Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor-, con ocasión de la difusión de anuncios publicitarios de la campaña "Tres vasos de leche al día" que promocionan el consumo de su producto leche Gloria, en los cuales se realizan las siguientes afirmaciones:

- "Sigue tomando tres vasos de Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande".
- "Este verano tus hijos siguen creciendo, dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes".

Según ASPEC, estas afirmaciones inducen a error a los consumidores pues dan a entender de manera inexacta que el consumo de tres vasos de leche evaporada Gloria al día cubren la necesidad diaria de calcio para crecer, además de atribuir dichas afirmaciones al *Nacional Institute of*

M-SDC-02/1C



Child Health and Human Development de los Estados Unidos¹ (en adelante, NICHHD). La denunciante señaló que el referido Instituto no afirma que la ingesta de calcio en ninguna cantidad tenga como consecuencia directa el crecimiento sino el fortalecimiento de los huesos, y que tres vasos de leche no cubren por sí solos la necesidad de calcio para fortalecerlos, requiriéndose además de otros alimentos. Asimismo, la denunciante indicó que la cantidad de calcio que provee el producto de la denunciada es menor a los 300 mg por vaso considerados en el estudio realizado por el citado instituto.

Por tales motivos, solicitó como medida complementaria que se ordene el cese de la publicidad del producto leche *Gloria* en tanto ésta pueda hacer creer a los consumidores que tres (3) vasos de dicho producto aportan la cantidad necesaria de calcio para crecer. Asimismo, solicitó se ordene la publicación de anuncios con igual proporción y características a los que son materia de denuncia, indicando la real información sobre la necesidad de calcio, y se condene a la denunciada al pago de las costas y costos del procedimiento.

El 8 de mayo de 2007, Gloria presentó sus descargos señalando lo siguiente:

- (i) El NICHHD afirma que la ingesta de calcio tiene como una de sus consecuencias directas, el crecimiento de las personas que lo consumen, además del fortalecimiento de los huesos. Esta afirmación además se encuentra respaldada por otros estudios realizados por prestigiosas instituciones.
- (ii) El INDECOPI ha reconocido en otras oportunidades, que el crecimiento es una de las principales cualidades generadas como consecuencia del consumo de productos lácteos.
- (iii) En los anuncios publicitarios materia de denuncia no se afirma que las necesidades de calcio sean cubiertas únicamente con leche. Indicó que un consumidor razonable entiende que el crecimiento no depende exclusivamente del consumo de leche, sino además de una dieta balanceada que deberá incluir otro tipo de alimentos.

Mediante Resolución 173-2007/CCD-INDECOPI del 19 de septiembre de 2007, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta contra Gloria y denegó los pedidos accesorios solicitados por ASPEC. La Comisión consideró que una interpretación superficial del anuncio, no llevaría a entender a los consumidores que la ingesta de tres vasos de leche diarios

La traducción literal de la denominación del Instituto es Instituto Nacional de Salud del Niño y Desarrollo Humano.
2/10

cubre por sí sola la necesidad de calcio que necesitan los niños para crecer. Ello, porque es de conocimiento general que en el crecimiento de los menores también es importante el consumo de otros productos. Asimismo, determinó que conforme a la información contenida en los envases del producto, la leche promocionada por *Gloria* tendría la cantidad de calcio indicado por la NICHHD, para el crecimiento y fortalecimiento de los huesos en los menores.

6. El 1 de octubre de 2007, APEC apeló la Resolución 173-2007/CCD-INDECOPI, reiterando los argumentos expuestos ante la Comisión. Adicionalmente, señaló lo siguiente:

- (i) La Comisión no ha interpretado adecuadamente los anuncios publicitarios materia de denuncia, pues un consumidor aprehendería del mensaje publicitario que el calcio que da tres vasos de leche *Gloria* es todo lo que necesita por día, sin considerar la necesidad en la ingesta de otros alimentos.
- (ii) La denunciada no ha demostrado que NICHHD afirma lo que sus anuncios señalan, es decir, que tres vasos de leche cubren las necesidades diarias de calcio. Por el contrario, todos los materiales publicitarios de la campaña *Milk Matters* promovida por dicha entidad señalan de manera expresa la necesidad de otros alimentos ricos en calcio para completar los requerimientos diarios.

7. El 6 de diciembre de 2007, Gloria solicitó se le conceda el uso de la palabra para informar oralmente sus alegatos en la audiencia correspondiente.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. Determinar:

- (i) si Gloria resulta responsable por infracción al principio de veracidad; y,
- (ii) si procede conceder el uso de la palabra solicitado por Gloria.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

La presunta infracción al Principio de Veracidad

9. El artículo 4 del Decreto Legislativo 691 dispone que los anuncios publicitarios no deben contener informaciones ni imágenes que puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las



características del producto, el precio y las condiciones de venta². Esta es la expresión legislativa del principio de veracidad de la publicidad, que consiste en que en toda actividad publicitaria se respete la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a los consumidores a error³.

10. De acuerdo con el principio de veracidad, los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. Ello guarda relación con lo dispuesto por el artículo 15 del Decreto Legislativo 691⁴, norma que establece que cualquier afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión. De allí, que en aplicación de esta norma, los anunciantes están obligados a acreditar en forma inmediata, la veracidad de las afirmaciones objetivas sobre los productos promocionados.
11. El artículo 2 del Decreto Legislativo 691 establece que los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influido mediante un examen superficial del mensaje publicitario⁵. Por ello, el análisis de los anuncios 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.
12. En los mismos términos, la evaluación de los anuncios se debe realizar en forma integral, considerando todo el contenido del anuncio –frases, imágenes y disposición de las mismas en el anuncio–, debido a que es de esta forma como un consumidor aprehende el mensaje publicitario.

DECRETO LEGISLATIVO 691, Artículo 4.- Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. (...)

Este es el sentido general del principio de veracidad según la legislación comparada actual y pasada. Cfr. FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos. La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad. p.374. En Actas de Derecho Industrial. Madrid. 1.2 (1975)

DECRETO LEGISLATIVO 691, Artículo 15.- Cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, de oficio o a pedido de parte.

DECRETO LEGISLATIVO 691, Artículo 2.- Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados.

Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros.

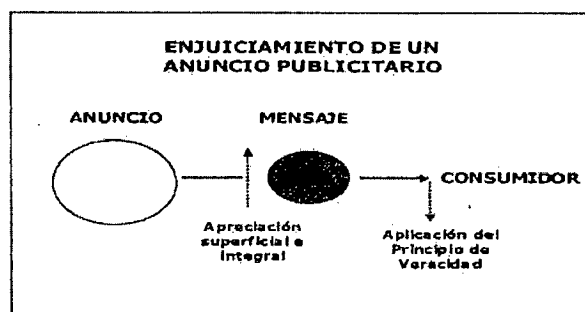
13. Para analizar si un anuncio ha infringido el principio de veracidad, debe determinarse de manera previa cuál es el mensaje que han recibido los consumidores. De conformidad con la metodología establecida por la Sala, en la Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI del 3 de septiembre de 2007, solamente cuando se ha delimitado previamente el contenido del mensaje, éste debe ser corroborado con la realidad y, si existe una discordancia entre ellos, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad⁶.
14. En efecto, la veracidad de un anuncio publicitario no se analiza en abstracto sino en concreto, tomando en consideración lo que interpreta el consumidor de las afirmaciones, imágenes y otros elementos que componen el anuncio publicitario.
15. En el presente caso, ASPEC cuestiona la información que brindan dos anuncios publicitarios difundidos por Gloria.
16. El primer anuncio en cuestión inicia con la imagen de un niño y su madre en una bodega. El niño mira a otro que es más alto que él. Este último sale de la bodega y camina por la calle, deteniéndose a mirar a otro niño de gorro amarillo que es más alto que él. Seguidamente, el anuncio muestra el niño de gorro amarillo mirando a un adolescente que es más alto que él. Todos estos niños son mostrados posteriormente en el

⁶ Mediante Resolución 1602-2007/TDC-INDECOPI del 3 de setiembre de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia aprobó un Precedente de Observancia Obligatoria en relación con los principios de veracidad y legalidad en materia publicitaria. Asimismo, se precisó la metodología de análisis que debe realizarse a efectos de dilucidar la existencia de una infracción al principio de veracidad:

** Metodología de Análisis de Infracción al Principio de Veracidad*

31. Para enjuiciar si la omisión de determinada información constituye una infracción al principio de veracidad, deberá determinarse a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje publicitario que reciben los consumidores. Una vez delimitado dicho mensaje, éste debe ser corroborado con la realidad y, si existe una discordancia entre ellos, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.

Gráfico N° 1



Elaboración: ST-SDC/INDECOPI*

anuncio tomando leche. Simultáneamente a la emisión de las imágenes, una locución en *off* señala: *"Todos soñamos con llegar alto. Todos queremos ver el mundo desde arriba. Todos queremos ser más grandes. Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande"*. Durante la emisión de esta locución, en la parte inferior de la pantalla se muestra la siguiente afirmación: *"National Institute of Chile Health and Human Development EEUU"*.

7. El segundo anuncio muestra imágenes intercaladas de varios niños jugando en la playa y tomando leche Gloria y latas de leche Gloria. Durante la emisión de este anuncio, una locución en *off* musicalizada señala: *"Llegó el verano, sol todo el día, hace calor refrescarme quería y como quiero crecer todavía, este verano tomo leche fría. Tres, tres, tres vasos de leche fría, tres, tres, tres vasos de Gloria al día"*. Seguidamente una voz en *off* señala: *"Este verano tus hijos siguen creciendo. Dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes. Glo, glo, glo, Gloria"*.
8. Mediante un análisis superficial e integral de los anuncios, un consumidor razonable entendería que las frases *"Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande"* y *"Dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes"* señaladas en los referidos anuncios publicitarios, hacen alusión a las cualidades de la leche y su injerencia en el crecimiento de un niño. Así, se afirma que tomar tres vasos de leche al día permitirá crecer a un niño.
9. Según ASPEC, las afirmaciones contenidas en el anuncio publicitario inducen a error a los consumidores pues dan a entender de manera inexacta que tres vasos de leche evaporada Gloria al día cubren la necesidad diaria de calcio para crecer.
20. La Sala discrepa con la interpretación planteada por la apelante, pues un consumidor razonable que conoce las propiedades de la leche no entendería que tres vasos de leche al día proporcionan todo el calcio que cualquier menor necesita en su alimentación. La leche –y en general los productos de alimentación básicos– son "bienes de experiencia", esto es, productos cuyas características esenciales son conocidas por los consumidores debido a su uso o consumo constante. En este tipo de casos, la publicidad no tiene una influencia decisiva en el consumidor, pues se entiende que, por lo general, ha tenido un contacto previo con este tipo de productos y conoce que la principal propiedad atribuida a la leche es el de permitir el crecimiento de los niños y fortalecer sus huesos.

ecopi

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

RESOLUCIÓN 0703-2008/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 075-2007/CCD



Ello no supone que los consumidores entenderán que sólo tomando leche obtendrán todo el calcio que el cuerpo requiere diariamente para su desarrollo y correcto funcionamiento. Los consumidores conocen que cada uno de los alimentos posee nutrientes específicos y que la ingesta de todos ellos o de la mayor cantidad de éstos es lo que permite dotar al organismo de dichos nutrientes.

Conforme ha sido señalado en pronunciamientos previos⁷, de conformidad con los criterios de interpretación de los anuncios publicitarios, debe tenerse presente que la interpretación superficial que realiza un consumidor no supone adoptar una postura descuidada o poco responsable frente a los anuncios publicitarios. Así, mediante el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por Resolución 052-96-TRI-SDC, se ha reconocido que:

"el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio, siendo válida la exageración publicitaria siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial".

[Subrayado agregado].

3. La denunciante señaló que los anuncios publicitarios se basaban en afirmaciones del NICHD. Sin embargo, el referido Instituto no habría realizado ninguna afirmación, en el sentido que la ingesta de calcio en ninguna cantidad tenga como consecuencia directa el crecimiento, sino sólo el fortalecimiento de los huesos.
4. Durante la tramitación del procedimiento ante la Comisión, ambas partes presentaron diversas impresiones del portal en Internet del NICHD, en los cuales se desarrolla la relación del consumo de leche con el crecimiento de los niños y adolescentes. En el portal se informa a los consumidores lo siguiente:

"(...) el calcio es de mayor importancia durante la niñez y la adolescencia porque es cuando impacta de manera más directa [en] la formación y crecimiento de los huesos"⁸.

"La necesidad de calcio es más alta durante la niñez y la adolescencia porque es cuando los huesos crecen rápidamente y se necesita calcio para fortalecerlos"⁹.

⁷ Véase la Resolución 063-2008/TDC-INDECOPI del 21 de enero de 2008, recalda en el expediente 1303-2007/TDC.

⁸ La impresión del portal que contiene esta información obra en la foja 76 del expediente.



"El calcio es esencial para la salud en general y el desarrollo de los huesos, pero muchos niños y adolescentes no lo están obteniendo de manera suficiente"¹⁰.

[Subrayado agregado].

25. A diferencia de lo señalado por la denunciante, la información brindada por el portal del NICHHD, permite advertir que dicha entidad ha afirmado que la ingesta de calcio –cuya fuente principal es la leche – no sólo permite fortalecer los huesos sino también incide directamente en el crecimiento de los niños y adolescentes.
26. ASPEC también alegó que la cantidad de calcio que provee el producto de la denunciada es menor a los 300 mg por vaso considerados en el estudio realizado por el NICHHD.
27. Obra en el expediente copia de los rotulados de los envases de leche Gloria pertenecientes a la promoción "toma tres vasos de leche al día"¹¹. En dichos rotulados se indica que cada envase contiene 940mg de calcio, de modo tal que la ingesta de tres vasos de leche Gloria tienen la cantidad considerada en estudio realizado por el NICHHD.
28. Atendiendo a las consideraciones expuestas, esta Sala coincide con la Comisión en el sentido de que los anuncios publicitarios materia de denuncia no inducen a error al consumidor, por lo que se concluye que Gloria no ha infringido el principio de veracidad.
29. Por las consideraciones expuestas, corresponde confirmar la Resolución apelada que declaró infundada la denuncia interpuesta contra Gloria por presunta infracción al principio de veracidad y denegó los pedidos accesorios de ASPEC.

III.2 La solicitud de Informe Oral

30. Gloria solicitó a la Sala que se le conceda el uso de la palabra para sustentar oralmente los fundamentos de sus peticiones.

¹⁰ Impresión del portal que contiene esta información obra en la foja 81 del expediente.

¹¹ La impresión del portal que contiene esta información obra en la foja 91 del expediente. La información original se encuentra en idioma inglés y señala: "Calcium is essential to overall health and bone development, but most children and teenagers are not getting enough".

¹² Estas copias obra en el expediente en las fojas 196 y 197.



31. A los procedimientos seguidos ante el Tribunal del INDECOPI se aplica lo dispuesto en el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi aprobado por Decreto Supremo 077-2005-PCM¹².
32. El artículo 34 del referido Reglamento dispone que el Tribunal del Indecopi podrá escuchar los alegatos de las partes cuando así lo soliciten¹³.
33. El artículo 35 del Decreto Legislativo 807, dispositivo que se encuentra dentro del procedimiento administrativo previsto en su Título V, aplicable a la Comisión y a otros órganos funcionales del Indecopi, señala que quedará a criterio del órgano resolutorio, la actuación o denegación de dicha solicitud, según la importancia y trascendencia del caso¹⁴.
34. La importancia y trascendencia del caso a la que hace referencia el artículo 35 del Decreto Legislativo 807 se encuentra estrechamente vinculada a los elementos de juicio que tenga la autoridad resolutoria sobre el tema materia de controversia. Si la autoridad tiene plena convicción de lo que resolverá, a la luz de los medios probatorios que obran en el expediente y los argumentos esgrimidos por las partes, resulta innecesario conceder el uso de la palabra. En cambio, si el caso resulta sumamente complejo y esta complejidad genera ciertas dudas en la autoridad sobre el fallo que emitirá, resulta pertinente la realización de un informe oral a efectos de dilucidar la cuestión controvertida a través del análisis y confrontación de las exposiciones, réplicas y respuestas a las preguntas y repreguntas que se podrían formular en el informe oral.
35. Mediante Sentencia de fecha 10 de abril de 2006 (recaída en el Expediente de Apelación 356-2005-Piura), la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República, confirmando una sentencia que declaró infundada una demanda contencioso administrativa, afirmó que:

"...se colige que es una facultad y no una obligación de la entidad demandada [el Indecopi] el conceder los informes orales a las partes; por lo que no se evidencia que se haya contravenido el derecho de defensa de la apelante..".

DECRETO SUPREMO 077-2005-PCM, Artículo 26.- Normas aplicables.-

Son de aplicación a los procedimientos que se siguen ante el Tribunal las normas legales y reglamentarias que rigen los asuntos de competencia de los órganos resolutorios del INDECOPI, la Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI y el presente Reglamento. En todo caso, los miembros del Tribunal están obligados a observar las normas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo que resulte aplicable.

DECRETO SUPREMO 077-2005-PCM, Artículo 34: Dictámenes previos:

(...) Igualmente, podrá celebrar audiencias públicas, para interrogar a las partes, escuchar sus alegatos y oír las opiniones de terceros con legítimo interés que así lo soliciten o que el propio Tribunal hubiere convocado.

DECRETO LEGISLATIVO 807, Artículo 35.- Una vez puesto en conocimiento de la Comisión lo actuado para la resolución final, las partes podrán solicitar la realización de un informe oral ante ésta. La actuación o denegación de dicha solicitud quedará a criterio de la Comisión, según la importancia y trascendencia del caso.

Indecopi

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

RESOLUCIÓN 0703-2008/TDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 075-2007/CCD



36 De las normas y sentencia antes citadas, se verifica que constituye una facultad discrecional del Tribunal del Indecopi, el conceder el uso de la palabra. Si esta Instancia considera complejo y trascendente el caso o advierte una eventual afectación a los derechos de los administrados durante la tramitación del procedimiento, resulta razonable que conceda el uso de la palabra.

37 Así, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 29 de agosto de 2006, recaída en el proceso de amparo signado bajo Expediente N° 3075-2006-PA/TC, ha señalado, en calidad de precedente de observancia obligatoria, que no todo informe oral resulta obligatorio por el solo hecho de haber sido solicitado sino que éste procede particularmente, cuando del análisis de los actuados aparecen notorias irregularidades acaecidas durante el desarrollo del procedimiento.

38 En el presente caso, la Sala considera que cuenta con elementos de juicio suficientes para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión en discusión, y dado que la denegatoria del pedido de uso de la palabra de Gloria no implicaría una afectación a su derecho de defensa —en la medida que la denuncia de su contraparte ha sido declarada infundada en esta Instancia— corresponde denegar la solicitud de informe oral formulada por Gloria.

RESUELVE

PRIMERO: confirmar la Resolución 173-2007/CCD-INDECOPI del 19 de septiembre de 2007 que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra Gloria S.A. por infracción al artículo 4 del Decreto Legislativo 691 y denegó los pedidos accesorios formulados por la denunciante.

SEGUNDO: denegar el pedido de informe oral solicitado por Gloria S.A.

Con la intervención de los señores vocales Rosa María Graciela Ortiz Origgi, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Camilo Nicanor Carrillo Gómez y María Soledad Ferreyros Castañeda.


ROSA MARÍA GRACIELA ORTIZ ORIGGI
Presidenta

163

Expediente : 00351-2007
Especialista : Llatas Torres
Cuaderno : Principal
Escrito : 01
CONTESTA DEMANDA



AL CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL DE LIMA NORTE:

EL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL -INDECOPI-, con RUC 20133840533, debidamente representado por su Apoderado, Dr. Gabriel González Delgado, identificado con D.N.I. N° 41311885, quien acredita sus facultades de representación con el Testimonio de la Escritura Pública de Otorgamiento de Poder que en copia legalizada se adjunta a la presente, con domicilio real en Calle De la Prosa N° 138, San Borja, y domicilio procesal en la casilla 4393 de la Central de Notificaciones del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (4to piso del Poder Judicial), al Juzgado atentamente decimos:

Que, dentro del plazo establecido en el artículo 53° del Código Procesal Constitucional, cumplimos con apersonarnos al presente proceso y procedemos a contestar la demanda de amparo interpuesta por **JORGE MANUEL LINARES BUSTAMENTE** (en lo sucesivo el señor Linares o la demandante), la misma que ha sido notificada a nuestra parte el 7 de marzo último.

Al respecto, solicitamos al Juzgado que la demanda sea desestimada por improcedente o, alternativamente infundada, sobre la base de las consideraciones de hecho y de derecho que a continuación se señalan:

I. ANTECEDENTES DEL PRESENTE PROCESO

Con fecha 20 de diciembre de 2006, el señor Linares remitió una carta a la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal - ahora, Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

(en adelante, la Comisión), solicitando evaluar la posibilidad de iniciar un procedimiento oficio contra Gloria S.A (en adelante, Gloria).

2. Mediante carta N° 004-2007/PREV-CCD-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión puso en conocimiento del demandante que la Comisión decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio.
3. Ante dicha comunicación, el señor Linares solicitó, con fecha 1 de febrero de 2007, que se le informara sobre los argumentos y consideraciones por los cuales se decidió no iniciar el procedimiento administrativo contra Gloria.
4. En respuesta a la misiva del demandante, la Secretaría Técnica remitió la Carta N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, en la cual sostiene que las frases e imágenes que aparecen en el anuncio del producto Leche Gloria no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias.
5. En dicho contexto, el señor Linares interpone demanda de amparo contra Gloria, por discriminación social, racial y publicidad engañosa y contra el INDECOPI, por actitud impasible ante la difusión de publicidad discriminatoria.

II. LA IMPROCEDENCIA DE LA PRESENTE DEMANDA

II.1. La Improcedencia por Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa

1. Como es de conocimiento del Juzgado, de conformidad con lo establecido en el artículo 45° del Código Procesal Constitucional, el amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas.
2. Cabe señalar que la exigencia del agotamiento de las vías previas se justifica en la medida que los procesos constitucionales como el amparo,

tienen carácter de urgentes, vías de ultima ratio, a las cuales sólo es preciso acudir cuando no existen otros mecanismos con los cuales satisfacer, resguardar o evitar la afectación al contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido.

- 3. Es pertinente precisar que si bien el artículo 46° del citado Código contempla supuestos excepcionales en virtud a los cuales procede acudir al amparo sin antes agotar la vía previa, dichos supuestos constituyen, como su propio nombre lo señala, excepciones a la regla general que, además, tienen que ser acreditados por quien acude a dicho proceso constitucional. Así, el demandante deberá alegar y sustentar en que supuesto del artículo 46° se encuentra a fin de interponer su amparo sin antes esperar que la vía previa concluya definitivamente.
- 4. En el caso de autos, el señor Linares cuestiona que la Comisión no haya iniciado de oficio un procedimiento contra Gloria por la difusión de publicidad que, a su entender, tendría un contenido discriminatorio. Según lo expuesto por el demandante ello constituiría una actitud impasible de la administración.
- 5. Como el Juzgado podrá apreciar, al acudir al presente amparo para discutir si la autoridad administrativa de primera instancia debió iniciar un procedimiento de oficio contra Gloria, desconoce la esencia de proceso constitucional urgente y residual que caracteriza al amparo, puesto que, en el propio ámbito administrativo, existen mecanismos para que el administrado pueda hacer valer su derecho.
- 6. Al respecto, solicitamos al Juzgado tener en consideración lo establecido en el artículo 16° del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, según el cual en asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no puede recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Dicho artículo entiende agotada la vía administrativa.

sólo cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

- 7. En efecto, el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807¹ contempla la posibilidad de los administrados de interponer una denuncia administrativa conforme a los requisitos contenidos en el TUPA:

“Artículo 23.- El procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo de dar cuenta a la Comisión.”

- 8. Por su parte el artículo 14° literal a) del Decreto Ley N° 25868, contempla como función del Tribunal conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda.
- 9. En ese orden de ideas, antes de acudir al presente proceso constitucional de amparo, el señor Linares ha debido agotar debidamente la vía administrativa al interior del INDECOPI y, para ello, debió interponer formalmente su denuncia administrativa, y de ser el caso, apelar el pronunciamiento de la Comisión ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI (en adelante, el Tribunal).
- 10. Cabe precisar, que el señor Linares ha indicado equivocadamente en su demanda, que la negativa de la Comisión a iniciar un procedimiento administrativo constituiría un pronunciamiento sobre el fondo del asunto

¹ Este dispositivo regulaba el procedimiento administrativo en la fecha en que se suscitaron los hechos materia del presente proceso.

por parte de la Comisión. En el supuesto negado que ello fuera así, lo cual rechazamos de plano, el demandante debió haber impugnado dicho pronunciamiento ante el Tribunal, que es el órgano de segunda instancia.

11. En mérito a lo expuesto, al haber quedado en evidencia la falta de interés para obrar del señor Linares², quien ha interpuesto su demanda de amparo sin agotar previamente la vía administrativa ante el INDECOPI, dicha demanda debe ser desestimada por el Juzgado por abiertamente improcedente.

11.2. El proceso de amparo no es la vía procesal idónea a fin de discutir la presunta inercia u omisión de la administración pública

1. Sin perjuicio de la causal de improcedencia por incompetencia anotada, debemos también denunciar que el presente proceso constitucional de amparo, no constituye la vía procesal idónea para comprender la discusión sobre la presunta inercia u omisión de la administración pública.

2. Como es de conocimiento del Juzgado, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º, numeral 2) del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando existen contempladas vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

² En efecto, dentro de las condiciones para el ejercicio de la acción, se encuentra al interés para obrar, definido como el estado de necesidad, actual e indisponible, que lleva a acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela jurídica. En ese sentido, en la medida en que aún es posible articular mecanismos de defensa ante la entidad administrativa, dicho estado de necesidad no se verifica y, en consecuencia, la correspondiente demanda debe ser desestimada por abiertamente improcedente.

3.

Precisamente, para impugnar judicialmente la presunta inercia u omisión de la administración pública, se encuentra contemplada la vía del proceso contencioso administrativo. Así, el artículo 4º del TUO de la Ley Nº 27584, al referirse a las actuaciones impugnables en dicho proceso, señala lo siguiente:

“Artículo 4º.- Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

(...)

*2. El silencio administrativo, **la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública***

(...).” (Énfasis añadido)

4.

Resulta claro que lo que cuestiona el demandante, según sus propios términos contenidos en su petitorio, es la **“actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva”**. Evidentemente el demandante se refiere a una inacción de parte de la administración pública, que encaja exactamente con el supuesto normativo antes anotado.

5.

De esta manera, cualquier cuestionamiento a la inacción, inercia, actitud impasible, omisión, de la administración pública, necesariamente deben ser canalizadas a través de la vía procesal adecuada que, como hemos visto, es la del proceso contencioso administrativo, que es el escenario procesal establecido por el ordenamiento jurídico, y el más satisfactorio, para dilucidar este tipo de controversias. Recordemos que los procesos de amparo son procesos constitucionales urgentes, de carácter residual, que sólo proceden frente a agresiones evidentes a derechos constitucionales concretos, no siendo viables dichos procesos cuando existen contempladas en la legislación canales procesales específicos para la defensa y tutela de tales derechos.

