

Resolución

Nº 047-2005/CCD-INDECOPI

Lima, 4 de mayo de 2005

EXPEDIENTE N° 024-2005/CCD

DENUNCIANTE : COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL
(LA COMISION)
DENUNCIADA : JORSA S.A.
(JORSA)
MATERIA : PUBLICIDAD COMERCIAL
PUBLICIDAD CON PARTICIPACIÓN DE MENORES
MEDIDAS COMPLEMENTARIAS DE OFICIO
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN
ACTIVIDAD : VENTA DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y OTROS

SUMILLA: *Se declara FUNDADA la denuncia iniciada de oficio contra Jorsa por la infracción al artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 691 – Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. En consecuencia, se sanciona a Jorsa con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias.*

Asimismo, se ORDENA a Jorsa, como medida complementaria, el CESE DEFINITIVO e INMEDIATO de la difusión del anuncio publicitario materia de la presente denuncia o cualquier otro, en tanto presente la fotografía de la portada del encarte infractor.

1. ANTECEDENTES

Con fecha 14 de febrero de 2005, la Secretaría Técnica de la Comisión tomó conocimiento de la difusión de un encarte distribuido por “Boticas Arcangel”, a través del cual se realizaban ofertas y promociones de los diversos productos que comercializan en sus locales, tales como productos de tocador y de higiene personal, así como productos naturistas.

En la portada de dicho encarte se podía apreciar la imagen de un niño y una niña, sentados en una banca vistiendo únicamente la parte inferior de su traje de baño, abrazados besándose.

En la parte inferior de la portada de este anuncio se consigna lo siguiente: “En febrero Te enamorarás de nuestras ofertas”.

Mediante Resolución Nº 1 de fecha 21 de febrero de 2005, la Comisión inició un procedimiento de oficio en contra de Jorsa, por la presunta infracción al artículo 11 del Decreto Legislativo Nº 691 (en adelante, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor). Asimismo, requirió a la denunciada diversa información relacionada al hecho materia de denuncia.¹

Con fecha 9 de marzo de 2005, Jorsa presentó su escrito de descargo en el cual señaló, entre otros, que la escena de una pareja de niños con ropa de baño tiene una evidente relación con la temporada de verano en la que se desenvuelve la promoción realizada a través del anuncio denunciado. En este sentido, la denunciada señaló que, durante el mes de febrero todos los anuncios publicitarios suelen utilizar personas de todas las edades en ambientes naturales o de recreación propicios para disfrutar del sol, como playas y piscinas, donde las prendas de vestir utilizadas son las ropas de baño y gafas de sol. A su vez, indicó que es usual la participación de niños en los mensajes publicitarios y que resulta obvio que utilicen prendas como shorts o trusas, en la temporada de verano.

Asimismo, la denunciada señaló que la conducta de los niños relativa a darse un beso no es extraña y que por el contrario representa un acto común de cariño que simboliza y representa el sentimiento de amor entre las personas, mensaje que se quiso transmitir por ser febrero el mes en el cual se celebra el “Día de San Valentín” o “Día del amor y la amistad”. Jorsa también señaló que la imagen de menores besándose es utilizada en muchos mensajes publicitarios sin que a la fecha se haya sancionado a alguna empresa por esta causa.

De acuerdo a lo señalado por la denunciada y considerando lo establecido en el artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, la denunciada consideró en su descargo que la conducta de los menores que aparecen en el encarte no afecta su desarrollo debido a que el hecho de besarse constituye una conducta normal y en ningún caso es rechazada por la conciencia social. Sobre este punto, Jorsa señaló que presentar a una pareja de niños tomando el sol en un día de verano y con una expresión de cariño

¹ La Comisión solicitó al denunciado que cumpliera con presentar la siguiente información y la documentación que la acreditará:

1. La fecha de inicio de la difusión del anuncio materia de denuncia.
2. La cantidad difundida, la frecuencia de difusión de dicho anuncio y los medios de comunicación empleados para tal fin.
3. El grado de participación de las Boticas Arcángel, Botica Cosmos y Botica del Pueblo en la elaboración y distribución del presente anuncio.
4. Copia de otro(s) anuncio(s) que puedan estar difundiendo en el mercado que contengan características similares al anuncio materia de la presente denuncia.

consistente en un beso y un abrazo, no afecta de ninguna manera su desarrollo.

Adicionalmente, la denunciada señaló que los niños cuya imagen se presenta en la portada del encarte denunciado no promocionan los productos que contiene el encarte. La denunciada señaló que la imagen de los referidos niños se utilizó como simbolización del mensaje: "en febrero te enamorarás de nuestras ofertas". Por ello, Jorsa señaló que para representar al mes de febrero se ha utilizado la escena de dos niños tomando el sol y en trajes de baño; y, para representar al amor resultaba adecuado que en la misma escena los menores se dieran un tierno e inocente beso, como acto de demostración de cariño. Al respecto la denunciada indicó que un criterio subjetivo no puede ser determinante para sancionar a una empresa por infracción a las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Respecto al destinatario de la oferta, Jorsa señaló que los productos promocionados a través del encarte tienen como público no sólo a adultos sino también a menores.