Por estas consideraciones, hemos proporcionado al Juzgado una segunda causal por la que la presente demanda de amparo debe ser desestimada por abiertamente improcedente.

III. **INFUNDABILIDAD DE LA DEMANDA DEL SEÑOR LINARES**

A. **Sobre la decisión de no iniciar el procedimiento de oficio**

1. El señor Linares ha manifestado en su demanda que la decisión de la Comisión de no iniciar un procedimiento administrativo de oficio contra Gloria constituiría una actitud impasible que permitiría la realización de conductas discriminatorias.

2. Al respecto, conviene citar nuevamente lo contemplado en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807:

“Artículo 23.- El procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo de dar cuenta a la Comisión.”

3. Como bien se desprende de lo anterior, la legislación prevé dos formas de inicio de los procedimientos: **i) A pedido de parte; ii) De oficio.**

4. En el caso de procedimientos a pedido de parte, el titular deberá cumplir con los requisitos contemplados en el TUPA del INDECOPI, lo cual no ha sucedido en el presente caso, como bien lo ha reconocido el demandante, pues éste se limitó a presentar una carta solicitando la acción de oficio de la Comisión.

170

5. El segundo supuesto, es decir los procedimientos iniciados de oficio se inician **POR DECISIÓN DE LA COMISIÓN**, y si es el Secretario Técnico, éste debe dar cuenta de ello a la Comisión. Esto quiere decir, que el inicio de los procedimientos de oficio es **ABSOLUTA POTESTAD** de la Comisión, es sólo dicho órgano colegiado el que decidirá si inicia o no un procedimiento administrativo, y cualquier pedido de un particular en ese sentido, no vincula su decisión.

6. Aparentemente, el demandante confunde los dos supuestos antes expuestos, y exige el inicio de un procedimiento administrativo sin haber cumplido con los requisitos establecidos en el TUPA para iniciar un procedimiento **A PEDIDO DE PARTE**. Por lo tanto, no estando frente a un procedimiento iniciado a instancia de parte, cabe la otra posibilidad, que es el inicio de un procedimiento **DE OFICIO**, esto es, por decisión **UNILATERAL** de la Administración.

7. Es importante tomar en cuenta que esta facultad es absolutamente discrecional. La discrecionalidad *“es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (de oportunidad, económicos, etc.) no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración. (...) En cambio, el Juez no puede fiscalizar la entraña de la decisión discrecional, puesto que, sea ésta del sentido que sea, si se ha producido dentro de los límites de la remisión legal a la apreciación administrativa (y con respecto a los demás límites generales) es necesariamente justa (como lo sería necesariamente la decisión contraria)”*³

8. Adicionalmente, es importante negar lo señalado por el demandante, respecto de que para apelar una decisión de primera instancia se tiene que pagar una tasa de S/. 500.00 lo cual es ABSOLUTAMENTE FALSO,

³ García de Enterría y Fernández Rodríguez, citado por Ramón Parada. En “Derecho Administrativo”, Parte General, p. 104.

171

pues en aplicación del precedente observancia obligatoria aprobada por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del Expediente N° 3741-2004-AA/TC, el INDECOPI ha establecido desde hace más de cinco años que la impugnación los actos de primera instancia no está sujeta a ningún cobro.

B. Sobre la presunto engaño de la publicidad de Leche Gloria

9. El demandante ha señalado que en las comunicaciones recibidas de la Secretaría Técnica, no se había respondido su pedido respecto al presunto engaño de la publicidad de Gloria, con relación a las bondades y propiedades de la leche.
10. Al respecto, cabe precisar que la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, así como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI se pronunciaron sobre la veracidad de las propiedades atribuidas a la leche en los anuncios difundidos por Gloria S.A.. Ello en el marco de un procedimiento administrativo iniciado por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios - ASPEC contra la referida empresa.
11. En efecto, el 4 de abril de 2007, la ASPEC denunció a Gloria por presunta infracción del principio de veracidad contemplado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691 –Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor–, con ocasión de la difusión de anuncios publicitarios de la campaña *“Tres vasos de leche al día”* que promocionan el consumo de su producto leche *Gloria*, en los cuales se realizan las siguientes afirmaciones: i) *“Sigue tomando tres vasos de Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande”*, y, ii) *“Este verano tus hijos siguen creciendo, dales leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes”*.
12. Según ASPEC, estas afirmaciones inducen a error a los consumidores pues sobre las ventajas de consumir el producto leche evaporada *Gloria*.

No obstante, mediante Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI (ANEXO 1-C), la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, confirmando el pronunciamiento de la primera instancia, declaró INFUNDADA la denuncia, al concluir que los anuncios difundidos por Gloria sobre las ventajas de la leche producida por dicha empresa no inducen a error a los consumidores.

- 4. Por lo tanto, dicho extremo ya tiene un pronunciamiento firme por parte de la autoridad administrativa competente, el mismo que no ha sido impugnado en sede judicial.

De lo expuesto anteriormente, se desprende con claridad, señor Juez, que la demanda no solo es IMPROCEDENTE sino que sin perjuicio de ello carece de todo fundamento que la haga atendible.

IV. ANEXOS DE LA PRESENTE CONTESTACIÓN:

De conformidad con lo establecido en el artículo 444° del Código Procesal Civil, adjuntamos a la presente contestación los siguientes anexos:

- 1. Copia certificada del Testimonio de la Escrituras Pública de Otorgamiento de Poder conteniendo las facultades de representación judicial de nuestro representante (ANEXO 1-A)
- 2. Copia simple del documento de identidad de nuestro representante. (ANEXO 1-B)
- 3. Copia de la Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI. (ANEXO 1-C)

POR TANTO:

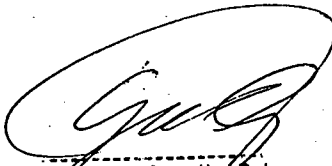
Sírvase a la Sala tener por contestada la demanda y, oportunamente, declararla IMPROCEDENTE o, alternativamente, INFUNDADA.

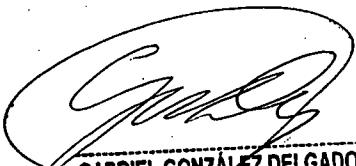
PRIMER OTROSI DECIMOS.- Que, de conformidad con el artículo 24 inciso g) del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la Ley N° 27231, el INDECOPI, como entidad del Poder Ejecutivo creada por Decreto Ley N° 25868, está exonerada del pago de todo tipo de tasa judicial. Por dicha razón, nos eximimos de adjuntar al presente escrito el Recibo de Pago correspondiente.

SEGUNDO OTROSI DECIMOS.- Que, con cargo a ser citados oportunamente al amparo del artículo 53° del Código Procesal Constitucional, solicitamos al Juzgado que, en la fecha fijada para la vista de la causa, nos conceda el uso de la palabra a efectos de rendir nuestro informe oral.

TERCER OTROSI DECIMOS.- Que adjuntamos copias suficientes del presente escrito para su notificación a todas las partes del proceso, conforme lo establece el artículo 133° del Código Procesal Civil.

Lima, 28 de enero de 2011


L. Gabriel González Delgado
ABOGADO
N° Reg. C.A.L. 44223


GABRIEL GONZÁLEZ DELGADO
Apoderado
INDECOPI

187

Expediente: 351-2007
Secretario: Llatas Torres
Escrito N° 05
Cuaderno: Principal
Sumilla: Téngase presente absolución

PODER JUDICIAL	
CORTE SUPLENTE DE LIMA NORTE	
14 MAR 2011	
RECEBIDO	
VENTANILLA 13	
HORA	FIRMA

SEÑOR JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL DE LIMA NORTE

JORGE MANEUL LINARES BUSTAMANTE, en el proceso constitucional de Amparo, seguido contra la empresa Gloria S.A. e INDECOPI; a usted respetuosamente expongo:

PETITORIO

Que habiendo sido notificado el día 11 de marzo último, con la Resolución OCHO de fecha 21 de febrero de 2011, que tiene por deducidas las excepciones de Legitimidad para obrar del demandante y de Prescripción, además de la defensa previa por indebida acumulación, y se corre el traslado de las mismas por el termino de dos días para su absolución; cumplo con absolver los argumentos de la empresa Gloria S.A. por carecer estos de sustento real y tratarse de argumentos falaces que procuran el no pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

FUNDAMENTOS DE LA ABSOLUCION

Primero.- En cuanto a la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones de la demanda, y tal como lo señala el artículo 86 del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria al presente proceso constitucional, se entiende que es procedente mi demanda, por cuanto su objeto y fin se refieren a la discriminación por motivo social y racial. Por lo que tendría que determinarse si la discriminación sostenida tiene o no contenido constitucional, y en este sentido el Tribunal Constitucional ha sido claro en pronunciarse al respecto, el la Resolución recaída en el Expediente No. 401-2008-PA/TC.

Segundo.- En cuanto a la excepción de legitimidad para obrar, ha de considerarse el Fundamento 5.a de la Resolución de fecha 20 de agosto de 2010, recaída sobre el Expediente No. 401-2008-PA/TC expedida por el Tribunal Constitucional, que señala de manera contundente: "La pretensión reclamada involucra un asunto de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de la protección al consumidor y, en particular, desde la perspectiva de la protección de la niñez. No es, por tanto, un tema en el que sea necesaria legitimidad para obrar directa, sino de aquellos que se vislumbran desde la óptica de los intereses difusos, recayendo su invocación en cualquier persona que así lo solicita".

Tercero.- En cuanto a la excepción de prescripción, es igualmente falaz el argumento sostenido por la empresa demandada, toda vez que la presente demanda de amparo se interpuso el día 09 de abril del año 2007, ante la negativa de INDECOPI de acoger

mi denuncia, mediante Carta No. 056-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de 2007, por lo que el plazo para la interposición de la demanda se encuentra perfectamente dentro de lo establecido por el artículo 44 del Código Procesal Constitucional .

En este mismo sentido, se vislumbra el ánimo de confundir a vuestra judicatura, al sostener argumentos fuera de lugar, citando dos comunicaciones remitidas a la empresa demandada, por el señor Juan Oshiro Oshiro. Pretendiendo que sea la fecha de estos documentos privados remitidos por tercera persona los que determinen el plazo prescriptorio de la acción interpuesta.

Cuarto.- Que, como puede apreciarse de mi demanda, la Institución Pública, INDECOPI, llamada a solicitar a la empresa GLORIA S.A., sobre el contenido discriminatorio y engañoso de su publicidad, se abstuvo de hacerlo, por lo que ha sido comprendida como codemandada en el presente proceso.

Quinto.- Que, Solicito a su digno despacho se oficie a la empresa ABOPE TIME PERU S.A., dedicada a la investigación de medio, para que proporcione la publicidad televisiva emitida por la empresa demandada, entre los años 2006, 2007 y 2008, para determinar el carácter discriminatorio de la publicidad de GLORIA S.A. notificándosele en Avenida Santa Cruz No. 1521, Miraflores. Asimismo, a la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad, APAP, notificándosele a la Avenida Recavarren 131, Oficina 202, Miraflores.

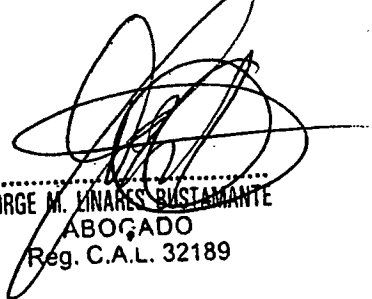
Sexto.- Que, ha de considerarse la carta remitida a la Defensoría del Pueblo de fecha 20 de diciembre de 2010, con la sumilla Denuncia por discriminación social, racial y publicidad engañosa, y su respuesta de fecha 16 de abril del año 2007, considerándose que en aquel entonces, el doctor Samuel Abad Yupanqui, fue defensor adjunto de asuntos constitucionales de la Defensoria del Pueblo, y ahora paradójicamente es abogado de la empresa demandada Gloria S.A. Cabe señalar que el papel cumplido por esta institución ante mi denuncia, fue meramente formal, limitándose a oficiar al INDECOPI y no considerar los hechos denunciados, transcribiendo en su carta de respuesta a mi denuncia, los argumentos de la institución denunciada.

Séptimo.- Que, solicito se me otorgue el uso de la palabra en la audiencia a realizarse el día 05 de abril del presente año.

POR TANTO

A Usted, Señor Juez, solicito a usted señora Jueza, proveer el presente escrito conforme a ley y considerar los argumentos expuesto.

Lima Norte, 14 de marzo de 2011.


JORGE M. LINARES BUSTAMANTE
ABOGADO
Reg. C.A.L. 32189

206

EXPEDIENTE N°: 2007-00351.
Especialista Legal: Paúl Ortega.

SEÑOR JUEZ:

Cumplo con informar a su despacho que, habiendo asumido el cargo de Asiste de Juez en reemplazo de la asistente Dra. Giovanna Perales que fue promovida a la Sala Civil, doy cuenta de los presentes autos, los mismos que se encuentran pendientes de resolver, no habiéndose dado cuenta por el Asistente que me precedió. Lo que doy cuenta a los fines de ley.
Independencia, 23 de mayo del 2011.

RESOLUCIÓN NÚMERO DOCE.^m
Independencia, veintitrés de mayo
Del año dos mil once.-

Puesto a despacho; con la razón que antecede, téngase presente los actuados judiciales y tramitando la causa según su estado, estando pendiente de resolver la excepción formulada por la demandada y;
ATENDIENDO: PRIMERO: Que, las excepciones constituyen una institución procesal por la cual el demandado puede oponerse a la pretensión del actor, con ella cuestiona el aspecto formal o de fondo del proceso; persiguiendo suspender o anular la acción incoada. **SEGUNDO:** Que, conforme es de advertirse de autos; la parte demandada, GLORIA S.A. se apersona al proceso, y antes de contestar la demanda, deduce la **DEFENSA PREVIA DE INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES:** Señalando, en el sentido que la demanda se dirige contra GLORIA al considerar que su publicidad afecta el derecho a la no discriminación; y contra el INDECOPI por haberse mantenido impasible ante una actitud discriminadora. Si bien parece que ambas pretensiones se derivan del mismo hecho (la publicidad de GLORIA), lo cierto es que ambas pretensiones se fundamentan en distintos hechos y derechos. Mientras que la pretensión oponible a GLORIA se sustenta en la supuesta vulneración de un derecho constitucional; la pretensión oponible al INDECOPI se sustenta en la supuesta desatención de sus labores de protección al consumidor; cuestionando, además, la existencia de una tasa elevada que restringe sus derechos ciudadanos. Es decir que ambas pretensiones no tienen el mismo origen, y por lo tanto no son pasibles de ser ventilados en el mismo proceso. **Asimismo,** propone la **EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE:** Señalando que el accionante no señala de ninguna manera cómo ha sido afectado en su derecho a la no discriminación por la publicidad de gloria, sino que únicamente se refiere a ésta en términos abstractos. Como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, para plantear un supuesto de tratamiento discriminatorio, es preciso que se proponga una tertium comparationis válido. Es decir, un término de

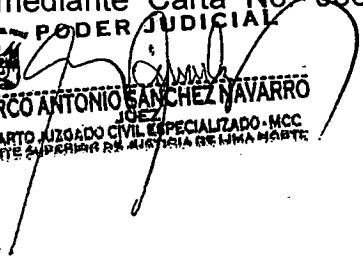
PODER JUDICIAL

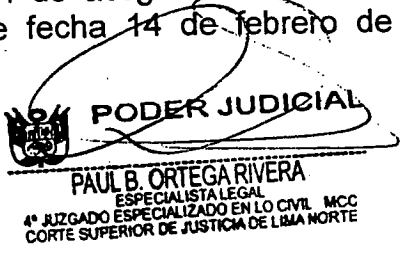
MARCO ANTONIO SÁNCHEZ NAVARRO
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTE

PODER JUDICIAL

PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTE

comparación que sea suficiente y adecuado, a partir del cual se pueda constatar ante situaciones fácticas iguales, que uno de los sujetos ha sufrido un trato diferente, sin que medien razones objetivas o razonables que lo legitimen. En el presente caso, el actor no solo no ha cumplido con señalar un término de comparación válido; sino que, peor aún, no ha cumplido con señalar cómo lo afecta directamente la publicidad de GLORIA. Por el contrario, se limita a hacer un análisis abstracto de la misma, sin llegar a identificar la publicidad le causaría el agravio; y demás que indica. Finalmente formula la EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN: Señalando que el artículo 44° del Código Procesal Constitucional establece un plazo de 60 días hábiles para interponer una demanda de amparo. Para ello, el plazo deberá computarse desde el momento en que se produjo la afectación. El demandante no ha determinado cuál es la publicidad de GLORIA que supuestamente vulnera el derecho a la no discriminación, se desprende del mismo escrito de demanda que el plazo para la interposición de la demanda ha prescrito largamente. En efecto, en el punto 1 de su escrito de demanda, el demandante afirma que viene observando características discriminatorias en la publicidad de GLORIA "desde hace algún tiempo". Asimismo, señala que con fechas 06 y 24 de noviembre de 2006, envió dos cartas a GLORIA (adjuntadas como Anexo 1-B y 1-C de la demanda), mediante las cuales denuncia la supuesta discriminación en la publicidad de nuestra empresa, y solicita su cese. Ello demuestra que, al menos desde el 26 de noviembre de 2006, el accionante consideraba que la publicidad de nuestra empresa vulneraba el derecho a la no discriminación, y se encontraba posibilitado a interponer acciones contra ésta. Sin embargo, no interpuso la demanda de amparo hasta el 09 de abril de 2007; es decir, cuando el plazo de 60 días para la interposición de la demanda ya había prescrito. En tal sentido, solicitan que declare la improcedencia de la demanda, de conformidad con el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. **TERCERO.-** Que admitidas que fueran las excepciones formuladas mediante resolución número seis de fojas 135 de autos, se corre traslado al demandante, la misma que las absuelve en los términos del escrito de fojas 174 y siguientes, señalando: **En cuanto a la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones de la demanda**, y tal como lo señala el artículo 86° del Código Procesal Civil, aplicable de manera supletoria al presente proceso constitucional, se entiende que es procedente mi demanda, por cuanto su objeto y fin se refieren a la discriminación por motivo social y racial. Por lo que tendría que determinarse si la discriminación sostenida tiene o no contenido constitucional, y en este sentido el Tribunal Constitucional ha sido claro en pronunciarse al respecto, en el Expediente No. 401-2008-PA/TC. **En cuanto a la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante**, en el Expediente No. 401-2008-PA/TC expedida por el Tribunal Constitucional, que señala de manera contundente: "La pretensión reclamada involucra un asunto de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de la protección al consumidor y, en particular, desde la perspectiva de la protección de la niñez. No es, por tanto, un tema en el que sea necesaria legitimidad para obrar directa, sino de aquellos que se vislumbran desde la óptica de los intereses difusos, recayendo su invocación en cualquier persona que así lo solicita". **En cuanto a la excepción de prescripción**, es igualmente falaz el argumento sostenido por la empresa demandada, toda vez que la presente demanda de amparo se interpuso el día 09 de abril del año 2007, ante la negativa de INDECOPI de acoger mi denuncia, mediante Carta No. 056-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de

PODER JUDICIAL

 MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
 JUEZ
 CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL

 PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 4° JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

208

2007, por lo que el plazo para la interposición de la demanda se encuentra perfectamente dentro de lo establecido por el artículo 44 del Código Procesal Constitucional.

CUARTO.- Que, en cuando a la defensa previa y excepciones deducidas se tiene:

1.- De la defensa previa de indebida acumulación de pretensiones: *la accionada Gloria S.A. concretamente alega que pretensión oponible a ella, se sustenta en la supuesta vulneración de un derecho constitucional; mientras que la pretensión oponible al INDECOPI se sustenta en la supuesta desatención de sus labores de protección al consumidor; señalando que ambas pretensiones no tienen el mismo origen y por tanto no son pasibles de ser ventilables en el mismo proceso, sustentándose en el artículo 86° y 427° inciso 7) del Código Procesal Civil. Al respecto, si bien podría alegarse la existencia de una indebida acumulación de pretensiones subjetivas estando a lo alegado por la codemandada; sin embargo estando a la naturaleza de la presunta vulneración del derecho constitucional, ambas pretensiones están referidas a la afectación por parte de la accionante y desatención por parte de su codemandada, del derecho a la no discriminación, vislumbrándose cierta conexión o por lo menos elementos afines, cual es el derecho a la no discriminación. Razones por lo que en aplicación del artículo 84° del Código Procesal Civil de aplicación supletoria, y estando a lo dispuesto por el cuarto párrafo el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación. Razones por lo que debe desestimarse la defensa previa formulada.*

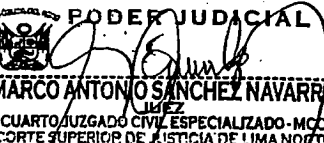
2.- De la excepción de falta de legitimidad para obrar del demandante, señalando que el actor *no solo no ha cumplido con señalar un término de comparación válido; sino que, peor aún, no ha cumplido con señalar cómo lo afecta directamente la publicidad de GLORIA. Por el contrario, se limita a hacer un análisis abstracto de la misma, sin llegar a identificar la publicidad le causaría el agravio. Al respecto;* para el caso concreto de autos, se tiene que el Tribunal Constitucional en el Expediente No. 401-2008-PA/TC obrante a fojas 74 y siguientes, Fundamento 5, literal a) ha señalado que: *..." a) La pretensión reclamada involucra un asunto de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de la protección al consumidor y, en particular, desde la perspectiva de la protección a la niñez. No es, por tanto, un tema en el que sea necesaria legitimidad para obrar directa, sino de aquellos que se vislumbran desde la óptica de los intereses difusos, recayendo su invocación en cualquier persona que así lo solicita".... Siendo así,* estando a los fundamentos antes glosados el Tribunal Constitucional ya emitió criterio en el caso concreto de autos con respecto a la legitimidad para obrar del demandante, por tratarse de un tema de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad, debe vislumbrarse desde la óptica de los intereses difusos, y que pueda recaer su invocación en cualquier persona. Razones por lo que, la excepción de falta de legitimidad deducida, corresponde ser desestimada, estando a las consideraciones antes glosadas por el referido Tribunal, criterio que asume el Juzgador.

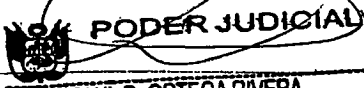
3.- De la excepción de prescripción, la excepcionante aduce que, estando a los términos de los hechos expuestos en la demanda, desde el 26 de noviembre de 2006, el accionante consideraba que la publicidad de su empresa vulneraba el derecho a la no discriminación, y se encontraba posibilitado a interponer acciones contra ésta. Sin

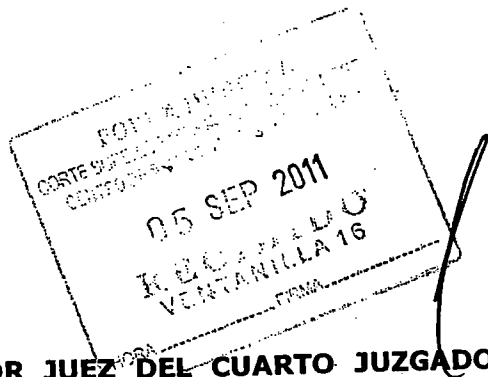
PODER JUDICIAL
MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
JUEZ
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4° JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

embargo, no interpuso la demanda de amparo, sino hasta el 09 de abril de 2007; es decir, cuando el plazo de 60 días para la interposición de la demanda ya había prescrito, por lo que solicita se declare improcedente la demanda, en aplicación de los artículo 44° y 5° inciso 10) del Código Procesal Constitucional. **Al respecto**; la parte actora señala haber interpuesto la demanda el día 09 de abril del año 2007, ante la negativa de INDECOPI de acoger su denuncia, mediante Carta No. 056-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de 2007, por lo que el plazo para la interposición de la demanda se encuentra dentro de lo establecido. **En efecto**, de las pruebas ofrecidas y actuadas en el proceso, consistentes en las documentales de fojas 8 y 10 de autos, consistentes en las Cartas N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI y N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 17 de enero y 14 de febrero de 2007; la codemandada INDECOPI le comunica que con respecto al informe de la publicidad de Gloria S.A., que habiéndose puesto en conocimiento de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, en sesión de fecha 10 de enero del 2007, no decidió iniciar procedimiento sancionador de oficio al no considerar posibles supuestos de infracción contra las normas que regulan la actividad publicitaria. **Siendo así**, no vislumbrándose de autos, notificación alguna de la denegatoria, sino únicamente las referidas Cartas, habiendo solicitado le proporcionen los argumentos y consideraciones por lo cuales la instancia administrativa decidió no atender su denuncia, conforme es de verse de la Carta de fojas 9 de fecha primero de febrero del 2007 remitida por el accionante; sin que la codemandada haya probado lo contrario. **Por tanto**; no estando probado por la excepcionante de manera objetiva que se haya notificado válida y formalmente al accionante con la resolución denegatoria, no es factible establecer una fecha de inicio del plazo prescriptorio; siendo de aplicación el numeral 5) del artículo 44° del Código Procesal Constitucional, que establece: *5) Si el agravio consiste en una omisión, el plazo no transcurrirá mientras ella subsista.* En el caso de autos, no se verifica que INDECOPI haya dado una respuesta por escrito al pedido del demandante; teniéndose en cuenta además lo resuelto por el T.C. en el Expediente No. 401-2008-PA/TC obrante a fojas 74 y siguientes, Fundamento 5, literal c): *... No es cierto que el demandante tenga que agotar vía administrativa alguna cuando la entidad administrativa competente (en este caso, la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Área de Prevención) se ha negado a recibir la denuncia del recurrente hasta en dos oportunidades, como se aprecia de las instrumentales obrantes a fojas 8 y 10 de los autos.* Hecho que no ha sido desvirtuado por la empresa excepcionante. Razones por lo que corresponde desestimarse la excepción de prescripción formulada por la codemandada. **Por tales consideraciones**, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 53° del Código Procesal Constitucional. **SE RESUELVE:** Declarar **INFUNDADA** la DEFENSA PREVIA, de indebida acumulación de pretensiones. EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR DEL DEMANDANTE, y EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, deducidas por la empresa Gloria S.A. En consecuencia, se declara SANEADO EL PROCESO, y; tramitada la causa según su estado; emítase la sentencia correspondiente. Interviniendo el Especialista Legal que suscribe por disposición superior, Exhortándose a la anterior Asistente, ponga mayor celo en sus funciones, bajo responsabilidad funcional. Notifíquese.

PODER JUDICIAL

 MARCO ANTONIO SÁNCHEZ NAVARRO
 CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCC

PODER JUDICIAL

 PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCC



Expediente N°: 00351-2007
Sumilla: **Téngase presente**

213

SEÑOR JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE:

GLORIA S.A. (en adelante, GLORIA), debidamente representada por nuestro abogado **Samuel B. Abad Yupanqui** con Registro CAL N° 13963, en los seguidos por **JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE** (en adelante, el **SR. LINARES**), sobre **PROCESO DE AMPARO**, ante usted con el debido respeto decimos:

Que, mediante Resolución N° 12 del 23 de mayo de 2011, vuestro Juzgado declaró saneado el proceso, encontrándose pendiente de resolver. En tal sentido, y a efectos de otorgar a vuestro Juzgado mayores elementos de juicio que permitan resolver el presente proceso, solicitamos **TENGA PRESENTE** lo siguiente:

I. ¿CUÁL ES EL OBJETO DE LA DEMANDA INTERPUESTA POR EL SR. LINARES?

1. Como es de vuestro conocimiento, GLORIA es una empresa que se dedica a la producción y comercialización de productos alimenticios, principalmente lácteos, caracterizándose por tener los más altos estándares de calidad.
2. El SR. LINARES inició el presente proceso de amparo contra GLORIA alegando que nuestra publicidad afecta el derecho a la no discriminación por motivo social y racial. Para ello, sostiene que ésta contiene un alto sentido de menosprecio a las personas de baja estatura y que muestra casi exclusivamente a niños de características caucásicas.

Por otro lado, el SR. LINARES sostiene que nuestra publicidad es engañosa, puesto que el simple consumo de leche no contribuye al crecimiento de los niños, generando en ellos falsas ideas y expectativas.

3. Asimismo, el SR. LINARES dirige su demanda contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Producción de la Propiedad Intelectual -

214

INDECOPI, por supuestamente tener una actitud impasible ante la propalación de publicidades de contenido discriminatorio.

II. LA DEMANDA DE AMPARO DEBERÁ SER DECLARADA INFUNDADA

EL DEMANDANTE NO HA PROBADO LA VULNERACIÓN QUE ALEGA. PEOR AÚN, NI SIQUIERA DETERMINA QUÉ PUBLICIDAD DE GLORIA RESULTA VULNERATORIA

1. Como es de vuestro conocimiento, la prueba consiste en *"la actividad de las partes encaminada a convencer al Juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad"*¹. De esta manera, **el demandante tiene la carga de la prueba, debiendo probar la vulneración que alega.**

2. Sin embargo, en el presente caso el SR. LINARES **NO DETERMINA, SI QUIERA, QUÉ PUBLICIDAD DE GLORIA TIENE UN CONTENIDO DISCRIMINATORIO O ENGAÑOSO.** En efecto, el demandante no identifica cuál es la publicidad vulneratoria, en qué fecha se publicó o en qué medios de comunicación. Es decir que, se trata de una acusación absolutamente genérica.

Ello resulta aún más grave si tenemos en cuenta que nuestra empresa ha tomado conocimiento del presente proceso de amparo cuatro años después de interpuesta la demanda, por lo que no nos encontramos en la capacidad de identificar cuál sería la publicidad que cuestiona el demandante.

3. De esta manera, nos preguntamos **¿CÓMO PODRÍA VUESTRO JUZGADO ANALIZAR SI LA PUBLICIDAD DE GLORIA ES DISCRIMINATORIA O ENGAÑOSA, CUANDO NO SE HA CUMPLIDO SI QUIERA CON IDENTIFICAR QUÉ PUBLICIDAD ES LA QUE SE CUESTIONA?**

Peor aún, ¿cómo podríamos defendernos ante tales afirmaciones cuando no sabemos a qué publicidad hace referencia el demandante?

4. Tan es así que el demandante no ha identificado la publicidad que resultaría vulneratoria, que ha ofrecido como medio probatorio de su demanda que se

ordene a la Televisión Nacional del Perú, canal 7, que presente todos los anuncios publicitarios de GLORIA en el año 2007. Este pedido fue desestimado por vuestro Juzgado mediante Resolución N° 04, del 25 de octubre de 2010, en tanto sostuvo que "(...) *estando a que en el proceso de acción de amparo no existe etapa probatoria; Téngase presente los documentos adjuntados al momento de resolver*".

Peor aún, en un escrito de fecha 14 de marzo de 2011, pretende ampliar su petitorio, solicitando que se oficie a Abope Time Perú S.A. para que proporcione la publicidad televisiva de GLORIA por los años 2006, 2007 y 2008, es decir incluso en años posteriores a la presentación de la demanda. Sin embargo, tampoco identifica o describe la publicidad vulneratoria; sino que se trata de una acusación absolutamente genérica que pretende que vuestro Juzgado solicite y analice todas las publicidades de nuestra empresa en tres años para determinar si alguna de ellas podría considerarse discriminatoria.

Sin embargo, como es de vuestro conocimiento, el proceso de amparo no contempla en sí una etapa probatoria donde puedan actuarse los medios probatorios existentes. Peor aún, **el proceso se encuentra pendiente de resolver, sin que se haya identificado, si quiera, la supuesta publicidad vulneratoria.**

5. Sin perjuicio de ello, destacamos que los medios probatorios presentados por el SR. LINARES no tienen la capacidad para probar la supuesta vulneración del derecho a la no discriminación, o el carácter engañoso de estos.

En principio, destacamos que las cartas remitidas a GLORIA, presentadas como Anexo 1-B y 1-C de la demanda, no prueban ninguna vulneración, en tanto que se trata de cartas redactadas por el mismo demandante y su amigo el Sr. Juan Oshiro Oshiro (según él mismo sostiene). Asimismo, los anuncios del 21 y 22 de marzo de 2005, publicados en la página web de APRODEH, presentados como Anexo 1-I de la demanda, mediante los cuales se cataloga a GLORIA como la empresa más discriminadora, no constituye un medio probatorio pertinente, menos aún cuando ésta tampoco identifica a qué

¹ CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; ALMAGRO NOSETE, José; GIMENO SENDRA, Vicente y Víctor MORENO CATENA. "Derecho procesal". Cuarta edición. Tomo I, Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989. p. 373.

210

publicidad se refiere. Sin perjuicio de ello, el referido artículo únicamente alude a que GLORIA habría convocado a personas de características caucásicas para sus publicidades, pero en ningún momento afirma –como no podría hacerlo– que GLORIA haya mantenido una posición excluyente o negativa hacia un grupo de personas de otro origen racial o social.

Por otro lado, las mismas cartas del INDECOPI presentadas como Anexo 1-E y 1-G de la demanda (cartas N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI y 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI) evidencian que el órgano competente ya ha analizado las publicidades de GLORIA, habiendo concluido que no se habría vulnerado el derecho a la no discriminación.

En cuanto a la acusación de tratarse de una publicidad engañosa, el demandante presenta el artículo "Verdades y mitos de la leche" que presenta como Anexo 1-H de la demanda; sin embargo, no se trata de un estudio científico sobre las consecuencias de la leche, sino de un simple artículo periodístico. De esta manera, no puede considerarse a dicho artículo como un estudio suficiente para demostrar que la publicidad de GLORIA resulta engañosa. Sin perjuicio de ello, de la lectura del propio artículo se puede apreciar que este no señala que la leche no contribuye al crecimiento de los niños, sino todo lo contrario: "Si bien tiene un alto contenido de fósforo para la formación de sus huesos, ningún estudio serio ha demostrado que descalcifique. Es más, los niños en pleno crecimiento necesitan no solo calcio, sino también fósforo para la formación de sus huesos. Y si un niño consume muy poca leche en su niñez, tiene un riesgo elevado de padecer osteoporosis (...)". Continúa sosteniendo que "Consumir poca leche puede ser peligroso, más aún tratándose de adolescentes". De igual modo, la nutricionista Carulla sostiene que si bien la leche por sí sola no hace crecer (cosa que nunca ha sostenido GLORIA), reconoce que "contiene diversos nutrientes que el organismo requiere para desarrollarse (...)". Más aún, la misma nutricionista ha presentado los requerimientos diarios de leche por edades.

6. Así las cosas, la demanda deberá ser declarada infundada toda vez que el demandante no ha cumplido con presentar los medios probatorios suficientes que demuestren que la publicidad de GLORIA resulta discriminatoria o engañosa.

217

LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO ES DISCRIMINATORIA

1. Como es de vuestro conocimiento, la igualdad se constituye tanto como un principio básico de nuestra sociedad, como un derecho fundamental. Este se encuentra reconocido en nuestra Constitución de la siguiente manera:

*"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (...)"*

Asimismo, se encuentra reconocido por diversos instrumentos internacionales suscritos por el Perú, como por ejemplo en los artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

2. Así pues, la igualdad *"es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia"*². De esta manera, no se podrán establecer excepciones o privilegios que excluyan a una persona o un grupo de personas, cuando se encuentren en iguales condiciones.

3. Pues bien, como es de vuestro conocimiento, **la "discriminación" tiene una connotación negativa e implica la exclusión arbitraria**. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a la no discriminación de la siguiente manera:

"El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa".

4. En el mismo sentido, el propio demandante ha sostenido en el punto 15 de su demanda que la discriminación negativa exige los siguientes presupuestos: "1)

² Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3533-2003-AA/TC, de fecha 27 de octubre de 2004.

Que exista un rechazo, desprecio, expreso o tácito, por acción u omisión, del Estado o de cualquier persona; 2) Que el rechazo se dirija contra una característica natural o adquirida del ser humano (edad, sexo, raza, religión, opinión, cultura, idioma, apariencia física, etc.); 3) Que la víctima forme parte de un grupo vulnerable de personas discriminadas o "discriminables", es decir, que tienen características naturales y/o adquiridas que den lugar al rechazo en determinadas circunstancias históricas, particulares de una sociedad; 4) Que no existe justificación legal para discriminar a esa persona o grupo de personas".

5. Pues bien, en el presente caso, **LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO TIENE UNA CONNOTACIÓN NEGATIVA RESPECTO A NINGUNA PERSONA, SEA POR MOTIVO SOCIAL, RACIAL O DE ESTATURA.** En efecto, **NO EXISTE NINGUNA ACTITUD DE RECHAZO O DESPRECIO A NINGUNA PERSONA EN NUESTRA PUBLICIDAD, POR LO QUE ÉSTA NO PUEDE CONSIDERARSE DISCRIMINATORIA.**

6. Además, tampoco es cierto que la publicidad de GLORIA convoque casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos, sino que nuestra publicidad incluye a un universo de personas de distintas razas y condición social.

Sin perjuicio de ello, destacamos que aun en el supuesto negado que GLORIA haya convocado "*casi exclusivamente*" a personas de características caucásicas -como lo señala el demandante- ello no implica de ninguna manera la connotación negativa o exclusión de alguna persona.

7. El propio **INDECOPI**, órgano competente para promoción del mercado y protección de los derechos de los consumidores, **ya ha señalado que no existe una vulneración al principio de no discriminación en la publicidad de nuestra empresa.** Así, el INDECOPI respondió a las denuncias del SR. LINARES mediante la Carta N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de 2007 sosteniendo que:

"Con fecha 7 de febrero de 2007, la Comisión tomó conocimiento de su solicitud y acordó informarle que, en su oportunidad, no había apreciado que existiera inadecuación entre el principio de no discriminación contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y el anuncio del producto "Leche Gloria" sometido a su consideración. A

219

criterio de la Comisión, las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias".

8. Así las cosas, resulta evidente que nuestra publicidad no resulta discriminatoria, por lo que deberá declararse infundada la demanda en este extremo.

LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO ES ENGAÑOSA

1. Como hemos visto, el demandante sostiene que la publicidad de GLORIA es engañosa, puesto que -según sostiene- no es cierto que el simple consumo de leche contribuya al crecimiento de los niños.
2. Como es de vuestro conocimiento, se considera como publicidad engañosa (o que falta al principio de veracidad) a aquella que es capaz de inducir a error al consumidor, sea sobre las características del producto, las condiciones de venta o el precio. Este principio exige que el anunciante -en este caso GLORIA- cuente con pruebas que acreditan las características del producto que se publicitan. Resaltamos que la propia publicidad puede utilizar exageraciones, humor o fantasía, siempre que no constituya un engaño para el consumidor.
3. Pues bien, la publicidad de GLORIA señala que la leche contiene calcio y nutrientes que **ayudarán al crecimiento** de las personas; sobre todo entre los 11 y 18 años donde se da el 15% del crecimiento de las personas.

Es decir que, **GLORIA no ha sostenido que el simple consumo de su producto, o el consumo de leche en general, conlleve necesariamente al crecimiento, sino que ésta indefectiblemente contribuye al crecimiento de las personas al ser rica en calcio y nutrientes.**

De la misma manera, en el artículo "Verdades y mitos de la leche" que presentó el SR. LINARES como Anexo 1-H de la demanda, se ha señalado que "*Consumir poca leche puede ser peligroso, más aún tratándose de adolescentes*".

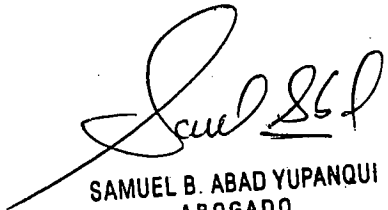
9. Así las cosas, resulta evidente que nuestra publicidad no resulta engañosa, por lo que deberá declararse infundada la demanda en este extremo.

290

POR TANTO:

A VUESTRO JUZGADO PEDIMOS: Se sirva tener en cuenta lo expuesto, y declarar **INFUNDADA** la demanda en su oportunidad.

OTROSÍ DECIMOS: Que, cumplimos con acompañar copias suficientes del escrito para su entrega a la otra parte.



SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
ABOGADO
C.A.L. 13963
Estudio Ehecopar

Lima, 02 de setiembre de 2011

CUARTO JUZGADO ESPECIALIZADO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

EXPEDIENTE N° : 2009-0351-0-0901-JR-CI-04

Especialista Legal: Paúl Ortega Rivera

DEMANDANTE : LINARES BUSTAMANTE JORGE MANUEL.

DEMANDADO : EMPRESA LECHE GLORIA S.A. e INDECOPI

MATERIA : ACCION DE AMPARO
SENTENCIA

RESOLUCION NUMERO CATORCE.-

Independencia, veinticuatro de octubre del dos mil once.-

VISTOS; Los actuados judiciales que se dan

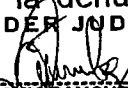
cuentan para resolver.-


I: ANTECEDENTES:

DE LA DEMANDA:

Resulta de autos, mediante escrito de fojas 15 a 21, JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, interpone demanda de AMPARO contra la EMPRESA LECHE GLORIA S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI), por discriminación social, racial y publicidad engañosa y por actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva. Señala como **fundamentos de hechos:**

1. Que, la publicidad emitida por Leche Gloria existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia aquellas personas, sean niños, adolescentes o jóvenes de estatura baja. Considerando que, en el Perú la estatura promedio de la población es de 1.65 los varones y 1.55 las mujeres, la alusión a la estatura baja desde este sentido resulta contraproducente y discriminatorio. (tal y conforme se aprecia en la publicidad televisiva). Además de los complejos de inferioridad que se pueden concebir y desarrollar haciendo eco de publicidades discriminatorias, así como opinión del ciudadano Juan Oshiro Oshiro respecto a sus hijos, aduciendo que ha generando un perjuicio al desarrollo psicológico y social de los menores y adolescentes de estatura baja, quienes son objeto de burla y menosprecio; y que remitieron 02 cartas al Grupo Gloria, solicitando el cese de su publicidad, sin obtener respuesta.
2. Existen evidentes criterios discriminatorios en las diversas publicidades televisivas convocando para ellas casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio, ojos claros. Este criterio en la publicidad refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de la identidad sociocultural, ya que en un país conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos, los mismos no se ven reflejados en la publicidad (televisiva, paneles, etc).
3. La publicidad deviene en engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños....Anexando las publicaciones que refieren lo mismo.
4. Que, para recurrir con esta denuncia ante INDECOPI, hay que pagar una tasa de S/. 102.00, sin considerar la posibilidad de apelar a una resolución adversa, la tasa supera los S/. 500.00 Esto imposibilita a los ciudadanos pobres ejercer su derecho a reclamar una sociedad más justa y menos discriminadora.
5. Que recurrió a la Secretaria Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, Área de Prevención, para que evalúen la posibilidad de iniciar la denuncia de Oficio. Ante ello, mediante Carta No. 0004-2007/PREV-

PODER JUDICIAL

MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
 JUEZ
 CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL

PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC

225

CCD-INDECOPI, hacen de su conocimiento que la Comisión, en sesión de fecha 10 de enero del 2007, decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio, al no considerar posibles supuestos de infracción contra las normas que regulan la actividad publicitaria. Sin embargo no se pronuncia sobre el extremo de mi denuncia referida a la publicidad engañosa o exageración de las virtudes del producto y mucho menos al criterio discriminatorio por razones de raza de la publicidad de la demandada. Negándose a iniciar procedimiento sancionador de oficio. Con lo demás hechos que expone.

Ampara jurídicamente, su demanda en los dispositivos legales que señala, y ofrece los medios probatorios respectivos.-

DE LA CONTESTACIÓN:

GLORIA S.A. mediante escrito de fojas 122 y siguientes, se apersona y contesta la demanda, sin perjuicio de las excepciones que fueron resueltas por resolución número doce de autos. Solicitando que la demanda se declare improcedente, o subsidiariamente infundada, señalando los siguientes fundamentos:

1. La demanda no hace alusión alguna a la publicidad que supuestamente lo afecta como se sabe, y de conformidad con lo establecido en el artículo 42 del Código Procesal Constitucional, uno de los requisitos para interposición de la demanda es la determinación clara y concreta del petitorio.
2. El demandante no determina qué publicidad de gloria supuestamente lo afecta. Menos aún se establece en qué fechas se publicó y en qué medios de comunicación. Se trata de un pedido genérico.
3. El demandante Linares alega que la publicidad de GLORIA es discriminatoria, por motivo social y racial. Para ello, sostiene que ésta tiene una connotación negativa hacia la gente de baja estatura; y que la publicidad presenta casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos... El derecho a la igualdad, como derecho subjetivo, implica la titularidad de la persona sobre un bien constitucional de igualdad, oponible a un destinatario. En palabras del Tribunal Constitucional, "se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras ("motivo" "de cualquier otra índole") que, jurídicamente resultan relevantes".
4. La discriminación tiene una connotación negativa e implica la exclusión arbitraria de determinada persona, en base a consideraciones objetivas. pues bien, en el presente caso, el demandante no hace alusión a ninguna exclusión arbitraria.
5. Por otro lado, el demandante sostiene que la publicidad de GLORIA sería discriminatoria por motivo de raza, al presentar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos. Sin embargo, ello no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación. Y es que, en efecto y como el mismo demandante lo señala, la publicidad de Gloria no conlleva ninguna connotación negativa respecto a ninguna raza. Aun en el supuesto que la publicidad de GLORIA haya convocado "casi exclusivamente" a personas de características caucásicas - como lo señalara el demandante- ello no implica de ninguna manera, la exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas.
1. Al respecto, cabe destacar que los medios probatorios presentados por el demandante no cumplen con probar la supuesta discriminación en la publicidad de GLORIA. No demuestra de ninguna manera una actitud discriminatoria de la publicidad. Los artículos que presenta no constituyen un medio probatorio pertinente para probar que la publicidad de nuestra empresa es discriminatoria, más aún, si no se determina qué publicidad se está cuestionando. Además, cabe

PODER JUDICIAL
MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

destacar que el mismo solo hace alusión a que GLORIA habría convocado para sus publicidades a personas de características caucásicas, pero en ningún momento se ha afirmado que GLORIA haya mantenido una posición excluyente o negativa de personas de otro origen racial o social. Que, el INDECOPI analizó la publicidad de GLORIA en aquel momento, estimando que no se vulneraba el derecho de no discriminación. Con lo demás que señala.

Funda jurídicamente la contestación, en las normas legales que señala. Ofreciendo los medios probatorios correspondientes.

EL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL -INDECOPI- a través de su representante legal, mediante escrito de fojas 150 y siguientes, contesta la demanda, solicitando que la demanda sea desestimada por improcedente o, alternativamente infundada, señalando los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

De la improcedencia de la presente demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa::

1. Haciendo un resumen de los antecedentes, por el cual reconoce que el recurrente acudió ante su representada, solicitando iniciar un procedimiento de oficio contra Gloria S.A. Siendo contestada denegando el pedido, sosteniendo que las frases e imágenes que aparecen en el anuncio del producto Leche Gloria no son capaces de generar objetivamente en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias; alegado la improcedencia de la demanda por falta de agotamiento de la vía administrativa. Invocando las normas legales pertinentes. Que el artículo 16° del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, según el cual en asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no puede recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

El proceso de amparo no es la vía procesal idónea a fin de discutir la presunta inercia u omisión de la administración pública

1. Sin perjuicio de lo antes expuesto, denuncian que el presente proceso constitucional de amparo, no constituye la vía procesal idónea para comprender la discusión sobre la presunta inercia u omisión de la administración pública. No proceden los procesos constitucionales cuando existen contempladas vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado. Precisamente, para impugnar judicialmente la presunta inercia u omisión de la administración pública, se encuentra contemplada la vía del proceso contencioso administrativo.
2. Resulta claro que lo que cuestiona el demandante, según sus propios términos contenidos en su petitorio, es la *"actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva"*.- Cualquier cuestionamiento a la inacción, inercia, actitud impasible, omisión, de la administración pública, necesariamente deben ser canalizadas a través de la vía procesal adecuada que, del proceso contencioso administrativo. La presente demanda de amparo debe ser desestimada por abiertamente improcedente.


Infundabilidad de la demanda.

Sobre la decisión de no iniciar el procedimiento de oficio

1. El demandante ha manifestado en su demanda que la decisión de la Comisión de no iniciar un procedimiento administrativo de oficio contra Gloria constituiría una actitud impasible que permitiría la realización de conductas discriminatorias.

PODER JUDICIAL

 MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
 JUEZ
 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

PODER JUDICIAL

 PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 ESPECIALIZADO EN LO CIVIL MCC
 DE IMA NORTE


2. La legislación prevé dos formas de inicio de los procedimientos: i) A pedido de parte; ii) De oficio. En el caso de procedimientos a pedido de parte, el titular deberá cumplir con los requisitos contemplados en el TUPA del INDECOPI, lo cual no ha sucedido en el presente caso, como bien lo ha reconocido el demandante, pues éste se limitó a presentar una carta solicitando la acción de oficio de la Comisión. El segundo supuesto, es decir los procedimientos iniciados de oficio se inician por decisión de la Comisión, y si es el Secretario Técnico, éste debe dar cuenta de ello a la Comisión. Esto quiere decir, que el inicio de los procedimientos de oficio es absoluta potestad de la Comisión, es sólo dicho órgano colegiado el que decidirá si inicia o no un procedimiento administrativo, y cualquier pedido de un particular en ese sentido, no vincula su decisión.
3. Que es importante tomar en cuenta que esta facultad es absolutamente discrecional. Adicionalmente, es importante negar lo señalado por el demandante, respecto de que para apelar una decisión de primera instancia se tiene que pagar una tasa de S/. 500.00 lo cual es absolutamente falso. Pues en aplicación del precedente observancia obligatoria aprobada por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia del Expediente N° 3741-2004-AA/TC, el INDECOPI ha establecido desde hace más de cinco años que la impugnación los actos de primera instancia no está sujeta a ningún cobro.

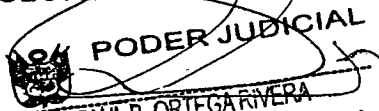
Sobre el presunto engaño de la publicidad de Leche Gloria.

1. Al respecto, cabe precisar que la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, así como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI se pronunciaron sobre la veracidad de las propiedades atribuidas a la leche en los anuncios difundidos por Gloria S.A. Ello en el marco de un procedimiento administrativo iniciado por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios - ASPEC contra la referida empresa.
2. La ASPEC denunció a Gloria por presunta infracción del principio de veracidad contemplado en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691 -Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor-, con ocasión de la difusión de anuncios publicitarios de la campaña "Tres vasos de leche al día" que promocionan el consumo de su producto leche Gloria.
3. No obstante, mediante Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI (ANEXO 1-C), la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, confirmando el pronunciamiento de la primera instancia, declaró infundada la denuncia, al concluir que los anuncios difundidos por Gloria sobre las ventajas de la leche producida por dicha empresa no inducen a error a los consumidores.
4. Por lo tanto, dicho extremo ya tiene un pronunciamiento firme por parte de la autoridad administrativa competente, el mismo que no ha sido impugnado en sede judicial. De lo expuesto anteriormente, se desprende con claridad, señor Juez, que la demanda no solo es IMPROCEDENTE sino que sin perjuicio de ello carece de todo fundamento que la haga atendible.

II.- DEL TRAMITE PROCESAL:

Mediante resolución número uno, de folios 22, se declara improcedente la demanda. Siendo apelada por la parte actora y elevados los autos a la instancia superior, la misma es confirmada por resolución de vista de fojas 58 y siguientes. Habiendo interpuesto recurso de agravio constitucional, el Tribunal Constitucional mediante resolución de fojas 74, ordena que el Juzgado admita a trámite la demanda. Mediante resolución número cuatro de fojas 80 se admite a trámite la demanda, disponiendo el traslado de la misma a la parte demandada, por el término de ley. Mediante escrito de fojas 122 y siguiente la demandada GLORIA S.A. contesta la demanda, en los términos glosados.

PODER JUDICIAL

 MARCO ANTONIO SÁNCHEZ NAVARRO
 CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL

 PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

[Handwritten scribbles]

Por escrito de fojas 150 y siguientes la demanda es contestada por INDECOPI en los términos que anteceden.

Mediante resolución número doce de fojas 193 y siguiente, se declara infundada la defensa previa, excepciones de falta de legitimidad para obrar del demandante y de prescripción, declarándose saneado el proceso. Llegado el momento de expedir decisión sobre el fondo y considerando:

III.- FUNDAMENTOS:

PRIMERO: Que, la Acción de Amparo es una garantía constitucional prevista en el artículo 200° inciso 2) de la Constitución Política del Perú, procedente contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos reconocidos por la Constitución.

SEGUNDO: Delimitación del derecho presuntamente vulnerado:

La parte actora demanda.

Respecto a la empresa Gloria S.A.:

La publicidad que realiza sobre Leche Gloria, existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia los niños, adolescentes o jóvenes de estatura baja, que resulta contraproducente y discriminatorio, que genera perjuicio en el desarrollo psicológico y social de los mismos, quienes son objeto de burla y menosprecio (tal y conforme se aprecia en la publicidad televisiva). Además de los complejos de inferioridad que se pueden concebir y desarrollar haciendo eco de publicidades discriminatorias. El cese de publicidad con contenido discriminatorio hacia los adolescentes de estatura baja y por convocar para ella exclusivamente a niños de características caucásicos de tez blanca, cabello rubio, ojos claros, que refleja un profundo contenido discriminatorio y menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos. La publicidad emitida por la empresa demandada deviene en engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños.

Con respecto a INDECOPI:

Decidió no iniciar procedimiento sancionador de oficio, *al no considerar posibles supuestos de infracción contra las normas que regulan la actividad publicitaria.* No se pronuncia sobre el extremo de su denuncia referida a la publicidad engañosa o exageración de las virtudes del producto y mucho menos al criterio discriminatorio por razones de raza de la publicidad de la demandada. Para ejercer su derecho tiene que efectuar pagos, lo que imposibilita a los ciudadanos pobres ejercer su derecho a reclamar, una sociedad más justa y menos discriminadora. Por tanto, la empresa demandada y casi de todas en general deberían convocar para sus publicidades a personas cuyas características raciales, sociales y culturales sean semejantes a las de la mayoría nacional

La parte demandada:

GLORIA S.A. aduce que no es posible determinar cuál es la publicidad que le causa agravio al demandante, al no encontrarse suficientemente determinada. No se define en que consiste el derecho fundamental alegado. El demandante no hace alusión a ninguna exclusión arbitraria, se refiere a hechos absolutamente abstractos, no desarrolla en qué sentido se habría discriminado socialmente. La publicidad de Gloria no conlleva ninguna connotación negativa respecto a ninguna raza. En el supuesto que la publicidad de GLORIA haya convocado "casi exclusivamente" a personas de características caucásicas, ello no implica exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas. Con respecto a la publicidad engañosa, no está referida a un derecho constitucional, por lo que, la demanda deberá ser declarada improcedente. La publicidad de gloria no afecta su derecho a la no discriminación.