Asimismo, la denunciada señaló que, conforme a lo establecido en el artículo 2 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de ética o deontología publicitaria generalmente aceptados, considerando que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

De acuerdo a ello, Jorsa señaló que el mal gusto de una persona no puede utilizarse como un criterio objetivo para calificar una sanción, mientras no se acrede que una determinada conducta ha lesionado normas precisas y mandatos expresos. La denunciada agregó que constituiría un atentado a la seguridad jurídica que se sancione a una empresa por el hecho de una interpretación maliciosa de una imagen común y que en cambio demuestra un acto de cariño entre dos niños.

La denunciada señaló a su vez que los encartes están dirigidos a un público adulto, razón por la cual la posibilidad de que éste pueda ser apreciado por los niños es improbable, y de ser éste caso, nunca distorsionará su percepción de la realidad, antes bien, la afirmaría.

Asimismo, Jorsa señaló que la Comisión debe considerar que es la primera vez que esta empresa se encuentra en un procedimiento ante el Indecopi y que la elaboración del anuncio cuestionado ha estado a cargo de su propio personal, el cual, debido a su inexperiencia, desconoce las normas de publicidad.

Cabe señalar que Jorsa absolvio la información requerida mediante Resolución N° 1, solicitando la reserva de la información contenida en los anexos 4 a 9 de

su escrito de descargo, constituida por: (i) copia del presupuesto presentado a la denunciada por la empresa encargada de elaborar el diseño de los encartes que contienen los anuncios denunciados; (ii) copia de la factura de cancelación de los servicios de impresión y distribución de los encartes; (iii) copia de las guías de remisión que acreditan la distribución de los encartes a nivel local; (iv) copia del informe de la distribución de encartes, de fecha 9 de febrero de 2005; (v) copia de las guías de remisión de catálogos para las boticas ubicadas en Lima y provincias; y, (vi) copia de los documentos que acreditan los pagos hechos a empresas de mensajería. Mediante Resolución N° 2 de fecha 21 de marzo de 2005, la Comisión calificó como reservada y confidencial la información que obra a fojas 47 a 91 del presente expediente.

Con fecha 6 de abril de 2005, la denunciada solicitó a la Comisión que realizara un informe oral, a fin de poder informar a la Comisión sobre los argumentos que asisten su derecho. Mediante Resolución N° 3 de fecha 11 de abril de 2005, la Comisión denegó el pedido de uso de palabra efectuado por Jorsa.

2. DESCRIPCIÓN DEL ANUNCIO



3. MATERIA CONTROVERTIDA

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

1. La presunta infracción al artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor por parte de la denunciada.
2. La necesidad de imponer a Jorsa medidas complementarias relativas a los hechos denunciados.
3. La sanción aplicable a la denunciada, de ser el caso.

4. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

4.1 Normativa y criterios aplicables

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor señalan lo siguiente respecto a los anuncios que cuentan con la participación de menores:

“Artículo 11.- La participación de los menores en publicidad deberá tener en cuenta la edad de los mismos en relación a los contenidos y características del producto o servicio promocionado.”

Entre otros mandatos de significativa importancia, la Comisión observa que la disposición contenida en el citado artículo 11 tiene por finalidad impedir que los menores participen en anuncios de productos destinados exclusivamente a mayores de edad y cuyo uso podría resultar nocivo para menores de edad, como pueden ser el tabaco, bebidas alcohólicas, centros de juego, entre otros.

Asimismo, como la propia disposición señala, la prohibición también se extiende a la participación de menores, en anuncios, llevando a cabo acciones respecto de contenidos que no guarden relación con su edad o acciones que pudieran generarles algún daño o perjuicio. Ello, aún cuando se trate de un producto que también pueda ser consumido y/o adquirido por un menor de edad.²

Incluso, a consideración de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, esta disposición tiene como finalidad regular la participación de menores, en el sentido de “proteger tanto los intereses e integridad de los menores que participan en el anuncio, así como de aquellos que pueden apreciarlo.”³

4.2 Aplicación al caso concreto

Conforme a señalado en el punto precedente, el artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor prohíbe a los anunciantes la

² Al respecto ver la Resolución N° 079-2003/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión contra Mercados & Norandina S.A. y Grupo Q Comunicaciones S.A., bajo el expediente N° 057-2003/CCD.

³ Al respecto ver la Resolución N° 0079-2004/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión contra Mercados & Norandina S.A. y Grupo Q Comunicaciones S.A., bajo el expediente N° 057-2003/CCD.

participación de menores en los anuncios publicitarios, realizando conductas que no son apropiadas para su edad.