PODER JUDICIAL
MARCÓ ANTONIO SÁNCHEZ NAVARRO
JUEZ
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO-MCC
CIRCUITO JUDICIAL DE LIMA NOROCCIDENTAL

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL MCC
CIRCUITO JUDICIAL DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTAL

INDECOPI, con respecto a la solicitud de inicio de un procedimiento de oficio contra Gloria S.A. esta fue contestada denegando el pedido, sosteniendo que las frases e imágenes que aparecen en el anuncio del producto Leche Gloria no son capaces de generar objetivamente en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias. Que el amparo, no constituye la vía procesal idónea para comprender la discusión sobre la presunta inercia u omisión de la administración pública; para impugnar judicialmente la presunta inercia u omisión de la administración pública, se encuentra contemplada la vía del proceso contencioso administrativo. Cualquier cuestionamiento a la inacción, inercia, actitud impasible, omisión, de la administración pública, necesariamente deben ser canalizadas a través de la vía procesal adecuada. En cuanto al pago de tasa para impugnar, el INDECOPI ha establecido desde hace más de cinco años que la impugnación de los actos de primera instancia no está sujeta a ningún cobro.

Sobre el presunto engaño de la publicidad de Leche Gloria.

La Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal, así como la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI se pronunciaron sobre la veracidad de las propiedades atribuidas a la leche en los anuncios difundidos por Gloria S.A. Mediante Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, confirmando el pronunciamiento de la primera instancia, declaró infundada la denuncia, al concluir que los anuncios difundidos por Gloria sobre las ventajas de la leche producida por dicha empresa no inducen a error a los consumidores. Por lo tanto, dicho extremo ya tiene un pronunciamiento firme por parte de la autoridad administrativa competente, el mismo que no ha sido impugnado en sede judicial. Hechos que serán materia de evaluación, y decisión en el presente proceso.

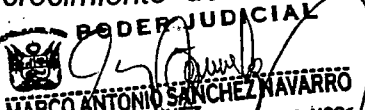
TERCERO.- Compulsa de los medios probatorios:

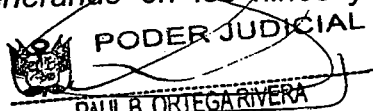
De la demanda.

A fojas 3 y 4, corre copia de Carta dirigida al Grupo Gloria de fecha 06/11/06; remitido por la persona de Juan Oshiro Oshiro, le hace saber de su preocupación por la publicidad emitida en diversos canales televisivos, haciendo alusión discriminatoria por la talla o estatura de las personas y en particular de los niños quienes supuestamente serán "mas grandes" al consumir la leche que producen. Llegando a la conclusión que en ella existe un menosprecio a la estatura baja de las personas, a ello agrega que en el Perú la mayoría de las personas son de estatura baja. En consecuencia, considera que la publicidad que viene difundiendo genera perjuicio al desarrollo psicológico de sus menores hijos y demás hechos que señala.

A fojas 5, corre copia de la Carta Notarial dirigida al Grupo Gloria de fecha 27/11/06, remitido por la persona de Juan Oshiro Oshiro, por el cual le hace saber que habiendo transcurrido mas de 15 días de la remisión de su carta de fecha 06/11/06, no ha recibido respuesta laguna, con lo demás que contiene.

A fojas 6 y 7, corre copia de la denuncia por discriminación social, racial y publicidad engañosa, presentado por Jorge Manuel Linares Bustamante, al Secretario Técnico de la Comisión de la Competencia Desleal y Publicidad, INDECOPI Área de Prevención, su fecha 20 de diciembre del 2006; indicando que *existen evidentes criterio de discriminación en las diversas publicidades del Grupo Gloria convocando para sus publicidad casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros, y que esta falta de identidad refleja un contenido eminentemente discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad socio cultural...que la publicidad emitida por la denunciada deviene en engañosa, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños, tal y conforme se difunde, generando en los niños y*

PODER JUDICIAL

 MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
 JUEZ
 CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO -MCC-
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL

 PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL -MCC
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

adolescentes falsas ideas y expectativas de un crecimiento que en realidad será determinado por otros factores.....

A fojas 8, corre copia de la Carta No.0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI. Su fecha 17 de enero del 2007, dirigido a la persona de Jorge Manuel Linares Bustamante, haciéndole saber que la solicitud de fecha 20-12-2006, fue puesta en conocimiento de la Comisión de Represión de la Competencia, la misma que en sesión de fecha 10 de enero del 2007 no decidió iniciar procedimiento sancionador de oficio el no considerara posibles supuestos de infracción contra normas que regulan la actividad publicitaria, suscrita por la Secretaria Técnica encargada.

A fojas 9, corre copia de la solicitud de fecha 01 de febrero del 2007, presentada por Jorge Manuel Linares Bustamante a la Secretaria Técnica de Represión de la Competencia Desleal y Publicidad, INDECOPI, solicitando los alcancen los argumentos y consideraciones de la denegatoria de la denuncia presentada.

A fojas 10, corre la Carta No. 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, su fecha 14 de febrero del 2007, dirigido a Jorge Manuel Linares Bustamante, informándole que en su oportunidad. No había apreciado que existiera inadecuación entre el principio de no discriminación contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691 – Normas de Publicada en Defensa del Consumidor y el anuncio del producto "Leche Gloria" sometido a su consideración. A criterio de la comisión, las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad conductas ofensivas o discriminatorias.

A fojas 11 y 12, corre el recorte periodístico de El Comercio – Suplemento "Mi Hogar" La Salud: artículo "Verdades y mitos de la leche", publicado el 10 de septiembre del 2006, con que pretende demostrar la opinión de la especialista sobre la publicidad engañosa que difunde la empresa demandada.

A fojas 13 y 14, corren los anuncios de fecha 21.03.05 y 22.03.05 de la página Web de APRODEH, en que se opina respecto a la publicidad que efectúa de la empresa Leche Gloria, con el calificativo que allí se indica.

completo

De la contestación.

DE GLORIA S.A.

La Carta No.0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI. Su fecha 17 de enero del 2007, y la Carta No. 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, su fecha 14 de febrero del 2007, presentados con la demanda.

DE INDECOPI.

Copia de la Resolución N° 0703-2008/TDC-INDECOPI.

§ MARCO JURIDICO:

CUARTO.- Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2.1º, 7º y 23º), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1º, 3º, 4.1º, 20.2º, 23.4º, 24.1º y 26º), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1º, 13.5º, 17.2º, 24º y 27.1º) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo II).

La Declaración Universal de Derechos Humanos artículo 2.1º señala "toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición". El artículo 7º de la mencionada norma señala que "todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala en su artículo 26º que "todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a

PODER JUDICIAL
MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
JUEZ
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTE

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NOROCCIDENTE

igual protección de la ley. La ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social". Esta norma internacional establece como obligación de los Estados respetar y garantizar los derechos de las personas que se encuentren en su territorio.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en su artículo 24° que "todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley". También establece la obligación de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidas en la Convención sin discriminación alguna.

El artículo 2°, inciso 2) de la Constitución Política Del Perú, establece el derecho a la no discriminación señalando: "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 cualquiera otra índole".

El Código Procesal Constitucional señala en su artículo 37° que el proceso de amparo protege, entre otros derechos: (i) el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, condición económica, social, idioma, o de cualquier otra índole,

Decreto Legislativo N° 716 derogado por la Primera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29571, publicada el 02 septiembre 2010, (*) De conformidad con la Primera Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29571, publicada el 02 septiembre 2010, toda referencia al presente Decreto Legislativo se entenderá efectuada al Código de Protección y Defensa del Consumidor a partir de su entrada en vigencia. "Artículo 7B.- Los proveedores no podrán establecer discriminación alguna respecto a los solicitantes de los productos y servicios que los primeros ofrecen en locales abiertos al público. Está prohibido realizar selección de clientela, excluir a personas o realizar otras prácticas similares, sin que medien causas de seguridad del establecimiento o tranquilidad de sus clientes u otras razones objetivas y justificadas. La carga de la prueba sobre la existencia de un trato desigual corresponde al consumidor afectado o, de ser el caso, a quien lo represente en el proceso o a la administración cuando ésta actúe de oficio. Acreditar la existencia de una causa objetiva y justificada le corresponde al proveedor del bien o servicio. Si el proveedor demuestra la existencia de una causa objetiva y justificada, le corresponde a quien alegue tal hecho, probar que ésta es en realidad un pretexto o una simulación para incurrir en prácticas discriminatorias. Para todos estos efectos será válida la utilización de indicios y otros sucedáneos de los medios probatorios."

DECRETO LEGISLATIVO N° 691 Derogado por la Segunda Disposición Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1044, publicado el 26 junio 2008. Artículo 3.- Los anuncios deben respetar la Constitución y las Leyes. Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades. Artículo 4.- Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir al error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta. Los anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos. "Los anuncios que expresen precios deberán consignar el precio total del bien o servicio, incluido el Impuesto General a las Ventas que corresponda.

PODER JUDICIAL
MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
JUEZ
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4° JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL, MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

§ EVALUACIÓN SOBRE EL FONDO DE LA CONTROVERSIA:

QUINTO.- Con respecto a la publicidad engañosa:

51.- La parte actora arguye que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños (conforme se difunde), generando en los niños y adolescentes falsas ideas y expectativas de un crecimiento que en realidad será determinado por otros factores.

5.2.- Al respecto, conforme se advierte de fojas 137 y siguientes de autos, INDECOPI presentó copia de la Resolución 0703-2008/TDC-INDECOPI –expedida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Sala de Defensa de la Competencia, Expediente. 075-2007/CCD, Denunciante: **Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios –ASPEC**, Denunciada: **Gloria S.A.**, Materia: **Publicidad Comercial Principio de Veracidad**. Actividad: **Elaboración de Productos Lácteos.**, su fecha 9 de abril del 2008.

5.3.- Que, conforme es de verse de los antecedentes glosadas en la resolución del INDECOPI, es materia de la denuncia de presunta infracción del principio de veracidad contemplado en el artículo 4º del Decreto Legislativo 691 –Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor - con ocasión de anuncios publicitarios de la campaña "**Tres vasos de leche al Día**" que promocionan la denunciada, el consumo de leche bajo las siguientes afirmaciones "*sigue tomando tres vasos de Gloria al día porque así obtendrás calcio que necesitas para crecer y ser mas grande*" "*Este Verano tus hijos siguen creciendo, dales leche Gloria con agua fría y así obtendrás el calcio que necesitan para crecer y ser mas grandes*" Resolución 0703-2008/TDC-INDECOPI, que **RESUELVE: PRIMERO: Confirmar la Resolución 173-2007/CCD-INDECOPI del 19 de setiembre del 2007 que declaró infundada la denuncia interpuesta por la denunciante ASPEC contra Gloria S.A. por infracción al Artículo 4 del Decreto Legislativo 691 y denegó los pedidos accesorios formulados. Siendo el sustento esencial de lo resuelto**, lo glosado en el **fundamento 25** de la resolución acotada que glosa: "*A diferencia de lo señalado por la denunciante, la información brindada por el portal del NICHHD, permite advertir que dicha entidad ha afirmado que la ingesta de calcio –cuya fuente principal es la leche- no solo permite fortalecer los huesos sino también incide directamente en el crecimiento de los niños y adolescentes*". **Asimismo**, lo glosado en el **fundamento 26** que glosa: "*Obra en el expediente copia de los rotulados de los envases de leche Gloria pertenecientes a la promoción "toma tres vasos de leche al día". En dichos rotulados se indica que cada envase contiene 940 mg de calcio, de modo tal que la ingesta de tres vasos de leche tiene la cantidad considerada en estudio realizado por el NICHHD.* Concluyendo en el **fundamento 28** que: *la Sala coincide con la Comisión en el sentido de que los anuncios publicitarios materia de denuncia no inducen a error al consumidor, por lo que concluye que Gloria no ha infringido el principio de veracidad.* De lo que se puede colegir que, tratándose del mismo objeto y materia discutida en sede administrativa, no corresponde ser evaluado nuevamente en ésta vía procesal especial del amparo.

5.4.- En efecto, conforme es de verse de parte de los fundamentos facticos de la demanda, se cuestiona de engañosa, la publicidad que difunde la demandada, señalando que *existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia aquellas personas, niños y adolescentes de baja estatura, aduciendo que ello genera un perjuicio al desarrollo psicológico y social, quienes son objeto de burla y menosprecio, y que no es cierto que el sólo consumo de leche, contribuya al crecimiento de los niños (tal y conforme se difunde).* **Siendo así**, se puede colegir que, conforme es de verse de la copia de la denuncia interpuesta por ASPEC contra Gloria S.A. cuya copia corre de fojas 137 y siguientes, del rubro ANTECEDENTES se hace referencia a que con fecha 04 de abril del 2007 se interpuso la denuncia antes

PODER JUDICIAL
MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
JUEZ
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
ESPECIALIZADO EN LO CIVIL MCC
SECTOR DE LIMA NORTE

acotada, Sin embargo la presente demanda, es de fecha 09 de abril del 2007, esto es posterior a la denuncia en sede administrativa.

5.5.- Por tanto, habiendo recurrido por los mismos hechos y materia, ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual INDECOPI, ente encargado de la Defensa del Consumidor; conforme a la denuncia por publicidad engañosa que el mismo accionante ha presentado ante la referida entidad administrativa del INDECOPI en el mes de diciembre del 2006, conforme se advierte del escrito de fojas 6 de autos. **Consecuentemente**, habiendo recurrido previamente a la vía administrativa antes indicada, se advierte que la parte actora no ha agotado las vías previas, dado que correspondía agotar dicha instancia administrativa y, de lo resuelto de ser adverso a sus intereses, recurrir a la vía contenciosa administrativa conforme lo establece el artículo 148° de la Constitución Política del Estado; en este orden de hechos los extremos de la demanda de publicidad engañosa debe ser desestimada, en aplicación del artículo 5° inciso 2) y 4) del Código Procesal Constitucional.

SEXTO.- Con respecto a la publicidad con contenido discriminatorio por convocar exclusivamente a niños de características caucásicos -tez blanca- que menoscaba la consolidación de la identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos.

6.1.- Conforme es de verse del punto 4 de los fundamentos de hechos de la **contestación** de la demanda efectuada por Gloria S.A señala.... *el demandante sostiene que la publicidad de GLORIA sería discriminatoria por motivo de raza, al presentar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos. Sin embargo, ello no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación... Aun en el supuesto que la publicidad de GLORIA haya convocado "casi exclusivamente" a personas de características caucásicas - como lo señalara el demandante- ello no implica de ninguna manera, la exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas.*

6.2.- De dicha afirmación conlleva a inferir que, en efecto la publicidad efectuada por la demandada GLORIA S.A. con respecto a su producto de Leche Gloria, se promociona con personas de las características que indica el demandante. **Siendo así**, es pertinente señalar, si en efecto, la publicidad comercial a nivel nacional de un producto eminentemente esencial (leche) que sirve para la alimentación de la población en etapa escolar (menores de edad) efectuada por la demandada Gloria S.A. con personas de características y rasgos caucásicos (tes blanca), es o no discriminatorio en relación al común de los rasgos de la mayoría de los peruanos (mestizos).

6.3.- Que, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, entiende por discriminación a: *"toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas"*. Las normas internacionales como la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, obligan a los Estados a adoptar las "medidas efectivas para revisar las políticas gubernamentales nacionales y locales, y para enmendar, derogar o anular las leyes y las disposiciones reglamentarias que tengan como consecuencia crear la discriminación racial o perpetuarla donde ya exista" (artículo 2° inciso 1 literal c).

6.4.- Para calificar como discriminatorio un determinado acto resulta necesario identificar la concurrencia de los tres elementos características concurrentes: (1) la

PODER JUDICIAL
MARCÓ ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC -
CENTRO SUPERIOR DE JUSTICIA

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
1986 2005 1991 2000

existencia de un trato diferenciado o desigual, (2) fundado en un motivo o razón prohibida por el derecho y (3) que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho. El derecho a la no discriminación es un derecho relacional, esto es, que no cabe la vulneración del mismo en abstracto, sino en relación con otro u otros derechos. En tal sentido, para que un acto sea vulneratorio del derecho a la no discriminación es necesario que se produzca la afectación o la posibilidad de afectación de algún derecho, o la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato.

6.5.- La discriminación no se configura únicamente a partir de la desigualdad o diferencia en el trato. No todo trato distinto o desigual conlleva necesariamente la vulneración de la regla de igualdad o configura una discriminación, ya que existen tratos diferenciados justificados que se fundan en una razón objetiva y razonable. El Tribunal Constitucional¹, ha señalado que: la noción de igualdad ante la ley no se refiere con la existencia de normas diferenciadoras, a condición de que se acredite: a). La existencia de distintas situaciones de hecho y, por ende, la relevancia de la diferenciación. b). La acreditación de una finalidad específica y legítima, basada en una justificación objetiva y razonable. c). La existencia de razonabilidad, es decir, su admisibilidad desde la perspectiva de los preceptos, valores y principios constitucionales. d). La existencia de proporcionalidad, es decir, que la consecuencia jurídica diferenciadora sea armónica y correspondiente con los supuestos de hecho y la finalidad. e). La existencia de racionalidad, es decir, coherencia entre los supuestos de hecho, el medio empleado y la finalidad que se persigue.

6.6.- Discriminar a un grupo social consiste en privarle de los mismos derechos que disfrutaban otros grupos sociales. Es un fenómeno de relaciones intergrupales, de relaciones entre diversos grupos sociales, y tienen sus raíces en la opinión que un grupo tiene sobre otro. Los grupos en cuestión pueden ser parte interna de otra sociedad mayor (mujeres, ancianos, pobres, homosexuales...), o pueden ser un elemento externo (extranjeros, emigrantes, etc.). El Tribunal Constitucional² en cuanto al principio de igualdad ha señalado. *"El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución. Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.° 0001-2003-AI/TC y N.° 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que "(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)" "(...) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es 'tratar igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la **colectividad en general**, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución"*.

6.7.- En el caso concreto de autos, la parte actora alega que la demandada GLORIA S.A., convoca casi exclusivamente a niños, jóvenes y adultos de características étnicas (caucásicos) propias de otras sociedades y culturas, representando una taimada forma de discriminación racial, "Discriminación Indirecta", considerando que la mayoría de la población del Perú esta conformada por habitantes de características indígenas y mestizas y, por ende, la mayoría de consumidores del producto leche Gloria es esta población... Al respecto la

¹ Expediente N° 0018-2003-AI/TC.

² Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento 15, primer párrafo.

PODER JUDICIAL
MÁRCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
CUARTO MINISTRO

PODER JUDICIAL
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL, MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Discriminación indirecta

jurisprudencia suele distinguir dos tipos de discriminación: directa e indirecta, dependiendo de la evidencia de las conductas discriminatorias. La **discriminación directa** consiste en diferenciar injustificada o arbitrariamente a una persona en función de ciertas características como la raza, el sexo, la religión, entre otros motivos, las que no se encuentran vinculadas directamente con sus capacidades. Ejemplo la restricción impuesta del acceso a un establecimiento abierto al público por tener determinados rasgos físicos. La **discriminación indirecta** se presenta cuando a partir de tratamientos aparentemente neutrales o formalmente no discriminatorios se generan, en la práctica, consecuencias perjudiciales para determinada persona o grupo de personas. El Comité Europeo sobre Derechos Humanos, señala en cuanto a la discriminación indirecta: "El Comité recuerda que en el artículo 26 se prohíbe la discriminación directa e indirecta, y que la indirecta se refiere a una regla o medida que aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero que, con todo, da lugar a discriminación por su efecto adverso exclusivo o desmedido para una categoría de personas. Ahora, una distinción sólo constituye una discriminación prohibida en el artículo 26 del Pacto si no se debe a criterios objetivos y razonables.". (Dictamen del Comité de Derechos Humanos emitido a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comunicación N° 976/2001: Netherlands. 15/06/2004. CCPR/C/80/ D/976/2001 (Derksen vs. Países Bajos), párrafo 9.3.³ **Siendo así**, de las pruebas compulsadas, obrantes a fojas 13 y 14 de autos, se presenta la publicación de APRODEH, según la Coordinadora, señala en los párrafos de dicha publicación que: ... ninguno de los comerciales televisivos o en los afiches de prensa de los productos Gloria que se usaron en las campañas aparece una sola persona con rasgos andinos o mestizos a pesar que sus productos se venden en todo el país de manera masiva. Definitivamente no es una cuestión de público objetivo. No obstante ello, la empresa Gloria S.A. en el numeral 4 de los fundamentos de hechos de la contestación de demanda, alega que la pretensión incoada sobre estos extremos, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación. Sin embargo, también (sin negar ni refutar) aduce que en el supuesto que haya convocado... a personas de características caucásicas...ello no implica de ninguna manera, la exclusión o connotación negativa respecto a otras razas.

Esto no es discriminación

6.8.- Que, aún cuando físicamente no se haya presentado al expediente la publicidad que se cuestiona, sin embargo de las afirmaciones de la demanda y pruebas documentales anexadas, y la afirmación de la empresa Gloria S.A. al señalar que aún cuando haya convocado en sus publicidades a personas con características caucásicas, no implica la exclusión o connotación negativa respecto a otras razas, tal declaración que se tiene como asimilada en aplicación del artículo 221° de la Código Procesal Civil, conlleva a inferir que en efecto la empresa accionada, si efectúa la publicidad de su producto de consumo masivo con personas de las características físicas que se denuncia. Siendo así, la publicidad que hace Gloria S.A. conlleva una discriminación indirecta puesto que si bien aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero tratándose de un producto lácteo de consumo masivo como es la leche, publicitada a través de la televisión de alcance nacional, produce un efecto adverso y desmedido para una categoría de personas, en el caso que nos ocupa de los menores de edad, destinatario principal, quienes no van a comprender las razones subjetivas del comerciante, para calificar que dicha publicidad, conlleva un trato diferenciado o desigual, el motivo o razón prohibida por las normas (raza, identidad étnica o cultural, o de cualquier otra

³http://www.amdh.org.mx/mujeres3/biblioteca/Doc_basicos/1_instrumentos_universales/6%20Resoluciones%20de%20casos%20de%20los%20comites%20del%20sistema%20universal/46.pdf

PODER JUDICIAL
 MARCO ANTONIO SANCHEZ NAVARRO
 JUEZ

PODER JUDICIAL
 PAUL B. ORTEGA RIVERA
 ESPECIALISTA LEGAL
 JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL MCC
 JUSTICIA DE LIMA NORTE

238
21
[Handwritten signature]

índole); y el objetivo o un resultado que anule o menoscabe el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho. **Por tanto**, es que a través del accionante, quien se encuentra legitimado de actuar desde el punto de vista de los intereses difusos, quien denuncia el acto y/o conducta discriminatoria de la demandada; en el entendido que la Constitución del Estado consagra este derecho en el artículo 2º inciso 2), prohibiendo toda forma de discriminación por razones de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole; dispositivo constitucional que protege preponderantemente un aspecto esencial de la dignidad humana. No resultando admisible crear diferencias basadas en criterios prohibidos que restrinjan la igualdad de oportunidades, derechos y libertades. **Asimismo**, estando a que la fecha de la emisión de la presente resolución, no se ha probado que la publicidad que se cuestiona se encuentre en difusión, debe resolver conforme al segundo párrafo del artículo 1º del Código Procesal Constitucional.

6.9.- En este orden de hechos, se advierte que la demandada, no toma en cuenta para la publicidad de sus productos, las disposiciones Constitucionales, que prohíben la discriminación **de cualquier índole**, como es la exclusión de un grupo mayoritario de peruanos, cuya nación es multiétnica, la empresa demandada, está en la obligación de coadyuvar a la cohesión social, evitando consecuencias perjudiciales en diversos aspectos de la identidad de las personas en formación, como son los menores de edad y su posibilidad de desarrollo personal sin ningún perjuicio o menoscabo psicológico; no verificándose que exista una razón objetiva que justifique el trato diferenciado por el cual no se comprenden en las publicidad de sus productos comerciales a personas preponderantemente de rasgos multiétnicos, más por el contrario conforme a la declamación asimilada de la empresa accionada, su actuar se sustenta en razones meramente subjetivas e injustificadas; y no así inspiradas en el establecimiento y preservación del bien común y el bienestar social, presupuesto fundamental en la construcción del Estado democrático de Derecho; corresponde estimarse en parte la demanda .

Por tales consideraciones, normas legales acotadas, con valoración de las pruebas esenciales, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17º y 53º del Código Procesal Constitucional; el Juez del Cuarto Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Lima Norte, a nombre de la Nación:

IV.- HA RESUELTO:

Declarar FUNDADA en parte la demanda de amparo de fojas quince a veintiuno. En consecuencia la demandada empresa Gloria S.A debe comprender en su publicidad comercial, a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda. Correspondiendo al INDECOPI cautelar los derechos fundamentales que garantizan la no discriminación, en los términos de la presente sentencia y conforme a la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes, contra persona o entidad que lo infrinja. E IMPROCEDENTE respecto a los extremos de la publicidad engañosa imputada a la empresa Gloria S.A. En los seguidos por JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, contra EMPRESA GLORIA S.A. y el INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (INDECOPI) sobre Acción de Amparo. Notifíquese y publíquese conforme a ley.-

PODER JUDICIAL
[Handwritten signature]
MARCÓ ANTONIO SÁNCHEZ NAVARRO
JUEZ
CUARTO JUZGADO CIVIL ESPECIALIZADO - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL
[Handwritten signature]
PAUL B. ORTEGA RIVERA
ESPECIALISTA LEGAL
4º JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CIVIL - MCC
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

PODER JUDICIAL
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
 CENTRO DE DISTRIBUCION DE JUSTICIA - C90
 09 NOV 2011
 RECIBIDO
 VENTANILLA 16
 FIRMA
 HORA

Expediente N°: 00351-2007
 Sumilla: **Apelación**

SEÑOR JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE:

Samuel B. Abad Yupanqui, abogado con Registro CAL N° 13963, por mi patrocinada **GLORIA S.A. (en adelante, GLORIA)**, en los seguidos por **JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE (en adelante, el SR. LINARES)**, sobre **PROCESO DE AMPARO**, ante usted con el debido respeto decimos:

I. PETITORIO:

Que, habiendo tomado conocimiento de la **sentencia de fecha 24 de octubre de 2011** (notificada a esta parte el **04 de noviembre de 2011**), que declaró **fundada en parte** la demanda de amparo presentada disponiendo que GLORIA comprenda en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la demanda; dentro del plazo establecido por el artículo 57 del Código Procesal Constitucional, y de acuerdo a lo regulado por los artículos 355 y demás pertinentes del Código Procesal Civil - supletoriamente aplicables de acuerdo al artículo IX del Código Procesal Constitucional-, **INTERPONEMOS RECURSO DE APELACIÓN ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE CONTRA EL CITADO EXTREMO ESTIMATORIO** de la sentencia, **SOLICITANDO** que, tras concederse dicho recurso, se eleve a la Sala Superior a la brevedad posible, a fin de que ésta sea **REVOCADA** declarándose **IMPROCEDENTE** o, subsidiariamente, **INFUNDADA** la demanda **en ése extremo**, de acuerdo con los fundamentos que a continuación se exponen.

II. BREVES ANTECEDENTES RELEVANTES

1. GLORIA es una empresa que se dedica a la producción y comercialización de productos alimenticios, principalmente lácteos, caracterizándose por tener los más altos estándares de calidad.

2. El SR. LINARES inició el presente proceso de amparo contra GLORIA alegando que nuestra publicidad afecta el derecho a la no discriminación por motivo social y racial. Para ello, sostiene que ésta contiene un alto sentido de menosprecio a las personas de baja estatura y que muestra casi exclusivamente a niños de características caucásicas. Además, sostiene que nuestra publicidad es engañosa, pues el consumo de leche no contribuye al crecimiento de los niños, generando en ellos falsas ideas y expectativas.
3. Asimismo, el SR. LINARES dirige su demanda contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Producción de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, por supuestamente tener una actitud impasible ante la divulgación de publicidades de contenido discriminatorio.
4. En su sentencia, el Juzgado ha establecido con claridad que la demanda de amparo resulta **IMPROCEDENTE** respecto de los extremos de publicidad engañosa imputada a GLORIA y **FUNDADA EN PARTE** disponiendo que GLORIA debe comprender en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos.

III. PRECISIÓN DEL ERROR CONTENIDO EN EL EXTREMO DE LA SENTENCIA IMPUGNADA:

1. Como hemos indicado, la sentencia declaró fundada en parte la demanda interpuesta y, en consecuencia, dispuso **que GLORIA comprenda en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la misma.** Se basó para ello en el segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional¹.

¹ **"Artículo 1.- Finalidad de los Procesos**
Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.
Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".
 (689256.DOCX.1)2

2.

El Juzgado llegó a la equivocada conclusión que reconoce parcialmente tutela al demandante al analizar en su sexto considerando lo referente a la **"publicidad con contenido discriminatorio por convocar exclusivamente a niños de características caucásicas - tez blanca- que menoscaba la consolidación de la identidad socio cultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos"**. La sentencia en el referido considerando sostuvo lo siguiente:

"6.8.- Que, aún cuando físicamente no se haya presentado al expediente la publicidad que se cuestiona, (...). Siendo así, la publicidad que hace Gloria S.A. conlleva una discriminación indirecta puesto que si bien aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero tratándose de un producto lácteo de consumo masivo como es la leche, publicitada a través de la televisión de alcance nacional, produce un efecto adverso y desmedido para una categoría de personas, en el caso que nos ocupa de los menores de edad, destinatario principal, quienes no van a comprender las razones subjetivas del comerciante, para calificar que dicha publicidad, conlleva un trato diferenciado o desigual, (...) Asimismo, estando a que la fecha de la emisión de la presente resolución, no se ha probado que la publicidad que se cuestiona se encuentre en difusión, debe resolver conforme al segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

6.9.- En este orden de hechos, se advierte que la demandada, no toma en cuenta para la publicidad de sus productos, las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación de cualquier índole, como es la exclusión de un grupo mayoritario de peruanos, cuya nación es multiétnica, la empresa demandada, está en la obligación de coadyuvar a la cohesión social, evitando consecuencias perjudiciales en diversos aspectos de la identidad de las personas en formación, como son los menores de edad y su posibilidad de desarrollo personal sin ningún perjuicio o menoscabo psicológico; no verificándose que exista una razón objetiva que justifique el trato diferenciado por el cual no se comprenden en las publicidad de sus productos comerciales a personas preponderantemente de rasgos multiétnicos, (...)" (énfasis agregado).

3.

Como se puede apreciar, el Juzgado considera que existe un supuesto de discriminación indirecta pese a reconocer que físicamente no se ha presentado al expediente la cuestionada publicidad y que tampoco se ha probado que a la fecha de la emisión de la referida sentencia la cuestionada publicidad se encontraba siendo difundida. Es decir, el Juez presume la existencia de un agravio sin que exista la prueba suficiente que pueda acreditarlo.

4. Consideramos que el Juzgado incurrió en un manifiesto error en el citado extremo de su sentencia, **toda vez que sin mayores pruebas declaró fundada en ése extremo la demanda interpuesta, disponiendo que GLORIA comprenda en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de peruano.** Por tal motivo, el citado extremo de la sentencia deberá ser revocado en su oportunidad por el superior jerárquico, declarando la demanda presentada **IMPROCEDENTE** o subsidiariamente **INFUNDADA en el extremo antes mencionado.** El referido extremo de la sentencia vulnera nuestros derechos al debido proceso y a una tutela judicial efectiva al declarar fundada la demanda sin que exista prueba alguna que el agravio alegado.

IV. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES DEBE REVOCARSE PARCIALMENTE LA SENTENCIA APELADA Y DECLARARSE IMPROCEDENTE O SUBSIDIARIAMENTE INFUNDADA LA DEMANDA EN EL EXTREMO IMPUGNADO:

EL PROCESO DE AMPARO CARECE DE ESTACIÓN PROBATORIA QUE PERMITA EVALUAR EL SUPUESTO ACTO LESIVO ALEGADO POR EL DEMANDANTE. ADEMÁS, NO SE HA PROBADO LA VULNERACIÓN NI SE HA PRESENTADO LA PUBLICIDAD QUE SUPUESTAMENTE RESULTA DISCRIMINATORIA. PESE A ELLO EL JUZGADO DECLARA FUNDADO ESE EXTREMO DE LA DEMANDA.

1. Como es de vuestro conocimiento, la prueba consiste en *"la actividad de las partes encaminada a convencer al Juez de la veracidad de unos hechos que se afirman existentes en la realidad"*². De esta manera, **el demandante tiene la carga de la prueba, debiendo probar la vulneración que alega.** Así lo ha entendido el Tribunal, por ejemplo, en la STC N° 04762-2007-PA/TC, FJ 8 al considerar que *"el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, (...)"*. Asimismo, ha establecido que *"en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta."* (STC N° 04762-2007-PA/TC, FJ 11).

² CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; ALMAGRO NOSETE, José; GIMENO SENDRA, Vicente y Víctor MORENO CATENA. "Derecho procesal". Cuarta edición. Tomo I, Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989. p. 373.

2. Sin embargo, en el presente caso el SR. LINARES **NO DETERMINA, SI QUIERA, QUÉ PUBLICIDAD DE GLORIA TIENE UN CONTENIDO DISCRIMINATORIO.** En efecto, el demandante no identifica cuál es la publicidad vulneratoria, en qué fecha se publicó o en qué medios de comunicación. Es decir que, se trata de una acusación absolutamente genérica. Ello resulta aún más grave si tenemos en cuenta que nuestra empresa ha tomado conocimiento del presente proceso de amparo cuatro años después de interpuesta la demanda, por lo que no nos encontramos en la capacidad de identificar cuál sería la publicidad que cuestiona el demandante.

3. De esta manera, nos preguntamos **¿CÓMO HA PODIDO EL JUZGADO ANALIZAR SI LA PUBLICIDAD DE GLORIA ES DISCRIMINATORIA, CUANDO NO SE HA CUMPLIDO SI QUIERA CON IDENTIFICAR QUÉ PUBLICIDAD ES LA QUE SE CUESTIONA?** Como lo indica el considerando 6.8 de la sentencia el Juzgado considera que existe un supuesto de discriminación indirecta pese a reconocer que físicamente no se ha presentado al expediente la cuestionada publicidad y que tampoco se ha probado que a la fecha de la emisión de la referida sentencia la cuestionada publicidad se encontraba siendo difundida. Por ello, tampoco se justifica la aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional.

4. En efecto, el demandante no ha identificado la publicidad que resultaría vulneratoria. Más bien, ofreció como medio probatorio de su demanda que se ordene a la Televisión Nacional del Perú, canal 7, que presente todos los anuncios publicitarios de GLORIA en el año 2007. Este pedido fue desestimado por el Juzgado mediante Resolución N° 04, del 25 de octubre de 2010, pues sostuvo que "(...) estando a que en el proceso de acción de amparo no existe etapa probatoria; Téngase presente los documentos adjuntados al momento de resolver".

Peor aún, en un escrito de fecha 14 de marzo de 2011, el demandante pretendió ampliar su petitorio, solicitando que se oficie a Abope Time Perú S.A. para que proporcione la publicidad televisiva de GLORIA por los años 2006, 2007 y 2008, es decir incluso en años posteriores a la presentación de la demanda. Sin embargo, tampoco identifica o describe la publicidad

243
[Handwritten signature]

vulneratoria. Se trata de una acusación absolutamente genérica que pretendía que el Juzgado solicite y analice todas las publicidades de nuestra empresa en tres años para determinar si alguna de ellas podría considerarse discriminatoria. Como se sabe, el proceso de amparo no contempla en sí una etapa probatoria donde puedan actuarse los medios probatorios existentes. En este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en constante jurisprudencia (por ejemplo, en la STC N° 692-99-AA/TC, F. J. 5), ha considerado que:

"de lo actuado se desprende que los hechos son evidentemente controvertibles y requieren de probanza para su dilucidación, lo que no es posible en los procesos constitucionales como el presente caso, que por su naturaleza especial y sumarísima, carecen de estación probatoria, (...). En consecuencia, la acción de amparo no es la vía idónea".

Por ello, el proceso de amparo no es la vía idónea para evaluar el supuesto acto lesivo alegado por el demandante.

5. Además, los medios probatorios presentados por el SR. LINARES no tienen la capacidad para probar la supuesta vulneración del derecho a la no discriminación, o el carácter engañoso de estos.

En principio, reiteramos que las cartas remitidas a GLORIA, presentadas como Anexo 1-B y 1-C de la demanda, no prueban ninguna vulneración, en tanto que se trata de cartas redactadas por el mismo demandante y su amigo el Sr. Juan Oshiro Oshiro (según él mismo sostiene). Asimismo, los anuncios del 21 y 22 de marzo de 2005, publicados en la página web de APRODEH, presentados como Anexo 1-I de la demanda, mediante los cuales se cataloga a GLORIA como la empresa más discriminadora, no constituye un medio probatorio pertinente, menos aún cuando ésta tampoco identifica a qué publicidad se refiere. Sin perjuicio de ello, el referido artículo únicamente alude a que GLORIA habría convocado a personas de características caucásicas para sus publicidades, pero en ningún momento afirma -como no podría hacerlo- que GLORIA haya mantenido una posición excluyente o negativa hacia un grupo de personas de otro origen racial o social.

Por otro lado, las mismas cartas del INDECOPI presentadas como Anexo 1-E y 1-G de la demanda (cartas N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI y 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI) evidencian que el órgano competente ya ha analizado las publicidades de GLORIA, habiendo concluido que no se habría vulnerado el derecho a la no discriminación.

6. La sentencia (considerando 6.8) cita la contestación de la demanda para pretender decir que GLORIA estaría afirmando que su publicidad se efectuaría con personas de las características físicas que se denuncia. Nada más falso. En la citada contestación de la demanda (párrafo 4, página 9) se indica claramente que la publicidad de GLORIA **"como lo señala el demandante"**, es decir, no es una afirmación de GLORIA sino precisamente de la parte demandante. Además, en nuestro escrito presentado al Juzgado con fecha 05 de setiembre del presente año (párrafo 6, página 6) se ratifica lo antes mencionado al indicarse que **"aun en el supuesto negado que GLORIA haya convocado casi exclusivamente a personas de características caucásicas"**. Es decir, como puede apreciarse el considerando 6.8 de la sentencia asume una afirmación como cierta que no ha efectuado GLORIA reconociéndole en forma indebida determinados efectos. Como hemos indicado, tal afirmación le corresponde al demandante.

7. Así las cosas, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte deberá revocar ese extremo de la sentencia y declararla improcedente o subsidiariamente infundada toda vez que el presente proceso no es la vía idónea para acreditar lo que pretende el demandante pues ello requeriría de una etapa probatoria de la cual carece el proceso de amparo. Por lo demás, tampoco el demandante ha cumplido con presentar los medios probatorios suficientes que demuestren que la publicidad de GLORIA resulta discriminatoria.

LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO PRODUCE EN ABSOLUTO UNA SUERTE DE DISCRIMINACIÓN INDIRECTA. LA DEMANDA EN ESE EXTREMO RESULTA INFUNDADA

245

Como es de vuestro conocimiento, la igualdad se constituye tanto como un principio básico de nuestra sociedad, como un derecho fundamental. Este se encuentra reconocido en nuestra Constitución de la siguiente manera:

"Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: (...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (...)".

Asimismo, se encuentra reconocido por diversos instrumentos internacionales suscritos por el Perú, como por ejemplo en los artículos 2.1 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros.

2. Así pues, la igualdad "es un principio-derecho que instala a las personas, situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia"³. De esta manera, no se podrán establecer excepciones o privilegios que excluyan a una persona o un grupo de personas, cuando se encuentren en iguales condiciones.

3. Pues bien, como es de vuestro conocimiento, **la "discriminación" tiene una connotación negativa e implica la exclusión arbitraria**. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha referido a la no discriminación de la siguiente manera:

"El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa".

4. En el mismo sentido, el propio demandante ha sostenido en el punto 15 de su demanda que la discriminación negativa exige los siguientes presupuestos: "1) Que exista un rechazo, desprecio, expreso o tácito, por acción u omisión, del Estado o de cualquier persona; 2) Que el rechazo se dirija contra una característica natural o adquirida del ser humano (edad, sexo, raza, religión,

³ Sentencia del Tribunal Constitucional N° 3533-2003-AA/TC, de fecha 27 de octubre de 2004.

246

opinión, cultura, idioma, apariencia física, etc.); 3) Que la víctima forme parte de un grupo vulnerable de personas discriminadas o "discriminables", es decir, que tienen características naturales y/o adquiridas que den lugar al rechazo en determinadas circunstancias históricas, particulares de una sociedad; 4) Que no existe justificación legal para discriminar a esa persona o grupo de personas".

5. Pues bien, en el presente caso, **LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO TIENE UNA CONNOTACIÓN NEGATIVA RESPECTO A NINGUNA PERSONA.** En efecto, **NO EXISTE NINGUNA ACTITUD DE RECHAZO O DESPRECIO A NINGUNA PERSONA EN NUESTRA PUBLICIDAD, POR LO QUE ÉSTA NO PUEDE CONSIDERARSE DISCRIMINATORIA.**

6. Además, tampoco es cierto que la publicidad de GLORIA convoque casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos, sino que nuestra publicidad incluye a un universo de personas de distintas razas y condición social.

7. El propio **INDECOPI**, órgano competente para promoción del mercado y protección de los derechos de los consumidores, **ya ha señalado que no existe una vulneración al principio de no discriminación en la publicidad de nuestra empresa.** Así, el INDECOPI respondió a las denuncias del SR. LINARES mediante la Carta N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de 2007 sosteniendo que:

"Con fecha 7 de febrero de 2007, la Comisión tomó conocimiento de su solicitud y acordó informarle que, en su oportunidad, no había apreciado que existiera inadecuación entre el principio de no discriminación contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y el anuncio del producto "Leche Gloria" sometido a su consideración. A criterio de la Comisión, las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias".

8. Así las cosas, resulta evidente que nuestra publicidad no resulta discriminatoria, por lo que deberá declararse infundada la demanda en este extremo.

247

AGRAVIO:

El extremo de la sentencia impugnado en la presente apelación afecta nuestro derecho al debido proceso y a una tutela procesal efectiva, en la medida que, en base al error que hemos precisado, el Juez afirma que GLORIA no toma en cuenta para la publicidad de sus productos, las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación de cualquier índole, como es la exclusión de un grupo mayoritario de peruanos, cuya nación es multiétnica, y por ello declara fundada en parte la demanda, pese a que no existe prueba alguna en el expediente que así lo demuestre.

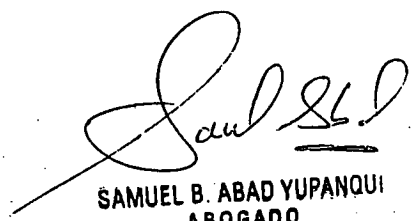
POR TANTO:

A USTED SEÑOR JUEZ PIDO: Se sirva conceder el presente recurso de apelación y darle el trámite de ley.

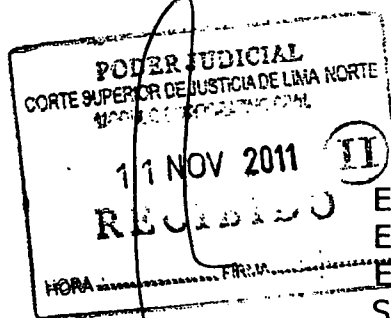
PRIMER OTROSÍ DIGO: Que, el presente escrito se tramita de acuerdo a las facultades otorgadas por mi patrocinada debidamente concordadas con el artículo 290 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO OTROSÍ DIGO: Que, adjuntamos copias suficientes del presente escrito, debidamente firmadas.

Lima, 09 de noviembre de 2011



SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
ABOGADO
C.A.L. 13963
Estudio Echeopar



Expediente: 351-2007
Especialista: Raúl Ortega
Escrito: 06

SUMILLA: Solicito Aclaración de Sentencia.

SEÑOR JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL DE LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, en el proceso constitucional de Amparo seguido contra la Empresa Leche Gloria S.A. y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI., a usted respetuosamente me presento y digo:

Que, al amparo del artículo 406 del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso, solicito Aclaración de la Sentencia, Resolución número CATORCE, de fecha 24 de octubre de 2011, que declara fundada en parte mi demanda de amparo, por discriminación social, racial y publicidad engañosa y actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva.

Amparo la presente Apelación en los siguientes fundamentos:

PRIMERO.- Que he sido notificado con la SENTENCIA que declara FUNDADA EN PARTE mi demanda de Amparo, señalando que la empresa Gloria S.A. debe comprender en su publicidad comercial, a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda. Correspondiendo al INDECOPI cautelar los derechos fundamentales que garantizan la no discriminación, en los términos de la presente sentencia y conforme a la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes, contra persona o entidad que lo infrinja. E IMPROCEDENTE respecto a los extremos de la publicidad engañosa imputada a la empresa Gloria S.A.

SEGUNDO.- Que, como se puede advertir de los FUNDAMENTOS de la Sentencia, específicamente del primer párrafo del FUNDAMENTO SEGUNDO, el petitorio de mi demanda comprende básicamente tres aspectos: el cese de la publicidad con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja (niños, adolescentes); el cese de la convocatoria para la publicidad de los productos de la empresa demandada, a personas de características étnicas caucásicas (tez blanca, cabello rubio, ojos claros) que refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos; y el cese del contenido engañoso de la publicidad de la empresa demandada, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños.

TERCERO.- Que, de los fundamentos precedentes y del contenido de la demandada y demás argumentos vertidos en el proceso, se tiene que la discriminación social y racial,

255

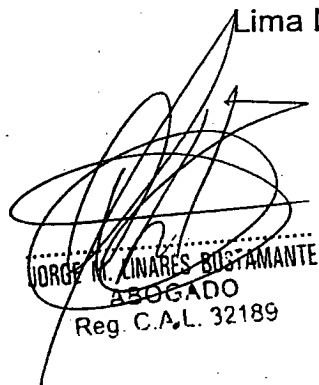
y la publicidad engañosa, sólo han sido parcialmente ponderados en la sentencia recurrida así como resueltos en la misma. Observándose que el primer extremo de la demanda, discriminación social hacia las personas de estatura baja en la publicidad de la empresa demandada, no ha sido considerado ni resuelto en la sentencia recurrida.

CUARTO.- Que, el extremo de la discriminación por la estatura se ha subsumido en el extremo de las falsas propiedades del producto, en el sentido del contenido engañoso de la publicidad de la empresa demandada y a la actitud impasible de INDECOPI, la institución estatal obligada a garantizar la no afectación de los derechos fundamentales en la publicidad, declara IMPROCEDENTE, pese a que se puede determinar que la instancia administrativa ya se pronunció y resolvió negativamente mis solicitudes en este sentido. Así, el tema materia de la presente demanda radica en que el contenido de la publicidad de la empresa demandada y la actitud impasible de la institución estatal encargada de la protección de los derechos fundamentales, a afectado durante todos estos años a las personas de estatura baja, o mas claramente a las personas de estatura promedio en nuestro país. Siendo que la estatura de las personas esta esencialmente determinada por factores genéticos (sino como se entendería que en los países mas pobres de África, se observe a personas con estatura promedio alta). Y por otra parte, no es lógicamente comprensible que predomine la idea que ser de estatura baja, significa una connotación negativa hacia las personas. Por lo que la sentencia debió pronunciarse separadamente de los extremos de la demanda respecto a la discriminación social por la estatura en la publicidad, por un lado, y por otro, sobre las incidencias engañosas del producto de la empresa demandada.

POR TANTO:

Solicito proveer el presente escrito conforme a ley.

Lima Norte, 11 de noviembre de 2011.


JORGE M. CÁRDENAS BUSTAMANTE
ABOGADO
Reg. C.A.L. 32189

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE
MODULO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL
11 NOV 2011
RECIBIDO
HORA

ESPECIALISTA : ORTEGA RIVERA
EXPEDIENTE : 0351-2007
CUADERNO : PRINCIPAL
ESCRITO : 2
SUMILLA : APELACION

2578
original

AL JUEZ DEL CUARTO JUZGADO CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCION DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL - INDECOPI, con RUC 20133840533, debidamente representado por su Apoderado, Dr. Ronald Moisés Gastello Zárate, según poder que obra en autos, en el proceso de amparo seguido por **JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE**, a ustedes atentamente decimos:

Que habiendo sido notificados con la Resolución N° 14, con fecha 8 de noviembre del 2011, encontrándonos dentro del plazo de Ley, procedemos a interponer **Recurso de Apelación**, por las consideraciones que a continuación expondremos, las mismas que pondrán en evidencia los errores incurridos en la Sentencia.

Estamos impugnando la citada Resolución en tanto ha resuelto lo siguiente:

- Declarar FUNDADA en parte la demanda de amparo de fojas quince a veintiuno. En consecuencia la demandada Empresa Gloria S.A. debe comprender en su publicidad comercial, a personal multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda. Correspondiendo al INDECOPI cautelar los derechos fundamentales que garantizan la

no discriminación, en los términos de la presente sentencia y conforme a la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes, contra persona o entidad que lo infrinja.

- IMPROCEDENTE respecto a los extremos de la publicidad engañosa imputada a la empresa Gloria S.A. en los seguidos por JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, contra Empresa Gloria S.A. e INDECOPI sobre acción de amparo.

No encontrando arreglada a Ley la referida Resolución, en el extremo que declaró fundada en parte la demanda, al amparo de lo dispuesto por el artículo 57° del Código Procesal Civil, interponemos contra ella **RECURSO DE APELACION** en virtud a los fundamentos siguientes:

I. **ERRORES CONTENIDOS EN LA RESOLUCIÓN APELADA.**

1. **ERRORES DE HECHO**

A. **Afectación del Principio de Congruencia y defectos en la motivación**

1. Como vuestra Sala podrá verificar de autos, en nuestro escrito de contestación de demanda, bajo el apartado II, sobre "La improcedencia de la presente demanda", acápite II.1. y II.2, solicitamos expresamente al Juzgado se declare improcedente la demanda, al tomar en cuenta que se configuró: i) la improcedencia por falta de agotamiento de la vía administrativa, y; ii) que el proceso de amparo no es la vía procesal idónea a fin de discutir la presunta inercia u omisión de la administración pública.

Al respecto reseñaremos lo dicho en nuestro escrito de contestación de demanda para que vuestra Sala pueda apreciar la importancia de los fundamentos omitidos al momento de emitir la sentencia materia de impugnación.

1. Respecto a la improcedencia por falta de agotamiento de la vía administrativa señalamos que de conformidad con lo establecido en el artículo 45º del Código Procesal Constitucional, el amparo sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. Asimismo, la exigencia del agotamiento de las vías previas se justifica en la medida que los procesos constitucionales como el amparo, tienen carácter de urgentes, vías de ultima ratio, a las cuales sólo es preciso acudir cuando no existen otros mecanismos con los cuales satisfacer, resguardar o evitar la afectación al contenido esencial del derecho constitucionalmente protegido.
2. Además, señalamos que si bien el artículo 46º del citado Código contempla supuestos excepcionales en virtud a los cuales procede acudir al amparo sin antes agotar la vía previa, dichos supuestos constituyen, como su propio nombre lo señala, excepciones a la regla general que, además, tienen que ser acreditados por quien acude a dicho proceso constitucional.
3. Como vuestra Sala podrá apreciar, al acudir al presente amparo para discutir si la autoridad administrativa de primera instancia debió iniciar un procedimiento de oficio contra Gloria, desconoce la esencia de proceso constitucional urgente y residual que caracteriza al amparo, puesto que,

en el propio ámbito administrativo, existen mecanismos para que el administrado pueda hacer valer su derecho.

Al respecto, solicitamos a la Sala tener en consideración lo establecido en el artículo 16° del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, según el cual en asuntos de competencia de cualquiera de los órganos funcionales del INDECOPI, no puede recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Dicho artículo entiende agotada la vía administrativa sólo cuando se obtiene la correspondiente resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

- 5. En efecto, el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 807¹ contempla la posibilidad de los administrados de interponer una denuncia administrativa conforme a los requisitos contenidos en el TUPA:

“Artículo 23.- El procedimiento ante el órgano funcional correspondiente podrá iniciarse a pedido de parte o de oficio. El procedimiento se inicia de parte mediante la presentación de una solicitud dirigida al Secretario Técnico de la Comisión conteniendo los requisitos establecidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del INDECOPI. El procedimiento se inicia de oficio por decisión de la Comisión o del Secretario Técnico, en este último caso con cargo de dar cuenta a la Comisión.”

- 6. Por su parte el artículo 14° literal a) del Decreto Ley N° 25868, contempla como función del Tribunal conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos que ponen fin a la instancia, causen indefensión o determinen la imposibilidad

¹ Este dispositivo regulaba el procedimiento administrativo en la fecha en que se suscitaron los hechos materia del presente proceso.

de continuar el procedimiento, emitidos por Comisiones, Secretarías Técnicas o Directores de la Propiedad Intelectual, según corresponda.

- 7. En ese orden de ideas, antes de acudir al presente proceso constitucional de amparo, el señor Linares tuvo que agotar debidamente la vía administrativa al interior del INDECOPI y, para ello, debió interponer formalmente su denuncia administrativa, y de ser el caso, apelar el pronunciamiento de la Comisión ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI

- 8. Respecto de que el proceso de amparo no es la vía procesal idónea a fin de discutir la inercia u omisión de la administración pública, como es de conocimiento de vuestra Sala, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º, numeral 2) del Código Procesal Constitucional, no proceden los procesos constitucionales cuando existen contempladas vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado.

- 9. Precisamente, para impugnar judicialmente la presunta inercia u omisión de la administración pública, se encuentra contemplada la vía del proceso contencioso administrativo. Así, el artículo 4º del TUO de la Ley N° 27584, al referirse a las actuaciones impugnables en dicho proceso, señala lo siguiente:

“Artículo 4º.- Actuaciones impugnables
Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:
 (...)