Según aprecia la Comisión, la fotografía que se encuentra en la portada del encarte cuestionado es producto de la utilización de dos niños como modelos publicitarios y/o artísticos, por lo que las conductas que estos muestran ante cámara, responden a una motivación extrínseca propia de quien los conduce como modelos y de quién los dirige para la fotografía.

En este sentido, la Comisión aprecia que en el presente caso, el anunciante ha elegido utilizar a menores como protagonistas de un anuncio publicitario, presentándolos en una situación amatoria que no corresponde ni tiene relación con la edad de los mismos, circunstancia que convierte en infractor al anuncio denunciado.

La imagen presentada en la portada del encarte cuestionado, a juicio de la Comisión, no infringe el artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor únicamente por la simple presencia de un niño y una niña en trajes de baño, con el torso desnudo; y/o, por el beso que estos menores se dan, sino por la apreciación de conjunto de todos los elementos que componen la fotografía. En la composición fotográfica, como se señaló en el párrafo anterior, se presenta a los menores en una situación amatoria que escapa a la naturalidad que se puede apreciar comúnmente cuando dos niños de esa edad se demuestran afecto. La Comisión aprecia, por el contrario, en la fotografía de la portada del encarte cuestionado, una imagen en la que se ve una forzada e inusual conducta de los menores protagonistas del anuncio, circunstancia que hace devenir en impropia su participación en tal escena.

En consecuencia, dado que se ha utilizado a menores como un medio que no tiene relación directa, necesaria ni idónea con el contenido de la imagen presentada en la portada del encarte cuestionado, la Comisión considera que Jorsa ha mostrado menores en la publicidad, sin tener en cuenta su edad en relación con los contenidos que estos han representado. Por tanto, ha infringido lo establecido en el artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, debiéndose declarar fundada la presente denuncia.

4.3 La necesidad de imponer a Jorsa medidas complementarias

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor,⁴ el incumplimiento de las normas

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO N° 691 - NORMAS DE LA PUBLICIDAD EN DEFENSA DEL CONSUMIDOR**

Artículo 16.- El incumplimiento de las normas establecidas por este Decreto Legislativo dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene en su caso la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria.

Las multas que la Comisión de Represión de la Competencia Desleal podrá establecer por infracciones al presente Decreto Legislativo serán de hasta cien (100) UIT. La imposición y graduación de las multas será determinada por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, teniendo en consideración la gravedad de la falta, la difusión

establecidas en dicho cuerpo normativo dará lugar a la aplicación de una sanción de amonestación o de multa, sin perjuicio de que la Comisión ordene, en su caso, la cesación de los anuncios y/o la rectificación publicitaria.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPI⁵ que “[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado”.

En el presente caso, ha quedado acreditado que la denunciada difundió el anuncio materia de denuncia sin tener en cuenta la edad de los menores protagonistas del anuncio. En consecuencia, pese a que la difusión del mencionado anuncio ya no se realiza, la Comisión considera que la posibilidad de que anuncios de naturaleza similar sean difundidos en otra oportunidad, justifica que se ordenen medidas complementarias para evitar distorsiones que se podrían generar en el mercado.

4.4 Graduación de la sanción

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

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

La Comisión ha tomado en cuenta, al momento de graduar la sanción, el hecho de que la difusión del anuncio denunciado es grave por cuanto ha infringido

del anuncio, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiese ocasionar en el mercado y otros criterios que, dependiendo de cada caso particular, considere adecuado adoptar la Comisión.

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

⁵ Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.

normas que salvaguardan a los menores como protagonistas de la publicidad. Asimismo, la Comisión ha considerado que la difusión del anuncio publicitario denunciado ha contado con un significativo peso publicitario.⁶

También considera la Comisión que la sanción debe cumplir con la función de desincentivar la conducta infractora, por lo que la multa debe generar en el mercado un efecto disuasivo. Esta función es recogida en el principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el inciso 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General.⁷

5. RESOLUCIÓN

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

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la denuncia iniciada de oficio en contra de Jorsa S.A. por la infracción al artículo 11 del Decreto Legislativo N° 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor.

SEGUNDO: SANCIONAR a Jorsa S.A. con una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias y ordenar su inscripción en el registro de infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

TERCERO: ORDENAR a Jorsa S.A., como medida complementaria y de conformidad con lo establecido en el artículo 16 del Decreto Legislativo N° 691 - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión del anuncio publicitario materia de la presente

⁶ De acuerdo a lo manifestado por la denunciada el anuncio materia de denuncia fue difundido desde el 7 de febrero de 2005 hasta el término del mencionado mes, a nivel nacional, y dirigida a los domicilios de clientes específicos. La denunciada imprimió ciento sesenta mil (160,000) ejemplares, pese a que señaló que fueron distribuidos solamente alrededor de sesenta mil (60,000).

⁷ **LEY N° 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 230.- PRINCIPIOS DE LA POTESTAD SANCIÓNADORA ADMINISTRATIVA

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

(...)

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

denuncia o cualquier otro, en tanto presente la fotografía de la portada del encarte infractor.

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

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

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