2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública (...).” (Énfasis añadido)

10. Resulta claro que lo que cuestiona el demandante, según sus propios términos contenidos en su petitorio, es la **“actitud impasible ante la propalación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva”**. Evidentemente el demandante se refiere a una inacción de parte de la administración pública, que encaja exactamente con el supuesto normativo antes anotado.

11. De esta manera, cualquier cuestionamiento a la inacción, inercia, actitud impasible, omisión, de la administración pública, necesariamente deben ser canalizadas a través de la vía procesal adecuada que, como hemos visto, es la del proceso contencioso administrativo, que es el escenario procesal establecido por el ordenamiento jurídico, y el más satisfactorio, para dilucidar este tipo de controversias. Recordemos que los procesos de amparo son procesos constitucionales urgentes, de carácter residual, que sólo proceden frente a agresiones evidentes a derechos constitucionales concretos, no siendo viables dichos procesos cuando existen contempladas en la legislación canales procesales específicos para la defensa y tutela de tales derechos.

12. Según podrá apreciarse de los considerandos de la Sentencia que apelamos, existe una mínima remisión a dichos fundamentos, sin embargo en el desarrollo de la sentencia misma y en la resolución de la misma no hay ninguna respuesta a los mismos. En efecto la resolución de la sentencia se limita única y exclusivamente a evaluar los temas de fondo relativos a la supuesta violación de los derechos constitucionales de la demandante, no pronunciándose respecto de nuestros argumentos sobre improcedencia.

13. Como es de verse, la **omisión de evaluación** de dicho extremo contenido en nuestra contestación de demanda, ha generado que en la Sentencia se haya emitido un pronunciamiento de mérito, cuando lo que debió haberse evacuado es primero un pronunciamiento en torno a la procedibilidad de la demanda, luego del cual, sólo en caso el Juzgado considerase que dicho extremo debería ser rechazado, podría pronunciarse sobre el fondo.
14. Como vuestra Sala conoce mejor, el principio de congruencia procesal cuya inobservancia es materia del recurso, establece que la actuación del órgano jurisdiccional debe circunscribirse a los temas controvertidos por las partes.

TICONA POSTIGO sostiene que "frente al deber de suplir o corregir la invocación normativa de las partes, existe la limitación impuesta por el principio de congruencia procesal para el juez, pues, éste solamente debe sentenciar según lo alegado por las partes (Secundum Allegatum et Probatum)".²

15. En este mismo sentido, la Sentencia de Casación expedida en la causa N° 2798-99-AREQUIPA, dictada con fecha 21 de enero del 2002 por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, establece en su segundo y tercer considerando lo siguiente:

"Segundo: El proceso civil se caracteriza porque en él se discuten relaciones jurídico privadas, dado que las partes que intervienen tienen la disponibilidad

² TICONA POSTIGO, Victor. Análisis y Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo I. Cuarta Edición. Editorial San Marcos. P, 57.

jurídico material de los derechos subjetivos en conflicto. Por ello se dice que el derecho procesal está regido por el principio dispositivo.

Tercero: La doctrina procesal predominante considera que tres son las notas esenciales del principio dispositivo: a) Que las partes son dueñas de los derechos e intereses materiales que se discuten en el proceso, y al tener poder de disposición sobre el derecho material ostentan también la plena titularidad del derecho de acción, por tanto a nadie se le puede obligar a pedir tutela judicial o a ejercitar su defensa ante los tribunales si no desea. Esto se concreta en el axioma «ne procedat iudex ex officio»; b) Las partes son dueñas absolutas de la pretensión y por ende de la continuación del proceso, pudiendo disponer de él a través de una serie de actos que pueden ocasionar la terminación del proceso, con sentencia o con anterioridad a ella, como es no impugnar, allanarse, transar, desistirse, etc.; c) Las partes vinculan mediante sus pretensiones la actividad decisoria del juez, quien tiene la obligación de resolver de modo congruente con respecto a la pretensión del actor y la resistencia del demandado, lo que se manifiesta en el aforismo «ne eat iudex ultra petita partium».

16. Bajo idéntica línea de criterio, con fecha 17 de Octubre del 2001 la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema expidió Sentencia de Casación en la causa N° 387-2001-CHINCHA; la cual fue publicada en El Peruano el día

266
✓

31 de mayo del 2002. En el segundo considerando de esta sentencia se ha establecido lo siguiente:

“La parte final del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil recoge el principio de congruencia, el cual implica el límite del contenido de una resolución judicial, debiendo ésta ser dictada de acuerdo con el sentido y alcances de las peticiones formuladas por las partes (...). En: Revista, Peruana de derecho Procesal, marzo de mil novecientos noventiocho, página quinientos setentiuno); de manera que el ad quem deberá resolver en función a los agravios de hecho y de derecho; y al fundamento de las pretensiones impugnatorias que hayan expuesto los recurrentes en sus escritos de apelación”.

17. En la parte resolutive de la sentencia, se guarda absoluto silencio sobre estos argumentos, habiendo el Juez de primera instancia omitido toda consideración a nuestros argumentos, lo que afecta el principio de congruencia, y con ello, nuestro derecho de defensa, al haber emitido un fallo que evita pronunciarse sobre argumentos muy puntuales respecto a la procedibilidad de la presente acción de amparo.

En virtud de lo expuesto, se pone en escena con total claridad que el A quo no ha observado el principio de congruencia procesal, al no haber procedido de modo congruente con respecto a la “resistencia del demandado”, esto es, respecto de nuestros argumentos de contestación de la demanda, que de haber sido tomados en cuenta hubieran dado lugar a un sentido diferente al fallo ahora apelado.

Por las consideraciones expuestas, consideramos que la sentencia afecta nuestro derecho al debido proceso, al no pronunciarse sobre todos los extremos de nuestra contestación de la demanda, lo cual nos coloca en un estado de indefensión.

Por las consideraciones vertidas, solicitamos al Superior Jerárquico se sirva anular lo dispuesto por el A-Quo y corrigiendo dicho pronunciamiento, se sirva declarar IMPROCEDENTE la demanda.

2. **ERRORES DE DERECHO**

1. En la Sentencia se resuelve: “declarar FUNDADA en parte la demanda de amparo de fojas quince a veintiuno. En consecuencia la demandada empresa Gloria S.A. debe comprender en su publicidad comercial, a personal multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda. Correspondiendo al INDECOPI cautelar los derechos fundamentales que garantizan la no discriminación, en los términos de la presente sentencia y conforme a la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes, contra persona o entidad que lo infrinja.(...)”

2. En el presente caso, podemos apreciar que no solamente no se habría motivado la parte resolutive de la sentencia acorde a los fundamentos expuestos en nuestra contestación afectando nuestro derecho al debido proceso tal como se señaló en el apartado anterior, sino que además estaría infringiendo normas sustantivas como lo dispuesto en el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 691 (disposición derogada por el Decreto Legislativo N° 1044), pero vigente al momento de la interposición de la

presente acción de amparo, que reconoce en la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (ahora Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal) las competencias de fiscalizar y sancionar los contenidos de una publicidad comercial a nivel nacional tomándose atribuciones que no le competen.

En efecto, el artículo 29 del Decreto Legislativo N° 691- Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor dispone lo siguiente:

“Artículo 29°.- A partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, todos los organismos integrantes del Estado quedan impedidos de aplicar sanciones en materia de publicidad comercial, debiendo denunciar ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal las infracciones a las normas de publicidad que conozcan en el área de su competencia, a fin de que este órgano proceda a imponer las sanciones que legalmente correspondan. Está prohibido el control previo de la publicidad en cualquier área o sector de la actividad económica sin excepción. La fiscalización de los anuncios, en todos los casos, sólo podrá realizarse con posterioridad a la difusión de éstos. Es nula cualquier sanción dispuesta por un órgano del Estado que contravenga lo señalado en el presente artículo.” (subrayado añadido)

3. En efecto el Juez de Primera instancia se estaría extralimitando en sus funciones y estaría determinando según sus propios criterios los posibles contenidos de una publicidad comercial, conminando a nuestra codemandada en realizarlos, en el caso específico “(...) comprender en su publicidad comercial, a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos(...)”. Dicho acto, no solo, como vimos, sería nulo debido a que la única Autoridad Administrativa que tiene la competencia de fiscalizar la publicidad en el mercado es el

269

Indecopi tal como se señalaba en el artículo arriba citado, sino que además atentaría contra otro principio que es el que no existe un control ex-ante de la publicidad comercial, debido a que la fiscalización de los anuncios siempre será posterior a su difusión, por lo que no se puede ordenar a una empresa como hacer una publicidad.

Bajo este contexto, solicitamos a vuestra Sala se sirva REVOCAR la apelada y en su oportunidad la declare IMPROCEDENTE.

II. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

Vuestra Sala se servirá apreciar de la sola lectura de la Resolución recurrida, que ésta causa agravio al INDECOPI, puesto que no se ha pronunciado sobre ciertos extremos de nuestra contradicción, no estando debidamente motivada, afectando con ello nuestro derecho a un debido proceso. Asimismo, desconoce las competencias fiscalizadoras y sancionadoras del INDECOPI sobre la difusión de la publicidad comercial en el territorio nacional.

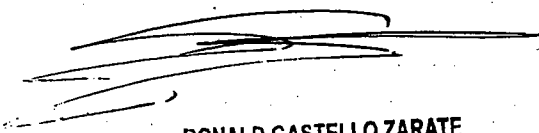
POR TANTO:

Sírvase el Juzgado, tener por interpuesto el presente Recurso de Apelación, remitiendo los actuados al Superior Jerárquico, instancia ante la cual esperamos alcanzar la revocatoria de la recurrida.

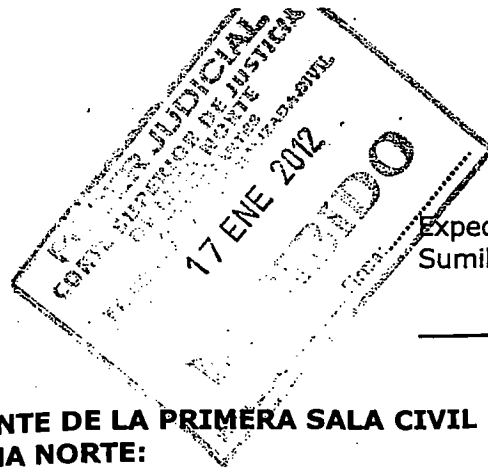
Lima, 11 de noviembre de 2011



RONALD GASTELLO ZARATE
ABOGADO
C.A.L. 30257



RONALD GASTELLO ZARATE
Apoderado
INDECOPI



FJS

285

Expediente N°: 00351-2007
Sumilla: **EXPRESIÓN DE AGRAVIOS**

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE:

Samuel B. Abad Yupanqui, abogado con Registro CAL N° 13963, por mi mandado **GLORIA S.A.** (en adelante, "GLORIA"), en los seguidos por **JORGE LINARES BUSTAMANTE** (en adelante, el "SR. LINARES"), sobre **RECURSO DE AMPARO**, ante usted con el debido respeto digo:

que, con fecha 13 de enero de 2012 fuimos notificados con la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2011, por lo que dentro del plazo establecido, **CUMPLIMOS EXPRESAR LOS AGRAVIOS** de nuestro recurso de apelación, en los términos en continuación pasamos a exponer:

BREVES ANTECEDENTES DEL PROCESO DE AMPARO

El SR. LINARES inició el presente proceso de amparo contra GLORIA y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, alegando que la publicidad de GLORIA vulnera el derecho a la no discriminación por motivo racial. Para ello, sostuvo que ésta muestra casi exclusivamente a niños con características caucásicas.

Además, el demandante sostuvo que la publicidad de GLORIA vulnera el derecho a la no discriminación por motivo social, contra las personas de baja estatura. Y, que ésta resulta engañosa.

Lo curioso es que **la demanda nunca identificó cuál era la publicidad de GLORIA que resultaba discriminatoria**, sino que se trataba de un pedido absolutamente genérico. Tanto es así que, la publicidad cuestionada no se encuentra en el expediente.

Por Resolución N° 14 de fecha 24 de octubre de 2011 (en adelante, la "RESOLUCIÓN IMPUGNADA"), el Cuarto Juzgado Civil de Lima Norte (en adelante, el "JUZGADO") declaró fundada en parte la demanda en el extremo

ZPA

artículo 221 del Código Procesal Civil, conlleva a inferir que en efecto, la empresa accionada sí efectúa la publicidad de su producto de consumo masivo con personas de las características físicas que se denuncia. Siendo así, la publicidad que hace Gloria S.A. conlleva una discriminación indirecta puesto que si bien aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero tratándose de un producto lácteo de consumo masivo como es la leche, publicitada a través de la televisión de alcance nacional, produce un efecto adverso y desmedido para una categoría de personas, en el caso que nos ocupa de los menores de edad, destinatario principal, quienes no van a comprender las razones subjetivas del comerciante, para calificar que dicha publicidad, conlleva un trato diferenciado o desigual, el motivo o razón prohibida por las normas (raza, identidad étnica o cultural, o de cualquier otra índole); y el objetivo o un resultado que anule o menoscabe el reconocimiento, ejercicio y goce de un derecho" (énfasis agregado).

Como se sabe, la prueba es "la actividad de las partes encaminada a convencer al Juez de la veracidad de unos hechos que se afirman en la realidad"¹. De esta manera, el demandante tiene la carga de la prueba, debiendo probar la vulneración que alega. Así lo ha afirmado también el Tribunal Constitucional, señalando que "el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión"².

En el presente caso, la publicidad que se cuestiona no se ha presentado al expediente. Peor aún, ni siquiera se ha identificado cuál es la supuesta publicidad vulneratoria³.

Entonces, ¿cómo el JUZGADO ha podido llegar a la conclusión que la publicidad de GLORIA es discriminatoria si no la ha visto?

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín; ALMAGRO NOSETE, José; GIMENO SENDRA, Vicente y Víctor MORENO CATENA. "Derecho procesal". Cuarta edición. Tomo I, Volumen I. Valencia: Tirant lo Blanch. 1989. p. 373.

Sentencia del Tribunal Constitucional N° 04762-2007-PA/TC, del 10 de octubre de 2008.

Cabe destacar que los medios probatorios presentados por el demandante no tienen la capacidad para probar la vulneración del derecho, puesto que éstos tampoco identifican la publicidad cuestionada. En principio, destacamos que las cartas remitidas a GLORIA, presentadas como Anexo 1-B y 1-C de la demanda, no prueban ninguna vulneración, en tanto que se trata de cartas redactadas por el mismo demandante y su amigo el Sr. Juan Oshiro Oshiro (según él mismo sostiene). Asimismo, los anuncios del 21 y 22 de marzo de 2005, publicados en la página web de APRODEH, presentados como Anexo 1-I de la demanda, mediante los cuales se cataloga a GLORIA como la empresa más discriminadora, no constituye un medio probatorio pertinente, menos aún cuando ésta tampoco identifica a qué publicidad se refiere.

Por otro lado, las mismas cartas del INDECOPI presentadas como Anexo 1-E y 1-G de la demanda (cartas N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI y 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI) evidencian que el órgano competente ya ha analizado las publicidades de GLORIA, habiendo concluido que no se habría vulnerado el derecho a la no discriminación.

287

Como se puede apreciar de la RESOLUCIÓN IMPUGNADA en el extremo citado,
EL JUZGADO RECONOCIÓ QUE EN EL EXPEDIENTE NO EXISTE NINGUNA PRUEBA FÍSICA SOBRE LA PUBLICIDAD CUESTIONADA. PEOR AÚN, ÉSTA NUNCA FUE IDENTIFICADA. ES DECIR QUE, EL JUZGADO NO HA ANALIZADO LA PUBLICIDAD.

Así, **EL JUZGADO HA DECLARADO FUNDADA EN PARTE UNA DEMANDA CONTRA GLORIA PESE A QUE EL JUZGADO NI SIQUIERA HA TENIDO LA OPORTUNIDAD DE VER LA PUBLICIDAD QUE SE CUESTIONA.** Por ello, estamos en presencia de una Resolución absolutamente arbitraria que vulnera los derechos al debido proceso de GLORIA.

El JUZGADO ha pretendido justificar su decisión señalando que GLORIA habría reconocido la discriminación. Sin embargo, **ello no es cierto**; sino que la frase citada por el JUZGADO se ha sacado del contexto. Como se puede apreciar del punto 4 de la página 9 del escrito de contestación, GLORIA señaló que:

"Por otro lado, el demandante sostiene que la publicidad de GLORIA sería discriminatoria por motivo de raza, al presentar casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos. Sin embargo, ello no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación. Y es que, en efecto y como el mismo demandante lo señala, la publicidad de GLORIA no conlleva ninguna connotación negativa respecto a ninguna raza. Aun en el supuesto que la publicidad de GLORIA haya convocado "casi exclusivamente" a personas de características caucásicas -como lo señalara el demandante- ello no implica de ninguna manera, la exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas" (énfasis agregado).

Como se puede apreciar, GLORIA nunca ha afirmado que su publicidad convoque casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos o que ésta fuera discriminatoria, porque **no lo es**. En dicha frase, GLORIA se refiere expresamente a lo señalado por el demandante, señalando que aún en el supuesto negado que ello fuera cierto, ello no conlleva una connotación negativa respecto a ninguna persona.

Así, la RESOLUCIÓN IMPUGNADA asume como cierta una afirmación que no ha efectuado GLORIA, reconociéndole en forma indebida determinados efectos.

288

Así las cosas, al no haber identificado la publicidad vulneratoria, no se justifica la aplicación del segundo párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional⁴.

Cabe resaltar que la publicidad de GLORIA no vulnera el derecho a la no discriminación por ningún motivo.

Como se sabe, la igualdad se constituye como un principio básico de la sociedad y como un derecho fundamental, encontrándose reconocido en nuestra Constitución, así como en diversos instrumentos internacionales. Ahora bien, la discriminación (directa e indirecta⁵) tiene una connotación negativa e implica la EXCLUSIÓN ARBITRARIA. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

"El principio de no discriminación establece la proscripción de un trato que excluya, restrinja o separe, menoscabando la dignidad de la persona e impidiendo el pleno goce de los derechos fundamentales. Éste es aplicable a la diferenciación no justificable en el ámbito laboral, educativo, etc., o al desempeño de cargos o funciones de naturaleza pública que estén condicionados a la adhesión o no adhesión a una filiación religiosa"⁶.

En el mismo sentido, el propio demandante ha sostenido en el punto 15 de su demanda que la discriminación negativa exige los siguientes presupuestos:

⁴ "Artículo 1.-
(...)

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda".

⁵ Como se sabe, la discriminación indirecta también requiere que ésta tenga una connotación negativa. Al respecto, en la Sentencia N° 05652-2007-AA/TC el Tribunal Constitucional ha señalado que "(...) la discriminación es indirecta cuando ciertas normas jurídicas, políticas y actos del empleador de carácter aparentemente imparcial o neutro tienen efectos desproporcionadamente perjudiciales en gran número de integrantes de un colectivo determinado, sin justificación alguna e independientemente de que éstos cumplan o no los requisitos exigidos para ocupar el puesto de trabajo de que se trate, pues la aplicación de una misma condición, un mismo trato o una misma exigencia no se les exige a todos por igual. Por ejemplo, el supeditar la obtención de un puesto de trabajo al dominio de un idioma en particular cuando la capacidad lingüística no es requisito indispensable para su desempeño es una forma de discriminación indirecta por razón de la nacionalidad o la etnia de origen" (énfasis agregado). Pues bien, la publicidad de GLORIA no tiene ningún efecto perjudicial para ningún grupo de personas.

⁶ Sentencia del Tribunal del Constitucional N° 3283-2003-AA/TC, de fecha 21 de setiembre de 2004.

289

"1) Que exista un rechazo, desprecio, expreso o tácito, por acción u omisión, del Estado o de cualquier persona; 2) Que el rechazo se dirija contra una característica natural o adquirida del ser humano (edad, sexo, raza, religión, opinión, cultura, idioma, apariencia física, etc.); 3) Que la víctima forme parte de un grupo vulnerable de personas discriminadas o "discriminables", es decir, que tienen características naturales y/o adquiridas que den lugar al rechazo en determinadas circunstancias históricas, particulares de una sociedad; 4) Que no existe justificación legal para discriminar a esa persona o grupo de personas".

Pues bien, **LA PUBLICIDAD DE GLORIA NO TIENE UNA CONNOTACIÓN NEGATIVA RESPECTO A NINGUNA PERSONA, POR NINGÚN MOTIVO.** En efecto, **NO EXISTE ACTITUD DE RECHAZO O DESPRECIO A NINGUNA PERSONA, POR LO QUE ÉSTA NO PUEDE CONSIDERARSE DISCRIMINATORIA.**

Además, no es cierto que la publicidad de GLORIA convoque casi exclusivamente a personas de rasgos caucásicos. Por el contrario, nuestra publicidad incluye a un universo de personas de distintas razas y condición social.

Al respecto, el propio INDECOPI -órgano competente para promoción del mercado y protección de los derechos de los consumidores- **ha señalado que no existe una vulneración al principio de no discriminación en la publicidad de GLORIA.** Así, en la Carta N° 0576-2007/PREV-CCD-INDECOPI, de fecha 14 de febrero de 2007, sostuvo que:

"Con fecha 7 de febrero de 2007, la Comisión tomó conocimiento de su solicitud y acordó informarle que, en su oportunidad, no había apreciado que existiera inadecuación entre el principio de no discriminación contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y el anuncio del producto "Leche Gloria" sometido a su consideración. A criterio de la Comisión, las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias".

Así las cosas, resulta evidente que nuestra publicidad no resulta discriminatoria.

III. **AGRAVIO QUE CAUSA LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA**

Como se ha señalado, la RESOLUCIÓN IMPUGNADA califica a la publicidad de GLORIA como discriminatoria, lo cual nos causa un enorme perjuicio, afectando la reputación de la empresa.

Pero, más aún, iconcluye que la publicidad de GLORIA es discriminatoria pese a no haberla visto! Con ello se ha afectado el derecho al debido proceso de GLORIA, considerándola culpable sin ninguna prueba que lo sustente.

POR TANTO:

A VUESTRA SALA PIDO: Se sirva admitir la presente expresión de agravios y conferirle el trámite de ley.

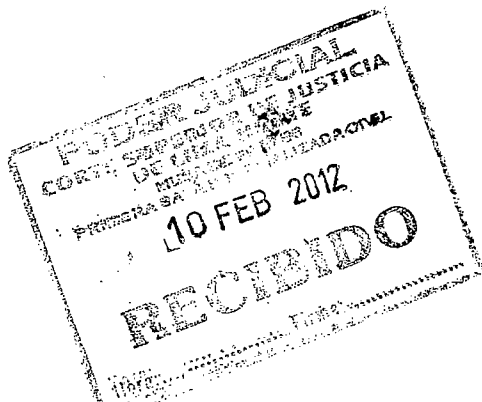
OTROSÍ DIGO: Que, adjuntamos copias suficientes del presente escrito, debidamente firmadas, para su entrega a la otra parte.

Lima, 17 de enero de 2011



SAMUEL B. ABAD YUPANQUI
ABOGADO
C.A.L. 13963
Estudio Ehecopar

290
de...
1...
1...



RELATOR: Gina Sarmiento

EXPEDIENTE: 351-2007

ESCRITO: 02

SUMILLA: Absuelvo expresión de agravios.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, en el proceso constitucional de amparo, seguido contra la Empresa Leche Gloria S.A. y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI, a usted respetuosamente digo:

Que, dentro del término legal, cumplo con absolver la expresión de agravios de la demandada, en los siguientes términos:

PRIMERO.- Gloria S.A. alega que no se ha presentado la publicidad cuestionada, por lo que la demanda carecería de sustento y por ende debió ser declarada infundada o improcedente. Sin embargo, como es de conocimiento público, Gloria S.A. en el año 2005, fue reconocida como la empresa más discriminatoria del año 2004, por APRODEH, institución que incuestionablemente trabaja en la protección de los derechos fundamentales. Así, este reconocimiento y el proceso administrativo seguido por ASPEC ante el tribunal del INDECOPI, co-demandado en la presente causa, representa sin lugar a dudas, que efectivamente, la empresa demandada a través de su publicidad, incurrió en actitudes cuestionables en el marco legal y ético. Situación que el Estado peruano, a través del INDECOPI, no atendió debidamente, incumpliendo con su papel regulador de la publicidad y la protección de los derechos fundamentales de la población mayoritaria del país. No debiéndose por tanto recurrir a la vía ordinaria, Administrativa o Contencioso Administrativa, para abordar los problemas de fondo planteados, tal como lo pretende la empresa demandada. Mas aun, si el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto, mediante Resolución de fecha 20 de agosto de 2010, recaída sobre el Expediente No. 401-2008-PA/TC, que señala literalmente: *"La pretensión reclamada involucra un asunto de publicidad presuntamente engañosa que incide, en general, sobre derechos fundamentales de la colectividad desde la perspectiva de la protección del consumidor y, en particular, desde la perspectiva de la protección de la niñez..."* (F.J.5)

SEGUNDO.- Que efectivamente, no se incluyó fotografías, audios, videos, etc, porque la evidencia saltaba a la vista en aquellos años (como referencia desde el 2004). Y, en el fondo del asunto, no ameritaba un gran despliegue de actividad probatoria. Sin embargo, pasados casi CINCO AÑOS de iniciado el presente proceso, la empresa demandada, pretende evadir su responsabilidad amparándose en formalismos procesales que no corresponden a la esencia de los fines y principios procesales consagrados en los artículos II y III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

38
INDECOPI
2007

TERCERO.- En este sentido, igualmente debe considerarse, que Gloria S.A. señala que el propio INDECOPI ha resuelto que **no existe una vulneración al principio de no discriminación en la publicidad de Gloria: Con fecha 7 de febrero de 2007, la Comisión tomó conocimiento de su solicitud y acordó informarle que, en su oportunidad, no había apreciado que existiera inadecuación entre el principio de no discriminación contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo No. 691 -Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- y el anuncio del producto "Leche Gloria" sometido a su consideración. A criterio de la Comisión, las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente, en la sociedad, conductas ofensivas o discriminatorias.**

Sin embargo en este contexto, Gloria S.A., no cuestiona que se haya presentado o no la publicidad denunciada ¿sobre qué anuncio habría resuelto INDECOPI si estos no han sido presentados ni valorados por la Comisión? Entonces, igualmente cabría la pregunta ¿Cómo INDECOPI ha podido llegar a la conclusión que la publicidad de Gloria no es capaz de generar objetivamente, en la sociedad conductas ofensivas o discriminatorias, si los anuncios no habían sido presentados ante la Comisión?

CUARTO.- Que, la empresa demandada, sostiene: "Aun en el supuesto caso que la publicidad de GLORIA haya convocado "casi exclusivamente" a personas de características caucásicas -como lo señalara el demandante- ello no implica de ninguna manera, la exclusión o una negativa respecto de otras razas".

Aseveración (esta última) que ha sido acertada y objetivamente interpretada por el A quo, como un reconocimiento implícito por parte de la demandada de que aun si fuera cierto lo sostenido por el demandante, ello no implicaría exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas". Expresando con ello, un reconocimiento por parte de Gloria S.A.

QUINTO.- Que, como se puede advertir del petitorio de mi demanda, esta comprende básicamente tres aspectos: 1) el cese de la publicidad con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja (niños, adolescentes); 2) el cese de la convocatoria para la publicidad de los productos de la empresa demandada, a personas de características étnicas caucásicas (tez blanca, cabello rubio, ojos claros) que refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos; y 3) el cese del contenido engañoso de la publicidad de la empresa demandada, toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños. Sin embargo, la sentencia venida en grado, no se pronuncia adecuadamente sobre el petitorio 1), en cuanto no ha sido debidamente motivado y aparentemente se habría subsumido en el análisis del petitorio 3).

SEXTO.- Que, tal como lo he precisado en el escrito de Aclaración de fecha 11 de noviembre de 2011, el extremo de la discriminación por la estatura se ha subsumido equivocadamente en el extremo de las falsas propiedades del producto, en el sentido del contenido engañoso de la publicidad de la empresa demandada, y a la actitud impasible de INDECOPI, en cuanto el A Quo declara IMPROCEDENTE la demanda en este extremo, pese a que se puede determinar que la instancia administrativa ya se pronunció y resolvió negativamente mis solicitudes en este sentido. Así, el tema materia

de la presente demanda radica en que el contenido de la publicidad de Gloria S.A. y la actitud impasible de la institución estatal encargada de la protección de los derechos fundamentales, a afectado durante todos estos años a las personas de estatura baja, o más claramente a las personas de estatura promedio de nuestro país. Siendo que la estatura de las personas esta esencialmente determinada por factores genéticos (sino como se explicaría que en los países mas pobres de África, se observe a personas con estatura promedio alta). Y por otra parte, no es lógicamente comprensible que predomine la idea que ser de estatura baja, significa una connotación negativa hacia las personas. Por lo que la Sala deberá pronunciarse separadamente respecto de los extremos de la demanda sobre la discriminación social por la estatura en la publicidad, por un lado, sobre las incidencias engañosas del producto de la empresa demandada.

SEPTIMO.- Que, el tema de la discriminación y racismo en la publicidad es recurrente y no ha sido atendido de manera cierta y efectiva por ninguna de las instituciones del Estado peruano, así, ha sido materia de importantes estudios como es el caso del libro **"Nos habíamos choleado tanto, psicoanálisis y racismo. 2007"**, del connotado investigador Jorge Bruce, publicado el mismo año en que se interpuso la demanda. De cuyo texto presento algunas citas:

(...) *La ideología racista esta tan arraigada en el seno de las relaciones sociales de los peruanos que su violencia discriminatoria suele pasar desapercibida. Así, esos mensajes publicitarios en donde se elimina de facto a una mayoría de la población, no sorprende a nadie (...)*

Al ver tan poca conciencia y nula evaluación de los prejuicios causados por ese bombardeo incesante de mensajes excluyentes, la sociedad – no solo el Estado – se comporta como si no pudiera ser de otra manera. Así se consolida, minuto tras minuto, de pautas publicitarias una suerte de alucinación negativa a escala nacional. Todo esto a vista y paciencia – en la superficie – de autoridades, anunciantes, publicistas y consumidores. Como si nadie reparase en la enormidad de lo que está sucediendo hace tantos años en el medio publicitario., p.75.

"Si tomamos una muestra al azar de la publicidad que hoy se trasmite en el país y la mostráramos a algún extranjero, probablemente él pensaría que la mayoría de los peruanos somos como cualquier europeo. Vería así que las peruanas usuarias de cosméticos y de sopas, los peruanos compradores de trajes y autos, y los peruanitos consumidores de yogures y dulces, son blancos, caucásicos y de ojos azules". p. 74.

Por que lo cierto es que ese bombardeo de imágenes agresivamente descontextualizada tiene todas las características de una psicopatología social, cuyas consecuencias en el imaginario de las mayorías no deben ser tomados a la ligera. Lo que esta en juego es mucho más que la compra venta de productos y servicios en el mercado (...) ¿Qué puede sentir una joven pobladora de Lima Norte cuando confronta su imagen con la de la modelo Valeria Massa, representante de los almacenes Saga Falabella en el Perú? Una insalvable diferencia, para comenzar. Pero puede que esto se traduzca también en una sensación de inferioridad, porque lo que se está proponiendo no es solo la imagen de una mujer bella. Lo que dicha imagen comunica es la representación de la belleza. Ahí es donde anida el problema. p.72.

Finalmente, habría que ver si la posible tendencia de los peruanos a querer ser racialmente blancos, en lugar de ser un resultado natural, mas bien se genera y refuerza por la insistencia de la publicidad en mostrar que sus personajes deseables tienen rasgos muy diferentes a nuestra raza peruana. Si todos los triunfadores son blancos, la publicidad no solo estaría vendiendo el deseo de los productos, sino también el deseo de parecerse a aquellos que los portan. p. 71.

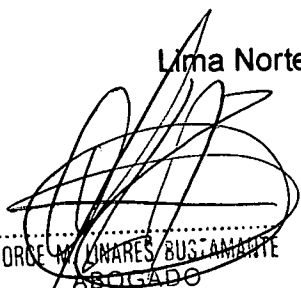
En nuestro país, los rasgos típicos del cholo, son desvalorizados. La piel cobriza, la estatura mediana, el pelo abundante, negro y lacio, la ausencia de pilosidad facial, los labios gruesos, todas esas características tienen muy poco prestigio. Hay una suerte de consenso en torno a que la mayor estatura, la piel blanca, el cabello claro, los labios finos y la pilosidad facial, son reputados de mejor "calidad" y mucho mas apreciados. (1993: 218). p. 68.

OCTAVO.- Tan recurrente, como pernicioso, es y ha sido el problema de la discriminación y racismo en la sociedad peruana, y particularmente en la publicidad propalada en nuestro país, que el Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial de Apurímac, Doctor Luciano Bernardo Valderrama Solórzano, mediante Oficio N° 2736-2004-MP-FSM-APURIMAC, de fecha 22 de noviembre de 2004, solicitó la intervención de la Fiscalía de Prevención del Delito, por la presunta comisión del delito Contra la Humanidad -Discriminación-, argumentando que los medios de comunicación social transmiten propagandas donde participan actores de raza blanca, lo cual, no guarda correspondencia con la composición racial de nuestro país, porque en su mayoría somos cobrizos y solamente la minoría es blanca, arribando a la conclusión que existen elementos que indican la responsabilidad penal, acorde al Artículo 323° del Código Penal y a modo de ejemplo, menciona que el 21 de Marzo de 2005, la Coordinadora de Derechos Humanos, conmemorando el Día Mundial contra la Discriminación, otorgó el Antipremio a la Empresa de productos lácteos "Gloria". Denuncia No. 494-2005-48°FPPL, sobre Delito Contra la Humanidad- Discriminación, en agravio de la sociedad, sobre la que recayó la Resolución de fecha 27 de enero de 2006, que resolvió NO HA LUGAR A FORMALIZAR DENUNCIA PENAL; y la Queja de Derecho No. 1-2007-9°FSPL-MP, de fecha 02 de noviembre de 2006, que fue declarada Infundada por la doctora Clariza Zegarra Rozas, Fiscal Adjunta de la Novena Fiscalía Superior de Lima, mediante resolución de fecha 05 de febrero de 2008.

POR TANTO

En virtud de los argumentos planteados, pido a usted Señor Presidente, se confirme la Sentencia en el extremo pertinente y respecto de la Aclaración planteada, la declare Fundada en todos sus extremos.

Lima Norte, 09 de febrero de 2012.


JORGE W. LINARES BUSTAMANTE
ABOGADO

Reg. C.A.L. 32189



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

328
[Handwritten notes]

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

Sala Civil de Vacaciones

Expediente : 00351-2007 -0-0901-SP-CI-01
Demandante : Linares Bustamante Jorge Manuel
Demandado : EMPRESA LECHE GLORIA SA
Instituto Nacional de Defensa de la Competencia
y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI)
MATERIA : Acción de Amparo
Juzgado : 4to Juzgado Civil de Lima Norte

RESOLUCIÓN NÚMERO: 8

Independencia, veintidós de Febrero
Del año dos mil doce.-

VISTOS: En Audiencia Pública con Informe oral por las partes, actuando como ponente el Juez Superior Alejandro Reynoso Edén de conformidad con el numeral 2 del artículo 45 de la Ley Orgánica del poder Judicial y Considerando:

1.-Resolución Apelada:

Viene en apelación la sentencia de fecha 24 de Octubre del año 2011, a fojas 211 a 223 del Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima Norte declarando: "fundada en parte la demanda de amparo, por lo que en consecuencia la demandada empresa Gloria SA debe comprender en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose

PODER JUDICIAL
SARA ANA VICTORIA MUÑOZ RIVERA
SECRETARIA
SALA CIVIL DE VACACIONES
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

329

que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda. Correspondiendo al INDECOPI cautelar los derechos fundamentales que garantizan la no discriminación en los términos de la presente sentencia y conforme a la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes contra persona o entidad que lo infrinja. E improcedente respecto de los extremos de la publicidad engañosa imputada a la Empresa Gloria SA"-

Primero.- ANTECEDENTES.

1.1.-Que, por mandato del Tribunal Constitucional (fojas 76) de fecha 20 de Agosto del 2010 se dispuso que el Cuarto Juzgado Especializado en lo civil de Lima Norte admita a tramite la demanda de Amparo Interpuesta por Jorge Manuel Linares Bustamante contra la Empresa Leche Gloria S. A y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) por considerar que la propalación de la publicidad en torno del producto Leche Gloria resulta discriminatoria...

1.2.- Tal situación se efectiviza mediante la Resolución cuatro de fecha veinticinco de Octubre del dos mil diez. Así se admite la demanda presentada por Jorge Manuel Linares Bustamante contra la Empresa Leche Gloria Sociedad Anónima y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Producción de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), la cual corre a fojas quince interpuesta al Juzgado con fecha **09 de abril del 2007.**

1.3.-Así a fojas 122 y siguientes Leche Gloria e INDECOPI (FS 150) respectivamente contestan la demanda.

1.4.-Mediante resolución número doce de fecha 23 de Mayo del 2011 que obra a fs 193 a 196, se declara INFUNDADA la Defensa Previa de indebida acumulación de pretensiones, INFUNDADAS las excepciones de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandante y la excepción de Prescripción, deducidas por la Empresa Gloria S.A y Saneado el proceso.

5.-El 24 de Octubre del 2011 el Juez del Cuarto Juzgado Especializado del Modulo Civil de Lima Norte dicta sentencia (fs 211 y sgtes) declarando "fundada en parte la demanda de amparo, que es materia de impugnación.

1.6.-Corre a fs 225 y siguientes el recurso de apelación contra la sentencia presentado por la firma Gloria SA.

1.7.-A fojas 245 INDECOPI presenta recurso de apelación contra la sentencia en mención.

SEGUNDO.-EFECTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN Y AGRAVIOS:

2.2.- En principio debe señalarse que en virtud del principio "tantum apellatum quantum devolutum" el órgano judicial revisor que conoce de la apelación solo debe avocarse sobre aquello que les sometido en virtud del recurso, siendo que en segunda instancia la pretensión del apelante al impugnar la resolución es la que establece los extremos sobre los que debe versar la revisión que debe realizar el Superior no pudiendo conocer extremos que han quedado consentidos por las partes. (CAS 3157-2006 Callao).

2.3.- En este orden debe resumirse los agravios de los apelantes sobre el contenido de la sentencia, así se tiene:

De GLORIA S.A: Sostiene:

2.4.- Que "el Juzgado considera que existe un supuesto de discriminación indirecta pese a reconocer que físicamente no se ha presentado al expediente la cuestionada publicidad y que tampoco se ha probado que a la fecha de la emisión de la referida sentencia, la cuestionada publicidad se encontraba siendo difundida. Es decir, el Juez presume la existencia de un agravio sin que exista la prueba suficiente que pueda acreditarlo".

2.5.- Considera que el Juzgado incurrió en un manifiesto error en el citado extremo de su sentencia toda vez que sin mayores pruebas declaro fundada en ese extremo la demanda interpuesta, disponiendo que GLORIA comprenda en su publicidad comercial a personas

334
C. 10.150

multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la misma.

Agrega que referido extremo de la sentencia vulnera sus derechos al debido proceso y a una tutela judicial efectiva al declarar fundada la demanda sin que exista prueba alguna que el agravio alegado.

2.6.- Asimismo, indica que "el proceso de amparo carece de estación probatoria que permita evaluar el supuesto acto lesivo alegado por el demandante. Además no se ha probado la vulneración ni se ha presentado la publicidad que supuestamente resulta discriminatoria, pese a ello el Juzgado declara fundado este extremo de la demanda".

2.7.- Sostiene también "que en el presente caso, el Sr. Linares **NO DETERMINA SIQUIERA QUE PUBLICIDAD DE GLORIA TIENE UN CONTENIDO**

DISCRIMINATORIO, que el demandante no identifica cual es la publicidad vulneratoria, en qué fecha se publicó o en qué medios de comunicación, por lo que se trata de una acusación genérica, mas aun si la empresa ha tomado conocimiento del presente proceso de amparo cuatro años después de interpuesta la demanda, no encontrándose en la capacidad de identificar cual seria la publicidad que cuestiona el demandante". Por tanto los medios probatorios presentados por el Sr. Linares no tienen la capacidad para probar la supuesta vulneración del derecho a la no discriminación, o el carácter engañoso de estos.

2.8.- Que la sentencia expedida (considerando 6.8) cita la contestación de la demanda para pretender decir que GLORIA estaría afirmando que su publicidad se efectuaría con personas de las características físicas que se denuncia. En la citada contestación de la demanda (párrafo 4, pagina 9) se indica que la publicidad de GLORIA "**como lo señala el demandante**" es decir, no es una afirmación de GLORIA sino precisamente de la parte demandante. Que, en el escrito con fecha 05 de setiembre del presente año (párrafo 6, pagina 6) se ratifica lo antes mencionado al indicarse que "**aun en el supuesto**

jurisdiccional debe circunscribirse a los temas controvertidos por las partes.

2.13.- La resolución recurrida no se ha pronunciado sobre ciertos extremos de la contradicción planteada, no encontrándose debidamente motivada, afectando con ello su derecho al debido proceso, que además desconoce las competencias fiscalizadoras y sancionadoras del INDECOPI sobre la difusión de la publicidad comercial en el territorio nacional.

Tercero.-ARGUMENTOS DEL A-QUO.

Resulta necesario glosar algunos de los argumentos de la sentencia, que ha concluido en estimar un extremo de la demanda así se tiene:

3.1.- Centrado el tema se refiere en el punto 6.7: "*En el caso concreto de autos, la parte actora alega que la demanda GLORIA S.A convoca casi exclusivamente a niños, jóvenes y adultos de características étnicas (caucásicos) propios de otras sociedades y culturas, representando una taimada forma de discriminación racial, Discriminación Indirecta, considerando que la mayoría de la población del Perú esta conformada por habitantes de características indígenas y mestizas, y por ende, la mayoría de consumidores del producto lecha GLORIA es esta población*".

3.2.-Luego refiere sobre la discriminación, para concluir indicando "*Siendo así de las pruebas compulsadas obrantes a fojas 13 y 14 de autos se presenta la publicación de APRODEH según la Coordinadora, señala en los párrafos de dicha publicación que: ninguno de los comerciales televisivos o en los afiches de prensa de los productos Gloria que se usaron en las campañas aparece una sola persona con rasgos andinos o mestizos a pesar que sus productos se venden en todo el país de manera masiva. Definitivamente no es una cuestión de público objetivo. No obstante ello, la Empresa Gloria SA en el numeral 4 de los fundamentos de hechos de la contestación de la demanda*

333

alega que la pretensión incoada sobre estos extremos, no forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la no discriminación.

Sin embargo también sin negar (sin negar ni refutar) aduce que en el supuesto que haya convocado a personas de características caucásicas..ello no implica de ninguna manera, la exclusión o connotación negativa respecto a otras razas"

3.3.-En el punto 6.8 menciona: "Que, aun cuando físicamente no se haya presentado al expediente la publicidad que se cuestiona, (énfasis agregado) sin embargo de las afirmaciones de la demanda y pruebas documentales anexas y la afirmación de la Empresa Gloria SA, al señalar que aun cuando haya convocado en sus publicidades a personas con características caucásicos , no implica la exclusión o connotación negativa respecto a otras razas, tal declaración que se tiene como asimilada en aplicación del artículo 221° de la Código Procesal Civil, conlleva a inferir que en efecto la empresa accionada ,si efectúa la publicidad de su producto de consumo masivo con personas de las características físicas que se denuncia. Siendo así la publicidad que hace Gloria SA conlleva una discriminación indirecta puesto que si bien aparentemente puede ser neutra sin intención discriminatoria, pero tratándose de un producto lácteo de consumo masivo como es la leche, publicitada a través de la televisión de alcance nacional, produce un efecto adverso y desmedido para una categoría de personas ,en el caso que nos ocupa de los menores de edad, destinatario principal, quienes no van a comprender las razones subjetivas del comerciante para calificar que dicha publicidad, conlleva un trato diferenciado o desigual, el motivo o razón prohibida por las normas (raza, identidad étnica o cultural, o de cualquier otra índole) y el objetivo o un resultado que anule o menoscabe el reconocimiento ejercicio y goce de un derecho".

3.4.- Agrega que: "Asimismo estando a que la fecha de la emisión de la presente resolución no se haya probado que la publicidad que se cuestiona se encuentre en difusión, debe resolverse conforme al segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional".

334
[Handwritten scribbles]

Cuarto.- CONSIDERACIONES DEL COLEGIADO

41.- En principio es propio precisar que en el campo del Derecho, probar significa dar la demostración de lo que se afirma. Por ello el artículo 188 del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Resultando, que en armonía con el artículo 196 del citado Código, de aplicación supletoria, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

42.- La necesidad de la prueba, es igualmente reconocida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando refiere 6.- *La prueba en los procesos constitucionales como en cualquier otra clase de proceso o de procedimiento se orienta a acreditar o a determinar la existencia o inexistencia de hechos controvertidos o litigiosos que son relevantes para adoptar la decisión. La prueba debe estar orientada hacia la búsqueda de decisiones, que para ser justas, deban fundarse sobre una determinación verdadera de los hechos afirmados por las partes en el proceso, que, después de los actos postulatorios (demanda y contestación) resulten controvertidos y relevantes para adoptar la decisión: 7.- Así, en los procesos constitucionales la prueba tiene como función demostrar o acreditar que la amenaza de vulneración alegada por el demandante es cierta y de inminente realización, o que la vulneración del derecho fundamental alegado ha sido producida de manera real y efectiva, o que se ha convertido en irreparable. Ello con la finalidad de que el Juez en la sentencia, cuando sea estimativa, pueda ordenar la reposición de las cosas al estado anterior, o disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y cuando sea desestimativa, pueda condenar al demandante al pago de costas y costos en caso de que su actuación haya sido manifiestamente temeraria. 8.- En tal sentido son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes recae y se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras*

que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice" (Sentencia N° 04762-2007-PA/TC).

4.3.- Señalado lo precedente debemos entonces advertir cuales son las pruebas que el demandante ha presentado para demostrar que las emplazadas incurren en actos de discriminación en su publicidad por convocar exclusivamente a niños de características caucásicos - tez blanca- que menoscaba la consolidación de la identidad socio cultural, conformado en su mayoría por indígenas y mestizos; según lo afirma el A-quo, el cual en el punto TERCERO de la sentencia menciona los medios probatorios de la demanda a saber:

A fojas 3 y 4 corre copia de la carta dirigida al Grupo Gloria de fecha 06/11/06 remitido por la persona de Juan Oshiro Oshiro donde le hace saber de su preocupación por la publicidad emitida en diversos canales televisivos haciendo alusión discriminatoria por la talla o estatura de las personas y en particular de los niños quienes supuestamente serán "mas grandes" al consumir la leche que producen.

A fojas 5 copia de la carta Notarial dirigida al Grupo Gloria de fecha 27/11/06 remitido por la persona de Juan Oshiro Oshiro por la cual hace saber que habiendo transcurrido mas de quince días de la remisión de su carta de fecha 6/11/06 no ha recibido respuesta alguna.

A fojas 6 y 7 copia de la denuncia por discriminación social, racial, publicidad engañosa presentada por Jorge Manuel Linares Bustamante al Secretario Técnico de la Comisión de la Competencia Desleal y Publicidad INDECOPI Área de Prevención su fecha 20 de diciembre del 2006 indicando que existen evidentes criterios de discriminación en las diversas publicidades del Grupo Gloria, en las cuales convocan casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros, y que tal falta de identidad refleja un contenido eminentemente discriminatorio que menoscaba la consolidación de la identidad socio cultural.

336
10/10/07

-A fojas 8.: copia de la Carta N° 0004-2007/PREV-CCD-INDECOPI del 17 de Enero del 2007 dirigida a Jorge Manuel Linares Bustamante donde le hacen saber que su solicitud de fecha 20-12-2006 fue puesta en conocimiento de la Comisión de Represión de la Competencia, la misma que en sesión de fecha 10 de Enero del 2007 no decidió iniciar proceso sancionador de oficio al no considerar posibles supuestos de infracción.

-A fojas 9.- copia de la solicitud del 01 de febrero del 2007 presentada por Jorge Manuel Linares Bustamante a la Secretaria Técnica de Represión de la Competencia Desleal y Publicidad INDECOPI donde solicita le alcancen los argumentos y consideraciones de la denegatoria de la denuncia.

-A fojas 10: la carta N° 05576-2007/PREV-CCD-INDECOPI del 14 de febrero del 2007 dirigida a Jorge Manuel Linares Bustamante informándole que a criterio de la comisión las frases e imágenes que aparecen en dicho anuncio no son capaces de generar objetivamente en la sociedad conductas ofensivas o discriminatorias, al no haber apreciado que existiera inadecuación entre el principio de no discriminación contenido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 691-Normas de Publicación en Defensa del Consumidor y el anuncio del producto "Leche Gloria" sometido a su consideración.

-A fojas 11 y 12.- recorte periodístico de "El Comercio"-Suplemento "Mi Hogar" La Salud: artículo: "Verdades y Mitos de la leche" publicado el 190 de septiembre del 2006 que pretende demostrar la publicidad engañosa que difunde la empresa demandada, según la opinión de la especialista.

-A fojas 13 y 14: los anuncios de fecha 21.03.05 y 22.03.05 de la página WEB de APRODEH en que se opina respecto de la publicidad que efectúa la empresa Leche Gloria, con el calificativo que allí se indica.

4.4.- Como podemos apreciar de las pruebas enunciadas, de ellas no se aprecia ninguna ilustración, imagen, fotografías, o referencia a las fechas en que estas eventualmente han sido publicitadas en medios

escritos, televisivos, Internet u otro. El A-quo, ha estimado conveniente para sustituir la ausencia de pruebas que **"físicamente no se han presentado en el expediente"**, sostenerse en la pruebas que corre a los 13 y 14, antes referida, y en lo que entiende por declaración asimilada de GLORIA S.A, de acuerdo a lo que se ha expuesto en el ítem 2 del punto tercero de la presente.

4.5.- Que, bajo tales circunstancias no se puede tener certeza de lo alegado por el demandante, en la medida que solo la "prueba" podía ubicar al Juzgador en la convicción de su decisión, en la que necesariamente debía identificar la acción o conducta violatoria de derechos fundamentales a efecto de que partiendo de allí, determine la subsanación y sanción al infractor. Considerándose además en este punto la data de la demanda.

4.6.- Así, la ausencia de pruebas es tan evidente, que fue el propio demandante el que, fuera de la etapa postulatoria, mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2011 pide: *"Que, solicito a su digno despacho se oficie a la empresa ABOPE TIME PERU SA dedicada a la investigación de medio, para que proporcione la publicidad televisiva emitida por la empresa demandada, entre los años 2006, 2007 y 2008 para determinar el carácter discriminatorio de la publicidad de GLORIA, notificándosele en Avenida Santa Cruz N° 1521 Miraflores. Así mismo a la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad APAP notificándosele a la Avenida Recavarren 131 Oficina 202 Miraflores"*. Lo cual no fue atendido por encontrarse proscrita la actividad probatoria en el proceso Constitucional, tal como lo establece el artículo 9° y 21 del Código Procesal Constitucional que precisa que en los procesos constitucionales "no existe etapa probatoria", (propiamente su actuación). Consecuentemente en autos no existen suficientes medios probatorios que generen certidumbre y certeza sobre la fundabilidad de la pretensión demandada, pues los documentos aportados y que demostrarían la alegada discriminación resultan insuficientes e inidoneos.

338

[Handwritten signature]

4.7.- Corresponde, asimismo, precisar que en el presente proceso no se ha limitado el derecho del actor de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción del Juzgador sobre la veracidad de sus argumentos, esto es, demostrar que sus enunciados fácticos son correctos.

4.8.- En efecto de la revisión del proceso se advierte que se ha respetado el derecho a la prueba pues se trata de un contenido implícito del derecho del debido proceso, reconocido en el artículo 139 inciso 3 de la Constitución Política del Perú.

4.9.- En este estado, y siendo que la acción promovida por el demandante se entiende que ha constituido un planteamiento de este que lo ha sometido a un proceso es conveniente hacer referencia a la Teoría del Caso, cuyos componentes son: (I) **Lo Fáctico**, referido a las afirmaciones o refutaciones sobre lo referido a las afirmaciones o refutaciones sobre los hechos, (II) **Jurídico**, que comprende la Teoría legal, sobre los hechos, y (II) **Probatorio**, esto es, el elemento esencial al plantearse el caso; en los presentes autos, la demanda.

4.10.- Bajo ese marco se puede configurar el más convincente relato o explicación sobre los hechos, pero si la teoría legal no tiene asidero, no se obtendrá una resolución favorable. A su vez si el relato y la teoría legal son acertados, pero no se aporta pruebas que lo demuestran, se sufrirán las consecuencias de tal descuido, como es el caso de autos.

4.11.- Ante estas consideraciones, estando al respeto del orden jurídico establecido, en sus fases formal y material que impone al Colegiado sujetarse al debido proceso, se viene a concluir que debe desestimarse la demanda por no haberse acreditado con medios de prueba adecuados los hechos imputados a los co demandados.

4.12.- Finalmente y entendiéndose que el demandante no ha actuado con manifiesta temeridad, el Colegiado conviene en exonerarlo del pago de costas y costos del proceso. (Artículo 56 de la ley 28237)

Por estas razones:

339
3/11


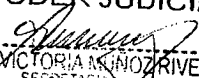
REVOCARON la Sentencia de fecha veinticuatro de Octubre del año dos mil once en cuanto declaró **FUNDADA** en parte la demanda de amparo, de fojas 15 a 21, en consecuencia la demandada empresa Gloria S.A. debe comprender en su publicidad comercial a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, disponiéndose que no vuelva a incurrir en las acciones que motivaron la interposición de la presente demanda. Correspondiendo al INDECOPI cautelar los derechos fundamentales que garantizan la no discriminación en los términos de la presente sentencia y conforme a la Constitución Política del Estado y las leyes vigentes contra persona o entidad que lo infrinja. Y **REFORMANDOLA**: La declararon **INFUNDADA**. Sin costas ni costos. **Notifíquese y devuélvase.**

SS


Ayala Flores


Reynoso Edén


Zapata Jaén

 **PODER JUDICIAL**

SARA ANA VICTORIA MINOZ RIVERA
SECRETARIA
SALA CIVIL DE V. CACIONES
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA NORTE

34



RELATOR: Gina Sarmiento

EXPEDIENTE: 351-2007

ESCRITO: 03

SUMILLA: RECURSO DE AGRAVIO
CONSTITUCIONAL.

SEÑOR PRESIDENTE DE LA PRIMERA SALA CIVIL DE LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE, en el proceso constitucional de Amparo, seguido contra la Empresa Gloria S.A. y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI, a usted respetuosamente digo:

Que, conforme lo señala el artículo 18 del C.P. Const., en el término legal, INTERPONGO RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL contra la Resolución No. 08, de fecha 22 de febrero de 2012.

Amparo el presente recurso en los siguientes fundamentos:

PRIMERO.- VULNERACION DEL PRINCIPIO PROCESAL DE IGUALDAD DE LAS PARTES

De la Resolución recurrida se puede advertir evidente parcialidad del Colegiado al ponderar exclusivamente los argumentos de la apelación de los demandados, en contraposición con los fundamentos de la Sentencia de Primer Grado. No considerando en absoluto los argumentos del demandante vertidos en la absolución de la expresión de agravios y los vertidos en el informe oral de la vista de la causa. Con lo que se vulnera el principio procesal de igualdad de las partes.

SEGUNDO.- VULNERACION DEL DERECHO FUNDAMENTAL A TUTELA PROCESAL EFECTIVA

De la Resolución recurrida se aprecia que el Colegiado, no atiende mi Solicitud de Aclaración de la Sentencia, en tanto el primer extremo de la demanda, sobre discriminación social hacia las personas de estatura baja en la publicidad de la empresa demandada, no ha sido considerado ni resuelto en la sentencia de segundo grado. Solicitud presentada con fecha 11 de noviembre de 2011, antes que el expediente sea elevado a la instancia superior, y sobre la cual se emitió la Resolución No. 16, de fecha 16 de noviembre de 2011, que declara: *IMPROCEDENTE lo solicitado, sin perjuicio que pueda hacer valer su derecho ante el órgano jurisdiccional competente*. Así, en la absolución de la expresión de agravios (Fundamento Sexto) de fecha 10 de febrero de 2012, se señaló *"Que, tal como lo he precisado en el escrito de Aclaración de fecha 11 de noviembre de 2011, el extremo de la discriminación por la estatura se ha subsumido equivocadamente en el extremo de las falsas propiedades del producto, en el sentido del contenido engañoso de la publicidad de la empresa demandada, y a la actitud impasible de INDECOPI, en cuanto el A Quo declara IMPROCEDENTE la demanda en este extremo, pese a que se puede determinar que la instancia administrativa ya se pronunció y resolvió negativamente mis solicitudes en este sentido. Así, el tema materia de la presente*

387

De lo que se aprecia, que el Colegiado no realiza valoración alguna de las pruebas ofrecidas consideradas por el Juez de Primera Instancia. Orientando exclusivamente su razonamiento en dirección de revocar la sentencia y desestimar la demanda.

4,6. *Así, la ausencia de pruebas es tan evidente que fue el propio demandante el que, fuera de la etapa postulatoria (...) Consecuentemente en autos no existen suficientes medios probatorios que generen certidumbre y certeza sobre la fundabilidad de la pretensión demandada, pues los documentos aportados y que demostrarían la alegada discriminación resultan insuficientes e inidóneos.*

El Colegiado no realiza análisis alguno sobre el medio probatorio puesto a su consideración, referido a la página web de Aprodeh, en que se opina respecto a la publicidad de la demandada Gloria S.A., otorgándole el antipremio por ser su publicidad las mas discriminadora. Medio probatorio con plena eficacia en el presente proceso constitucional, por no haber sido motivo de tacha ni observación alguna por parte de los demandados.

4,7. (...) *en el presente proceso no se ha limitado el derecho del actor de presentar los medios probatorios necesarios para posibilitar la creación de convicción del juzgador sobre la veracidad de sus argumentos, esto es, demostrar que sus enunciados fácticos son correctos.*

Tan incierto es lo que señala el Colegiado como la falta de valoración de los medios probatorios aportados. Así, se puede apreciar de la Demanda que el Medio Probatorio 9 señala: *El mérito del sentido de los anuncios de la empresa denunciada, propalados en el último año, los cuales deberán ser solicitados a Televisión Nacional del Perú, Canal 7.* Medio Probatorio que no fue atendido al ser declarada improcedente la demanda. Sin embargo el juzgado de primera instancia al acatar el Fallo del Tribunal Constitucional Exp. 411-2008-PA/TC, Admitió la demanda señalando: (...) *y estando a que en el proceso de acción de amparo no existe etapa probatoria; Téngase presente los documentos adjuntados al momento de resolver.* Con lo que se desvirtúa completamente el razonamiento del Colegiado al considerar que se debió incorporar al expediente otros medios probatorios, contraviniendo abiertamente el artículo 9 del C. P. Const.

A lo precisado, debe además añadirse que los problemas materia de la presente causa son de pública preocupación, tal es así que no requiere mayor esfuerzo tomar conocimiento de la discriminación social y racial en publicidad de nuestra sociedad. Y es responsabilidad del Estado, atender los problemas sociales que vulneran los derechos fundamentales de la mayoría de la población nacional.

QUINTO.- Así, el pretender incorporar a la presente causa, ingente material probatorio como los aludidos por el Colegiado, contraviene abiertamente el artículo 9 del C. P. Const., dado que solo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación. Aun así, en atención a que en la admisión de la demanda no se hizo referencia específica al medio probatorio 9, posteriormente, con fecha 10 de febrero de 2010, se solicitó se oficie a dos instituciones para proporcionar las publicidades denunciadas, dado que el Gerente de Radio y Televisión del Perú, Canal 7, manifestó que no cuentan con un archivo de spots publicitarios. (Carta de 09 de nov. 2010).

SEXTO.- El Colegiado no ha realizado una adecuada ponderación de los argumentos del Juez de primera Instancia, referidos a que la empresa demandada, sostiene: *"Aun en el supuesto caso que la publicidad de GLORIA haya convocado "casi exclusivamente" a*

352
352
352
352
352

personas de características caucásicas –como lo señalara el demandante- ello no implica de ninguna manera, la exclusión o una negativa respecto de otras razas". Aseveración (esta última que he subrayado) que ha sido acertada y objetivamente interpretada por el Magistrado de Primera Instancia, como un reconocimiento implícito por parte de la demandada, de que aun si fuera cierto lo sostenido por el demandante, ello no implicaría exclusión o una connotación negativa respecto a otras razas". Expresando con ello, un reconocimiento por parte de Gloria S.A.

Citando incluso la STC No. 04762-2007-PA/TC, (F.J. 6,7 y 8) para justificar su decisión, (4.2); siendo la parte pertinente aplicable al presente caso *La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales* (F.J. 10, 11 y 12)

SEPTIMO.- UBICACIÓN DE LOS DE LOS HECHOS EN EL TIEMPO

No cabe duda que la discriminación racial persiste en el Perú y una de sus manifestaciones más evidentes se manifiesta a través de la publicidad, la misma que ha sido materia de estudio y de otras denuncias. Así por ejemplo el mismo año que se interpuso la demanda, se publicó el libro "*Nos habíamos choleado tanto, psicoanálisis y racismo*", del connotado investigador Jorge Bruce. Asimismo el 21 de Marzo de 2005, la Coordinadora de Derechos Humanos, conmemorando el Día Mundial contra la Discriminación, otorgó el Antipremio a la Empresa de productos lácteos "Gloria". Además, cabe señalar que el Fiscal Superior Decano del Distrito Judicial de Apurímac, Doctor Luciano Bernardo Valderrama Solórzano, mediante Oficio N° 2736-2004-MP-FSM-APURIMAC, solicitó la intervención de la Fiscalía de Prevención del Delito, por la presunta comisión del delito Contra la Humanidad –Discriminación-, argumentando que los medios de comunicación social transmiten propagandas donde participan actores de raza blanca, lo cual, no guarda correspondencia con la composición racial de nuestro país. Arribando a la conclusión que existen elementos que indican la responsabilidad penal, acorde al Artículo 323° del Código Penal. Denuncia No. 494-2005-48^aFPPL, sobre Delito Contra la Humanidad- Discriminación, en agravio de la sociedad, sobre la que recayó la Resolución de fecha 27 de enero de 2006, que resolvió NO HA LUGAR A FORMALIZAR DENUNCIA PENAL; y la Queja de Derecho No. 1-2007-9^aFSPL-MP, de fecha 02 de noviembre de 2006, que fue declarada Infundada por la doctora Clariza Zegarra Rozas, Fiscal Adjunta de la Novena Fiscalía Superior de Lima, mediante resolución de fecha 05 de febrero de 2008.

FUNDAMENTOS LEGALES

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

El Poder Judicial es uno de los pilares del Estado y como tal, tiene la elevada responsabilidad de administrar justicia a nombre de la nación El presente caso, amerita la decidida intervención del Estado para solucionar un problema vigente como significa la discriminación racial en la publicidad.

Artículo 2.2. 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 cualquiera otra índole.

Históricamente ha existido la discriminación racial en la sociedad peruana, nadie podría negarlo, sin embargo, los esfuerzos realizados por el Estado, no se han concretado en el destierro de este lastre que impide la consolidación de nuestra identidad y democracia en el Perú. Incluso en el año 2007, año en que se interpuso la demanda, se publicó el libro "Nos habíamos choleado tanto, psicoanálisis y racismo", del reconocido investigador Jorge Bruce, quien señala: "Si tomamos una muestra al azar de la publicidad que hoy se trasmite en el país y la mostráramos a algún extranjero, probablemente él pensaría que la mayoría de los peruanos somos como cualquier europeo. Vería así que las peruanas usuarias de cosméticos y de sopas, los peruanos compradores de trajes y autos, y los peruanitos consumidores de yogures y dulces, son blancos, caucásicos y de ojos azules". p. 74.

Artículo 138. La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

CODIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales

Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Con la Decisión del Colegiado, se soslayando el fin esencial del Amparo, sujetándolo a una supuesta formalidad, contraponiéndolo a la plena vigencia de los derechos a la igualdad y a la no discriminación social y racial en nuestra sociedad.

Artículo III.- Principios Procesales

(...) Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

En este sentido, el artículo 188 del Código Civil señalado por el Colegiado (4.1) debe sujetarse inobjetablemente a los fines del proceso constitucional de Amparo.

Artículo 1.- Finalidad de los Procesos

Los procesos a los que se refiere el presente título tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo.

Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión, disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

Es el artículo que bien aplicó el Juez de Primera Instancia, asumiendo cabalmente su responsabilidad encomendada por la nación.

Artículo 9.- Ausencia de etapa probatoria

En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria. Sólo son procedentes los medios probatorios que no requieren actuación, lo que no impide la realización de las actuaciones probatorias que el Juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. En este último caso no se requerirá notificación previa.

Como ya se ha manifestado, fue un medio probatorio que sustentaba la demanda el oficiar a Radio y Televisión del Perú, Canal 7, para que proporcione la publicidad de la demandada, sin embargo, en la resolución que admite la demanda se resolvió que solo se actúen los medios probatorios consistentes en documentos aportados. Y sería contraproducente la incorporación de material probatorio que fuera materia de actuación.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 6.- Principios procesales en la administración de justicia.

Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad, debe ser sustanciado bajo los principios procesales de legalidad, intermediación, concentración, celeridad, preclusión, igualdad de las partes, oralidad y economía procesal, dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable.

Por lo que en la Resolución recurrida no se ha respetado el aludido principio de igualdad de las partes en tanto que el Colegiado sólo ha considerado los argumentos de los apelantes y no los del demandante.

Artículo 12.- Motivación de resoluciones

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelven el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente. (Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28490, publicada el 12 Abril 2005)

En este sentido, se aprecia que el Colegiado no hace una adecuada valoración de los argumentos de la Resolución de primer grado y orienta su razonamiento a justificar su decisión final, la cual es revocarla y declararla infundada.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 04762-2007-PA/TC

2.1§ La ausencia de etapa probatoria en los procesos constitucionales.

10. *La ausencia de etapa probatoria en el proceso de amparo se deriva de la finalidad y del objeto del proceso, ya que en él no se dilucida la titularidad de un derecho, como sucede en otros, sino sólo se restablece su ejercicio ante una afectación manifiestamente arbitraria o irrazonable. Por ello, para que se pueda emitir un pronunciamiento de fondo, es preciso no solo que no se encuentre en discusión la titularidad del derecho constitucional que se alega vulnerado, sino, incluso, que quien sostiene que ha sido afectado en su ejercicio acredite la existencia del acto reclamado. Ello quiere decir que la titularidad del derecho cuya vulneración o amenaza de vulneración se alega debe ser cierta e indubitable, y no controvertida o dudosa.*

11. *De ahí que el amparo constituya un proceso en el que el Juez no tiene, en esencia, que actuar pruebas, sino solo juzgar la legitimidad o ilegitimidad constitucional del acto reputado*

355
Cue...

como lesivo, pues, en tanto vía de tutela urgente, este proceso requiere ser rápido, sencillo y efectivo. Por ello, en el proceso de amparo se está a la prueba de actuación inmediata, instantánea y autosuficiente que se adjunta cuando se demanda o se contesta.

12. Por ello es que, en los procesos de amparo no pueden dilucidarse pretensiones que tengan como finalidad la restitución de un derecho fundamental cuya titularidad sea incierta o litigiosa, o que se fundamenten en hechos contradictorios, o controvertidos, o que requieran la actuación de medios probatorios complejos. Sin embargo, ello no impide que el Juez pueda solicitar la realización de actuaciones probatorias complejas cuando las estime necesarias e indispensables para determinar la ilegitimidad o legitimidad constitucional del acto reputado como lesivo.

De los fundamentos citados se tiene que el Colegiado erróneamente concluye (4.11) que debe desestimarse la demanda por no haberse acreditado con medios de prueba adecuados los hechos imputados a los codemandados. Siendo además que el Colegiado no apreció que con la demanda se ofreció como medio probatorio 9, el mérito del sentido de los anuncios de la empresa denunciada, propalados en el último año, los cuales deberán ser solicitados a Televisión Nacional del Perú, Canal 7. Prueba que no se consideró, pese a que con fecha 11 de marzo de 2011, en el escrito de absolución de defensa previa y excepciones, solicité que se oficie a ABOPE TIME PERÚ S.A. a la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad, APAP, para que proporcionen la publicidad televisiva emitida por la empresa demandada entre los años 2006, 2007 y 2008, para determinar su carácter discriminatorio. Esto ante la respuesta del Gerente de Radio y Televisión del Perú, Canal 7, me manifestó que no cuentan con un archivo de spots publicitarios (Carta de fecha 09 de noviembre de 2010).

Que, de haber sido considerado indispensable el estudio y análisis de la publicidad denunciada como discriminatoria, el Juez de Primera Instancia o el de apelación, muy bien pudieron solicitarla tal y conforme fue presentada como medio probatorio de la demanda, sin embargo no se hizo y fue desestimado implícitamente referido pedido.

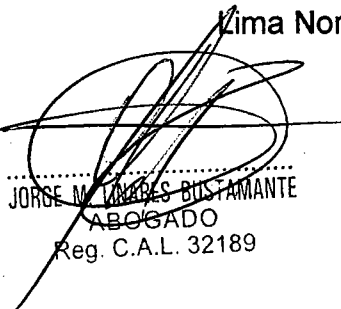
POR TANTO

Solicito a usted Señor Presidente admitir el presente recurso y elevar los autos al Tribunal constitucional, donde aspiro alcanzar justicia.

Adjunto:

- Carta de fecha 09 de noviembre de 2010 remitida a mi persona por el Gerente de Radio y Televisión del Perú, Canal 7. (Copia).

Lima Norte, 19 de Marzo de 2012.


JORGE W. VARGAS BISFAMANTE
ABOGADO
Reg. C.A.L. 32189



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA

FOJAS

378



EXP. N° 02342-2012-PA/TC (EXP. N° 00401-2008-PA/TC)
LIMA NORTE
JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 23 días del mes de octubre de 2012, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Jorge Manuel Linares Bustamante contra la sentencia de la Sala Civil de Vacaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, de fojas 315, su fecha 22 de febrero de 2012, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 9 de abril de 2007, el recurrente interpone demanda de amparo contra Gloria S.A. y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, por considerar que la propalación de la publicidad en torno al producto *Leche Gloria* resulta discriminatoria y engañosa. Alega que la publicidad del producto mencionado denota una típica actitud de menosprecio o rechazo hacia las personas de estatura baja, a la par que difunde como verdadera la versión de que el solo consumo de la citada leche contribuye al crecimiento de los niños, cuando dicho dato resulta científicamente inexacto, y que le solicitó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal que corrija dicha situación, la que rechazó su petición sin otra argumentación que la de considerar que los hechos denunciados no constituyen supuestos de infracción a las normas que regulan la actividad publicitaria.

En primera y segunda instancia se rechazó liminarmente la demanda. Con fecha 20 de agosto de 2010, en el Exp. N° 00401-2008-PA/TC, el Tribunal Constitucional revocó las resoluciones mencionadas y ordenó que la demanda sea admitida a trámite.

La Sociedad emplazada contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente por una indebida acumulación de pretensiones y propone las excepciones de prescripción y de falta de legitimidad para obrar del demandante. Asimismo, aduce que en la demanda no se precisa cuál es su objeto ni la publicidad que supuestamente afecta los derechos del demandante, pues no se señala que publicidad resulta discriminatoria, dónde se encuentra publicitada o en qué fechas, que los hechos y el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA

FOJAS

30/9



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

petitorio no están referidos al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la igualdad, y que no existen medios probatorios suficientes que acrediten que su publicidad sea discriminatoria.

INDECOPI contesta la demanda señalando que el demandante no ha cumplido con agotar la vía administrativa; que el proceso contencioso administrativo es la vía procesal idónea para discutir la presunta inercia u omisión de la Administración Pública; que la decisión de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal de no iniciar el procedimiento de oficio forma parte de su facultad discrecional, y que tanto la Comisión de Represión de la Competencia Desleal como la Sala de Defensa de la Competencia de su Tribunal se han pronunciado sobre los anuncios publicitarios difundidos por Gloria, concluyéndose en la Resolución N.º 0703-2008/TDC-INDECOPI que los anuncios difundidos sobre las ventajas del producto *Leche Gloria* no inducen a error a los consumidores.

El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Independencia, con fecha 23 de mayo de 2011, declaró infundadas las excepciones propuestas; y con fecha 24 de octubre de 2011, declaró fundada, en parte, la demanda y ordenó a Gloria S.A. que en su publicidad comprenda a personas multiétnicas en un porcentaje proporcional a la mayoría de los peruanos, por considerar que ésta conlleva una discriminación indirecta, pues el producto *Leche Gloria* al ser de consumo masivo origina un trato diferenciado al convocar sólo a personas de características caucásicas y no de otras razas; e impropio respecto al extremo de publicidad engañosa.

La Sociedad emplazada e INDECOPI, en forma individual, apelaron la sentencia en el extremo que fue declarado fundado, mientras que el demandante solicitó su aclaración.

La Sala revisora revocando el extremo apelado, lo declaró infundado, por estimar que en autos no existen suficientes medios probatorios que generen certidumbre y certeza sobre la fundabilidad de la pretensión demandada.

FUNDAMENTOS

Cuestión previa: delimitación del petitorio

Antes de analizar las cuestiones planteadas en el considerando 5 de la RTC 00401-2008-PA/TC, es preciso delimitar el objeto del presente proceso. En la demanda se invoca únicamente "discriminación social, racial y publicidad engañosa" y "actitud impasible ante la prolación de publicidades con contenido discriminatorio en los medios de comunicación masiva". En buena cuenta, en la demanda no se indica con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA

FOJAS

380



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

precisión cuál es su petitorio (qué se quiere o busca), pues en ésta el demandante termina concluyendo que su finalidad es “desterrar del Perú los criterios y actitudes discriminatorios manifestados en las publicidades emitidas por los diversos medios de comunicación” Estos alegatos demuestran que la pretensión de la demanda fue planteada en forma abstracta y genérica

A ello se debe agregar que el demandante en su solicitud de aclaración de la sentencia de primera instancia, obrante a fojas 241, recién precisa que “el petitorio de [su] demanda comprende básicamente tres aspectos: el cese de la publicidad con contenido discriminatorio hacia las personas de estatura baja (niños, adolescentes); el cese de la convocatoria para la publicidad de los productos de [Gloria S.A.], a personas de características étnicas caucásicas (tez blanca, cabello rubio, ojos claros) que refleja un profundo contenido discriminatorio, que menoscaba la consolidación de nuestra identidad sociocultural, conformado en su inmensa mayoría por indígenas y mestizos; y el cese del contenido engañoso de la publicidad de [Gloria S.A.], toda vez que no es cierto que el simple consumo de leche contribuye al crecimiento de los niños” (subrayado agregado).

En virtud de los principios *pro actione* y de elasticidad, el Tribunal considera que la imprecisión del petitorio de la demanda se encuentra subsanada por la solicitud de aclaración citada, por lo que cabe emitir un pronunciamiento de fondo. No obstante ello, corresponde precisar que el objeto del proceso debe ser precisado, definido y delimitado en la demanda.

- 2 Planteada así la cuestión, es manifiesto que no corresponde analizar la pretensión de cese de publicidad engañosa por parte de la Sociedad emplazada, pues dicho extremo fue desestimado en primera instancia y consentido por el demandante. Asimismo, es evidente que la pretensión de que se ordene a la Sociedad emplazada que en su publicidad deje de convocar a personas de características étnicas caucásicas es contraria a la naturaleza del proceso de amparo, pues no tiene por finalidad restituir el ejercicio de un derecho fundamental y porque, en caso de estimarse, restringiría irrazonablemente el ejercicio del derecho a la libertad de contratar.

Por dicha razón, corresponde analizar únicamente la pretensión de cese de la publicidad discriminatoria.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA

FOJAS

370

381



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por publicidad

3 En la demanda se aduce "que en la publicidad emitida por Leche Gloria existe un alto sentido de menosprecio o de valoración negativa hacia aquellas personas, sean niños, adolescentes o jóvenes de estatura baja". Se agrega que la publicidad de la Sociedad emplazada "lejos de contribuir a que los criterios discriminatorios por estatura y raza sean superados (...) alimenta la discriminación y el menosprecio a las personas de estas características", pues en su publicidad se convoca "casi exclusivamente a personas de tez blanca, cabello rubio y ojos claros".

4. Si bien en la demanda se cuestiona el contenido de la publicidad de la Sociedad emplazada, en ella se omite precisar qué anuncio, anuncios o campaña publicitaria es la que se cuestiona y califica como discriminatoria. Esta falta de precisión no puede ser subsanada con los alegatos del demandante, por no ser uniformes.

En efecto, en el listado de medios probatorios ofrecidos con la demanda, se aporta "9. El mérito del sentido de los anuncios de la empresa denunciada propalados en el último año, los cuales deberán ser solicitados a Televisión Nacional del Perú, Canal 7" (subrayado agregado) De este medio probatorio ofrecido, se podría inferir que la publicidad objeto de cuestionamiento es aquella difundida entre abril de 2006 y abril de 2007 (fecha de presentación de la demanda); sin embargo, en el escrito de fecha 14 de marzo de 2011, obrante de fojas 174 a 175, el demandante requiere al juzgado de primera instancia que:

oficie a la empresa ABOPE TIME PERU S.A., dedicada a la investigación de medio, para que proporcione la publicidad televisiva emitida por la empresa demandada, entre los años 2006, 2007 y 2008, para determinar el carácter discriminatorio de la publicidad de GLORIA S.A. (subrayado y énfasis agregados).

Los dos alegatos transcritos evidencian que no existe unidad argumentativa respecto al período de difusión de la publicidad discriminatoria. En todo caso, por los argumentos del demandante podría entenderse que se inició en el 2006 y terminó en el 2008.

5. A ello hay que agregar que el demandante no ha aportado ningún medio probatorio pertinente y suficiente que respalde y corrobore su alegato de publicidad discriminatoria. Este comportamiento procesal no es conforme a lo precisado en la STC 4762-2007-PA/TC, en la que el Tribunal subrayó que "son las partes las que deben aportar los hechos al proceso. Ello quiere decir que sobre las partes, recae y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA

FOJAS

37

382



EXP N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

se distribuye la carga de probar los hechos controvertidos en el proceso. De este modo el demandante tiene la carga de probar los hechos afirmados que sustentan su pretensión, mientras que el demandado tiene la carga de probar los hechos que afirma y los que contradice (subrayado agregado).

No obstante ello, corresponde destacar que INDECOPI en su contestación aportó la publicidad que el demandante considera discriminatoria. En efecto, en la Resolución N.º 0703-2008/TDC-INDECOPI, de fecha 9 de abril de 2008, obrante de fojas 137 a 146, se da cuenta de los anuncios publicitarios de la campaña "Tres vasos de leche al día" que promocionan el consumo del producto *Leche Gloria*, que dicen:

El primer anuncio (...) inicia con la imagen de un niño y su madre en una bodega. El niño mira a otro que es más alto que él. Este último sale de la bodega y camina por la calle, deteniéndose a mirar a otro niño de gorro amarillo que es más alto que él. Seguidamente, el anuncio muestra el niño de gorro amarillo mirando a un adolescente que es más alto que él. Todos estos niños son mostrados posteriormente en el anuncio tomando leche. Simultáneamente a la emisión de las imágenes, una locución en *off* señala: "Todos soñamos con llegar alto. Todos queremos ver el mundo desde arriba. Todos queremos ser más grandes. Sigue tomando tres vasos de leche Gloria al día porque así obtendrás el calcio que necesitas para crecer y ser más grande"

El segundo anuncio muestra imágenes intercaladas de varios niños jugando en la playa y tomando leche *Gloria* y latas de leche *Gloria*. Durante la emisión de este anuncio, una locución en *off* musicalizada señala: "Llegó el verano, sol todo el día, hace calor refrescarme quería y como quiero crecer todavía, este verano tomé leche fría. Tres, tres, tres vasos de leche fría, tres, tres, tres vasos de Gloria al día". Seguidamente una voz en *off* señala: "Este verano tus hijos siguen creciendo. Dale leche Gloria con agua fría y así obtendrán el calcio que necesitan para crecer y ser más grandes. Glo, glo, glo, Gloria"

6. Habiendo precisado el alcance de la publicidad a evaluar, es conveniente recordar que en el *Caso Atala Riffo y Niñas vs Chile*, la Corte IDH ha precisado que "la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio, o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación"

En el presente caso, el Tribunal considera que la publicidad transcrita no evidencia distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en la raza o la estatura, y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
OTDA

FOJAS

312

383



EXP. N° 02342-2012-PA/TC (EXP N° 00401-2008-PA/TC)

LIMA NORTE

JORGE MANUEL LINARES BUSTAMANTE

que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos de las personas, razón por la cual debe desestimarse la demanda. Además, el demandante no ha aportado un término de comparación para realizar el juicio de igualdad, ya que sus alegatos son subjetivos.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda, porque no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
URVIOLA HANI
VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ

LO QUE CERTIFICO:

OSCAR DÍAZ MIÑOZ
SECRETARIO RELATOR
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL