

# “Y MI PALABRA ES LA LEY”: INDECOPI, PUBLICIDAD COMPARATIVA E INTERPRETACIÓN *CONTRA LEGEM* \* \*\*

Gonzalo Zegarra Mulanovich \*\*\*  
Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS

*Por eso nos da más protección sin irritación...*

*¿No era Coca Cola?*

*A continuación el autor nos ofrece –partiendo de los conocidos y polémicos casos aludidos– un análisis cabal de dos importantes momentos de la regulación de la publicidad comparativa en nuestro ordenamiento, y la poco pacífica aplicación de sus normas por parte del INDECOPI.*

*Sin duda, entre las principales virtudes del texto se encuentran el inteligente desarrollo de los fundamentos ideológicos que llevaron al INDECOPI a ir más allá del texto legal –y en forma contradictoria– en dos oportunidades; la claridad expositiva y; sobre todo, las consideraciones sobre interpretación jurídica y razonamiento legal del autor, que trascienden el ámbito específico del Derecho de Competencia Desleal estudiado.*

\* A la memoria de Bobby Mulanovich.

\*\* Casi todas las reflexiones de este artículo tienen algo que ver –su origen, el debate en torno a los temas abordados, las fuentes consultadas– con THEMIS-Revista de Derecho. Y no es casual, pues casi todo lo que soy tiene también vinculación con mi antigua pertenencia a esa suerte de fraternidad disfrazada de revista; acaso la más gratificante y motivadora de las experiencias de mis años de estudiante de Derecho. Descubrir el rigor del mundo académico, desarrollar sanamente mi curiosidad intelectual, conocer el fascinante mundo editorial, forjar algunas de las amistades más sinceras y duraderas que tengo y haber asumido la inigualablemente gratificante responsabilidad de hacer propio un proyecto colectivo; son sólo algunas de las cosas que pude empezar a hacer gracias a THEMIS y que hoy –editor de una revista de negocios– conforman parte de la esencia de mi oficio, que –como THEMIS– exige constante renovación. “Renovarse es vivir, dijo José Enrique Rodó, y THEMIS debe vivir” es la frase que apareció en el número 6 de la Primera Época de THEMIS y fue citada luego en el primer número de la segunda y otras ocasiones, hasta convertirse en un resumen del espíritu de THEMIS.

Constatar hoy que THEMIS publica el número 50 de su Segunda Época y celebra 40 años de la primera, es una de las satisfacciones más intensas que podemos sentir quienes alguna vez afrontamos la disyuntiva real de que THEMIS dejara de existir, contraviniendo el deber ser de la famosa frase fundacional. Felizmente, quienes nos sucedieron han asegurado la supervivencia de la especie, de manera que –ya sin angustia existencial– carece de sentido poner como deber ser lo que ya es. Superada también la influencia arielista de la frase original –transmitida seguramente a Domingo García Belaunde por su ilustre abuelo don Víctor Andrés– citar a Rodó tampoco viene mucho al caso. Por eso, si renovarse es vivir, habrá que renovar también la frase y hablar de nuevas aspiraciones, ahora que la existencia parece asegurada. Gracias a quienes hoy hacen THEMIS, es posible afirmar que “renovarse es vivir, y THEMIS vive”.

\*\*\* Abogado. Profesor de Derecho Mercantil y de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Master en Derecho por la Universidad de Yale.

## I. INTRODUCCIÓN

La regulación de la publicidad comparativa en el Perú ha sido un ejemplo de cómo ciertos intérpretes de la ley, con un poco disimulado voluntarismo, pueden emprender lecturas de ésta que exceden sus facultades legales, y tergiversan el sentido que le otorgaron –en uso de sus potestades políticas– los encargados de redactar la norma, es decir, los legisladores. Esto sucedió primero cuando la ley impedía las comparaciones subjetivas en publicidad, pero los funcionarios de INDECOPI pensaban que esa restricción era injustificada o irrazonable, y entonces pretendieron abolirla mediante la interpretación legal. Frustrado su intento porque fue repudiado por los tribunales judiciales, se decidió –con mejor criterio– modificar la ley para derogar el poco acertado requisito. Sin embargo, cuando la composición del Tribunal del INDECOPI cambió, de forma que entre sus miembros empezaron a primar criterios ideológicos distintos y que no comulgaban con esa modificación legislativa –pues añoraban la norma en su versión original– nuevamente se emprendió en el seno del INDECOPI un intento por tergiversar la nueva ley, esta vez para reestablecer ilegítimamente la prohibición de comparar subjetivamente.

Este artículo intentará demostrar que, en ambos casos, el INDECOPI excedió sus funciones interpretativas y usurpó atribuciones de tipo político que corresponden al legislador. Sin embargo, la segunda tergiversación deviene en más grave, porque pretende restringir derechos –no sólo de los anunciantes, sino también de los consumidores– sin ninguna base legal. Por tanto, la interpretación –aún vigente– que pretende restituir la prohibición sin base legal, pero además restringiendo derechos de anunciantes y consumidores, merece ser repudiada por el ordenamiento y prontamente revocada mediante los mecanismos idóneos que el sistema franquea.

## II. LOS HECHOS

### 2.1 Primer acto: menor protección, mayor irritación

El 21 de septiembre de 1996, Productos Sanitarios Sancela S.A. (en adelante, “Sancela”) puso al aire un anuncio televisivo para su toalla higiénica “Nosotras” (en adelante, “anuncio Camerino”), en el que se afirmaba, entre otras cosas, lo siguiente:

*Modelo 2: (...) antes, para sentirme seca yo usaba esas toallas con malla en la cubierta –coge una toalla higiénica con alas cubierta por el material denominado polietileno perforado, cuya superficie es tomada en primer plano– pero ese plastiquito en los lados ¡uf! Me irritaba la piel –mientras dice esto, señala el costado de la toalla.*

*Modelo 1: Ahora para nosotras eso quedó atrás.*

*Modelo 2: Porque la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada.*

*Modelo 1: Por eso nos da más protección sin irritación...*

Según Procter & Gamble del Perú (en adelante, “P&G”) en ese entonces Deterperú–, el anuncio introducía una comparación “no sólo con las demás toallas del mercado, sino en particular con las toallas de cubierta de polietileno” como su toalla “Always”<sup>1</sup>. Para P&G esa comparación entrañaba dos aseveraciones falsas; a saber: (i) que “Nosotras” brindaba “más protección” que “Always”; y (ii) que “Always”, a diferencia de “Nosotras”, producía irritación en sus consumidoras. Por ello, P&G denunció a Sancela ante la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante, “CCD”), alegando además que el anuncio denigraba su producto.

Por su parte, al contestar la denuncia, Sancela manifestó que en ningún caso el anuncio Camerino debía entenderse como un caso de publicidad comparativa, porque no había comparación explícita de productos.

La CCD, mediante Resolución 012-97-CCD del 18 de marzo de 1997, se inclinó por considerar que “la frase ‘más protección’ constituye una apreciación subjetiva del anunciante sobre los beneficios de su producto, que no contiene información concreta que pudiera ser susceptible de comprobación por la empresa denunciada”<sup>2</sup>. Respecto de la supuesta denigración, la CCD estableció que el hecho que “Nosotras” produjese o no menor irritación que “Always” dependía de “la experiencia que hubiese tenido cada consumidora en la utilización de toallas higiénicas”<sup>3</sup> y que, por tanto, no existía de por medio información objetivamente verificable, sino simplemente “una apreciación del anunciante respecto de las bondades de su producto, que no resulta susceptible de inducir a error a los consumidores”<sup>4</sup>. Protección e irritación, pues, debían ser analizados en este caso desde un punto de vista subjetivo. Por tanto, según la CCD el

<sup>1</sup> Denuncia de P&G. p. 2

<sup>2</sup> Resolución 012-97-CCD. p. 9

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

anuncio Camerino era un supuesto válido de publicidad comparativa ya que, si bien el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 establecía que toda comparación publicitaria debía ser específica, veraz, objetiva y dar una apreciación de conjunto de los hechos, tales requisitos están supeditados al cumplimiento de los principios de veracidad y lealtad que informa toda la regulación publicitaria; principios que, por los motivos antes reseñados, la publicidad bajo comentario no contravenía.

P&G apeló el fallo señalando que éste “estaría validando el hecho de que una empresa pueda transmitir un mensaje publicitario diciendo que un producto competidor tiene un efecto negativo o dañino (en este caso, irritar la piel), sin necesidad de sustento o prueba, bajo el único (sic) justificación de que la frase es de tipo ‘subjetivo’”<sup>5</sup>. P&G hizo entonces hincapié en el argumento de que la objetividad era un requisito de validez de la publicidad comparativa<sup>6</sup>.

Contestada la apelación, el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI (en adelante, “TDC”) resolvió el recurso confirmando la decisión de la CCD, aunque con una argumentación aparentemente más sofisticada:

“... existen sólidos argumentos a favor de tomar una actitud más flexible respecto a la licitud de las comparaciones publicitarias. (...) la Sala considera que las comparaciones fomentan la competitividad y la creatividad en el mercado. Así, por un lado, la publicidad comparativa permite a los consumidores obtener mayor información respecto de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Por otro lado, las comparaciones publicitarias representan una herramienta sumamente eficaz para que el empresario anunciante distinga sus productos de los de sus competidores y expanda su participación en el mercado o ingrese a nuevos mercados, captando mayor número de clientes (...) siempre y cuando no contravengan los principios generales aplicables a todo tipo de anuncios –esto es, que no engañen (por implicancia u omisión) o confundan a los consumidores ni denigren a los competidores”<sup>7</sup>.

Con la justificación antes citada, el TDC ensayó una artificiosa interpretación según la cual el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 no contenía requisitos de validez para la publicidad comparativa, sino una mera descripción de los aspectos

característicos de ésta:

“... es la opinión de esta Sala que el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 tiene como función primordial el establecer que las comparaciones expresas están permitidas, siempre y cuando sean veraces y no denigren al competidor (...) De otro lado, dicho artículo señala cuáles son las características que distinguen a dichas comparaciones para poder ser consideradas publicidades comparativas, esto es, la especificidad, la objetividad, que den una apreciación de conjunto de los principales aspectos comparados y la veracidad...”<sup>8</sup>.

Sobre la base de este razonamiento, el Tribunal construyó un precedente de observancia obligatoria, según el cual:

“1. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, engañando por implicancia u omisión; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo N° 691”.

La resolución del TDC con el precedente citado fue impugnada por P&G en sede judicial, a través de un proceso contencioso administrativo. Estando la causa pendiente de resolución en segunda instancia judicial, el problemático segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 fue suprimido por una modificación legal (Ley 27311 del 18 de julio de 2000),

<sup>5</sup> Apelación de P&G. p. 7

<sup>6</sup> Ibid. p. 12: “Aún (sic) en el caso que se insistiera en considerar que se trata de afirmaciones de tipo subjetivo, la publicidad denunciada igualmente tendría que ser considerada ilícita, por el hecho de ser comparativa y –a la vez– carecer del requisito de objetividad”.

<sup>7</sup> Resolución 168-97-TDC del 2 de julio de 1997. pp. 4-5.

<sup>8</sup> Ibid. p.9

posiblemente promovida por las autoridades del INDECOPI de aquel entonces. No obstante, ello no impidió que el precedente fuese revocado por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, que argumentó que "... la objetividad constituye uno de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa, de allí que la ausencia de dicho requisito de licitud constituye una infracción legal"<sup>9</sup>. El fundamento de esta consideración radicaba en que "la publicidad comparativa tiene como fundamento resaltar las ventajas o bondades de los productos frente a los ajenos, para ello, el anuncio deberá apoyarse en datos concretos, esenciales e intrínsecamente comparables entre sí, siendo la objetividad el requisito esencial que permite a los consumidores adoptar correctamente sus decisiones..."<sup>10</sup>.

De esta manera, el precedente quedó revocado, pero la legislación había sido modificada adoptando la misma línea ideológica y generando el mismo impacto hacia futuro que éste buscaba. No obstante, poco tiempo después, nuevos funcionarios INDECOPI, con otra postura ideológica, abrieron un nuevo capítulo en la historia ondulante de la regulación de la publicidad comparativa en el Perú.

## 2.2 Segundo acto: ¿no era Coca Cola?

El 28 de abril de 2002 Embotelladora San Jorge S.A.C. (en adelante, "San Jorge") difundió un anuncio para promover su producto "Perú Cola" (en adelante, "anuncio Perú Cola"). En éste aparecían sucesivas imágenes de cuatro personajes de apariencia extranjera en diversas locaciones que aparentan ser atractivos turísticos peruanos. En todos los casos, toman o prueban una bebida de color negro y afirman luego creer que se trata de Coca Cola. Estos personajes son identificados con su nombre, número de pasaporte y nacionalidad (en todos los casos, reales). A continuación aparecen todas estas personas en los mismos lugares sonriendo con un vaso en la mano mientras una voz en *off* afirma: "Todos ellos pensaban que el sabor de Coca Cola era inigualable hasta que conocieron el Perú... la nueva Perú Cola". Aparecen luego nuevamente las cuatro personas preguntando "¿No era Coca Cola?", a lo que la voz en *off* responde: "Es Perú Cola, lo mejor de lo nuestro" y aparece la frase "Pídela... ¡Cuesta menos!", así como una figura circular que indica: "Un producto del grupo JPM".

Dada la alusión expresa que se hacía al producto "Coca Cola" en el anuncio Perú Cola, The Coca Cola

Company (en adelante, "CC") denunció a San Jorge ante la CCD basándose en los siguientes argumentos:

- (i) El anuncio vinculaba dos productos que competían en el mercado de gaseosas y cuyas características eran similares ("Perú Cola" y "Coca Cola").
- (ii) Este grado de similitud había sido forzado por San Jorge, lo que se evidenciaba en el modo como había diseñado la etiqueta de su producto "Perú Cola" a efectos de que fuese confundible con "Coca Cola".
- (iii) El motivo detrás de esto último era imitar el producto de CC aprovechándose del prestigio ganado por ésta en el mercado, para luego beneficiarse vendiéndolo a un menor precio.
- (iv) No obstante, a diferencia de lo que pretendía demostrar San Jorge con el anuncio Perú Cola, los sabores de ambos productos no eran lo suficientemente similares como para crear confusión en los consumidores de gaseosas.
- (v) Sin perjuicio de ello, San Jorge debía presentar a la CCD las pruebas de autenticidad e idoneidad respecto de los testimonios que forman parte del anuncio Perú Cola, así como las autorizaciones de las personas que habían emitido dichos testimonios.

Por su parte, San Jorge contestó la denuncia de CC señalando que:

- (i) El anuncio respetaba la normativa publicitaria pues la comparación se sujetaba a los términos del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 (tal como había quedado modificado)
- (ii) CC se contradecía al decir, por un lado, que con la etiqueta del producto se buscaba imitar a "Coca Cola" mientras que el objetivo de la comparación de sabores era más bien distinguir los productos para dejar en claro que "Perú Cola" tenía un precio inferior en el mercado.
- (iii) Los testimonios citados en el anuncio Perú Cola no se presentaban como la opinión generalizada de los consumidores del mercado de gaseosas, sino como apreciaciones subjetivas de quienes los habían emitido.
- (iv) En esa misma línea, el anuncio apelaba al humor y se refería expresamente a un elemento de tipo subjetivo, como era el sabor de las bebidas.
- (v) Sin perjuicio de lo anterior, la etiqueta de "Perú Cola" no generaba confusión en el mercado pues se utilizaba un diseño que era común a las "colas negras", las que más bien optaban por diferenciarse sobre la base de sus denominaciones.

<sup>9</sup> Sentencia sin número de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema del 22 de mayo de 2001, considerando tercero.

<sup>10</sup> *Ibid.* Considerando quinto.

En primera instancia administrativa, esta denuncia fue declarada infundada por la CCD. El problemático segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 ya había sido eliminado del ordenamiento y, en esa medida, era jurídicamente incuestionable que la publicidad comparativa subjetiva estaba admitida en el Perú, por lo que no podía cuestionarse ni sancionarse el anuncio Perú Cola en este extremo<sup>11</sup>. No obstante, apelada la resolución de la CCD, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI de ese entonces no razonó de la misma forma. Para ella, éste no era un caso de publicidad comparativa, sino más bien uno de lo que describía como publicidad adhesiva, siendo que una y otra se diferencian en que la primera busca la diferenciación de los elementos presentados conjuntamente, para resaltar las ventajas propias frente a las desventajas ajenas; mientras que la segunda busca la equiparación de ambas ofertas, es decir, a resaltar las semejanzas y negar las diferencias<sup>12</sup>. Según la Sala, mientras que la publicidad adhesiva es siempre ilegal, la comparativa puede ser legal o ilegal. Es en este punto donde esta instancia introduce un elemento interpretativo artificioso, ya que, a efectos de determinar en qué casos podría hablarse de publicidad comparativa ilícita, vuelve a elucubrar sobre una discusión que la ley (al modificar el artículo 8 del Decreto Legislativo 691) ya había zanjado; esto es, la licitud de las comparaciones publicitarias subjetivas. En tal sentido, el TDC consideraba ahora que el daño concurrencial que toda comparación publicitaria genera “goza de un elemento justificador consistente en su carácter informativo, el cual beneficia el interés superior del consumidor”<sup>13</sup>.

Según el TDC si una publicidad comparativa contiene meras opiniones o juicios no comprobables, no tiene carácter informativo para el consumidor, pues éste no tiene cómo comprobar que las afirmaciones sean ciertas, mientras que el competidor cuyos productos o servicios han sido materia de comparación sufren una detracción de su clientela. Este efecto, según la resolución comentada, sería negativo bajo un modelo social de represión de la competencia desleal.

Pues bien, aplicando esta lógica al anuncio Perú Cola, el TDC concluyó que, al incidir éste sobre los elementos “sabor” y “precio”, no transmitía ninguna información a los consumidores de refrescos de cola, debido a que el “sabor” es un elemento subjetivo, opinable,

imposible de ser mensurado o verificado. Por ello, estima que el anuncio hace que “los consumidores se vean inducidos, erróneamente, a pensar que, efectivamente, el sabor de ‘Perú Cola’ es igual al de ‘Coca Cola’, lo que lo convertiría en ilegal, pues infringiría el principio de veracidad”<sup>14</sup>. Sobre la base de este razonamiento, el TDC estableció un nuevo precedente de observancia obligatoria aplicable a la publicidad comparativa:

“... 4. La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo –es decir, deja de transmitir información al consumidor– teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.

5. La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir, de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño –materializado en la detracción potencial o real de clientela– sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria.

6. La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente con las pruebas documentales suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial”<sup>15</sup>.

### III. QUÉ DIJO LA LEY Y QUÉ NO DIJO, Y QUÉ DIJERON LOS PRECEDENTES

Descritos los hechos, corresponde ahora profundizar en la demostración de que la interpretación del texto original del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 (en adelante, “Ley 1”) realizada por el Tribunal de INDECOPI en la Resolución 168-97-SDC descrita en el punto 2.1

<sup>11</sup> Sin embargo, como quiera que la publicidad comparativa seguía sujeta a los principios que rigen a la publicidad en general, y entre ellos está el de no inducir a error a los consumidores acerca del origen empresarial de los productos comparados, la licitud integral del anuncio Perú Cola podía ser analizada sobre la base de otras consideraciones, como la señalada acá. Al parecer, la CCD omitió entrar en ese análisis.

<sup>12</sup> Resolución 0547-2004-TDC del 10 de diciembre de 2003. p. 14.

<sup>13</sup> Ibid. p.15.

<sup>14</sup> Ibid. p.19.

<sup>15</sup> Ibid. pp. 31-32.

anterior (en adelante, "Precedente 1"), es una interpretación ilegítima y, por tanto, tergiversadora del sentido de dicha norma. Para tal efecto, analizaremos las técnicas interpretativas aplicadas, así como la razonabilidad de lo planteado en el Precedente 1. Igualmente, aplicando una lógica y un escrutinio similares, se demostrará que la más reciente –y aún vigente– Resolución 0547-2004-TDC (en adelante, "Precedente 2", que sustituye al Precedente 1) interpreta contra su sentido el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 tal como fue modificado por la Ley 27311 (en adelante, "Ley 2").

La Ley 1, expedida el 6 de noviembre de 1991, establecía literalmente:

"Artículo 8: Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Toda comparación debe ser: específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados".

Fue ésta la ley que el Precedente 1 interpretó, el 2 de julio de 1997, contra su sentido explícito, pretendiendo que la norma lo que hace es describir cuándo una publicidad es comparativa, en lugar de cuándo una publicidad comparativa es legal. Según esta rebuscada teoría, pues, una publicidad es comparativa cuando, además de comparar, es específica, veraz, objetiva y da una apreciación de conjunto. Si no cumple esos requisitos, sería una publicidad común (incluso si fuera comparativa pero, digamos, no objetiva). Como toda publicidad común, tendría que ser veraz y leal. ¿Y si cumpliera los requisitos? Pues en ese caso sería publicidad comparativa y, a falta de otros requisitos de legalidad, tendría que ser leal y veraz. Es decir, el artículo 8, según esta teoría, exigiría unos requisitos tipificantes de la publicidad comparativa (adicionales al carácter publicitario y la comparación expresa), pero esos requisitos no tendrían ninguna consecuencia jurídica. En plena discusión en sede judicial sobre la legitimidad del precedente y la resolución que lo contenía, y cuando en primera instancia la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de la República se había pronunciado en contra de esta interpretación (aunque con argumentos que no analizaban ni atacaban la legitimidad del proceso interpretativo emprendido por el Tribunal de

INDECOPI), se produjo un cambio legislativo que consagró en la ley la opción política del Precedente 1; es decir, liberalizó la publicidad comparativa, dejando de exigirle el requisito de objetividad que la Ley 1 le exigía, y que el Precedente 1, *contra legem*, interpretó como un mero elemento caracterizador, sin valor normativo. Esta modificación, que consagró lo que en este artículo hemos llamado la Ley 2, fue publicada en el Diario Oficial el 18 de julio de 2000, y establece literalmente:

"Artículo 8: Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores".

Nótese cómo la Ley 2 elimina el segundo párrafo Ley 1. Así, el principal obstáculo para la opción política del primer Tribunal, reflejada en el Precedente 1 –la frase: "toda comparación debe ser..." – quedó removida, de manera que el artículo pasó de tener un contenido regulatorio (que exigía el cumplimiento de ciertos requisitos de validez para que la publicidad comparativa fuera legal), a tener un contenido destipificante o legalizador –en términos absolutos– de la publicidad comparativa. Es decir, la Ley 2 equiparó –limpiamente– la publicidad comparativa con la publicidad común para efectos legales, derogando su semi-ilegalidad. En efecto, como se sabe, históricamente la publicidad comparativa es una de esas categorías mercantiles que en el mundo ha transitado el camino desde la prohibición absoluta, hasta la absoluta legalidad, pasado por un estadio intermedio de regulación específica<sup>16</sup> (legalidad limitada, sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos específicos –adicionales a los exigibles a la publicidad en general– o semi-ilegalidad). En ese estadio, pues (el de la legalidad limitada o regulación) la había puesto precisamente la Ley 1, basándose en la legislación española<sup>17</sup>. Anteriormente a la Ley 1, la publicidad comparativa había estado prohibida en el Perú en términos absolutos por el artículo 111 del Decreto Supremo 001-71-IC-DS que reglamentaba la Ley General de Industrias del año 1970 (Decreto Ley 18350), el cual calificaba a la publicidad que hacía comparaciones con los productos y/o servicios de los competidores, como un acto de competencia desleal<sup>18</sup>.

Queda claro, entonces, que la voluntad legislativa o *ratio legis* de la Ley 2 es la de volver a la publicidad

<sup>16</sup> BOTANA GARCÍA, Gema y Miguel RUIZ MUÑOZ. "Curso sobre protección jurídica de los consumidores". Madrid: McGrawHill. 1999. pp. 50-54.

<sup>17</sup> Ley 34/1988 del 11 de noviembre de 1988.

<sup>18</sup> Posteriormente, el Decreto Supremo 47-85-ICT/IND, de 1985 modificó la norma citada y restringió la prohibición, de manera que ésta afectaba sólo a aquellas comparaciones que tuvieran por objeto desacreditar a los competidores, o indujeran a error a los consumidores sobre la procedencia, naturaleza o características de los productos comparados. Esta norma, a su vez, fue derogada en el año 1990 mediante Decreto Supremo 026-90-ICT/IND, que permitía las campañas publicitarias que compararan productos similares, pero exigía que la comparación fuera verificable; vale decir, objetiva. Esta última norma fue sustituida por el Decreto Legislativo 691, es decir, la norma que para efectos de este artículo hemos denominado Ley 1.

comparativa una publicidad que no requiere ningún requisito de validez adicional a los que rigen para la publicidad en general. Esto es fundamental para el análisis del Precedente 2, que traiciona esa *ratio legis* tanto como el Precedente 1 lo hace con la Ley 1 (pero en sentido inverso). Así, mientras que la Ley 1 buscaba regular la publicidad comparativa (exigiéndole unos requisitos específicos distintos a los del régimen de la publicidad común, como la objetividad), el Precedente 1 traiciona esa *ratio legis* y pretende interpretar la norma como si ésta en realidad buscara liberalizar absolutamente (equiparando la publicidad comparativa con cualquier publicidad). La manera caprichosa y enrevesada en que el Precedente 1 obligaba a leer la Ley 1 (estableciendo diferencias normativas sin consecuencias jurídicas), además de la espuria metodología interpretativa –contraria a todo sentido común– utilizada para tal efecto, aparentemente obligó o motivó a quienes abogaban por una opción política liberalizadora (que claramente no estaba reflejada en el texto de la Ley 1) a impulsar un cambio legislativo que –previo el (legítimo) cabildeo de rigor– se materializó en la Ley 2, que claramente expresa la opción política liberalizadora y sobre todo derogadora de todo requisito de validez adicional. Pero, si hemos dicho que el Precedente 1 hacía leer de manera disfuncional la Ley 1, entre otras razones porque no le daba consecuencias jurídicas, ¿no sería igualmente disfuncional entonces la Ley 2, que sólo tenía por efecto afirmar la legalidad de la publicidad comparativa, sin ninguna consecuencia jurídica adicional, visto que –por principio general del Derecho consagrado constitucionalmente– todo lo no explícitamente proscrito se presume legal? Es decir, si lo que se quería era equiparar la publicidad comparativa con la publicidad común en cuanto a requisitos de legalidad ¿no hubiera sido mejor simplemente derogar el artículo 8 sin más?

Lo que hacía más absurda la lectura del Precedente 1 no era sólo que no tuviera consecuencia jurídica alguna –como, aparentemente, sucede también con la Ley 2–, sino que no la tuviera a pesar de que su texto evidentemente genera una disquisición jurídica, vale decir, establece diferentes categorías. En efecto, la Ley 1, tal como interpretada en el Precedente 1, genera 3 categorías jurídicas distintas: la publicidad común, la publicidad que compara pero no es comparativa (¿?!!) –porque no es objetiva, específica, veraz y da una apreciación de conjunto–, y la publicidad que compara y además es comparativa –porque es objetiva, específica, veraz y da una apreciación de conjunto. Estas tres categorías distintas, según el Precedente 1, tienen la

misma consecuencia jurídica: deben ser leales y veraces para ser válidas. ¿Para qué, entonces, la Ley 1 habría de dedicarse a establecer esas diferentes categorías, especialmente si es un principio general del Derecho que las normas deben ser interpretadas de tal manera que resulten eficaces<sup>19</sup> (es decir, deben tener consecuencias jurídicas concretas)? Una finalidad legalizadora, pues, no tendría por qué diferenciar tres categorías, sino dos, para darle a la segunda –antes total o parcialmente ilegal– la misma consecuencia jurídica de la primera, que se entiende que siempre fue legal. Es decir, la distinción aparentemente inútil que hace una norma con un mero enunciado positivamente legalizador (y no sólo meramente legalizador de la prohibición previa) es resaltar que esa diferencia en los supuestos de hecho (*fattispecies* o *Tatbestände*, en plural) de la normas anteriores (A antes era legal y B ilegal) se convertirá en dos supuestos de hecho con la misma consecuencia jurídica (ahora A y B serán legales, a pesar de que antes B fue ilegal). La distinción, por la referencia implícita a la anterior proscripción o regulación, no resulta entonces ociosa.

Una norma legalizadora, entonces, incorpora un enunciado implícito, que es la previa ilegalidad de una de las categorías jurídicas a que se refiere. Supongamos que una norma buscara legalizar el tráfico de drogas. Podría simplemente derogar toda tipificación penal de esa actividad, pero no sería descabellado que, además, enunciara la legalización de manera explícita. Aunque todo tráfico se presume legal salvo proscripción explícita, no sería del todo ociosa una reafirmación de la legalidad de una actividad hasta entonces proscrita, en vista de que la ciudadanía tiene internalizada la idea de su histórica ilegalidad. Esto es precisamente lo que busca hacer la Ley 2, al afirmar la legalidad de la publicidad comparativa sin darle más consecuencia que la de abolir en el imaginario ciudadano el prejuicio o preconcepción de que comparar explícitamente en publicidad es algo prohibido, o permitido sólo excepcionalmente (por ejemplo, cuando la comparación es objetiva). A diferencia del Precedente 1, la Ley 2 logra esa legalización de manera limpia y transparente, sin crear una tercera categoría inútil. Para la Ley 2 sólo hay dos categorías, la publicidad común y la comparativa. La finalidad del enunciado legislativo es equiparar las consecuencias de la segunda categoría (antes parcialmente ilegal, y en eso reside el enunciado implícito de la norma) con las de la primera categoría, siempre legal. Logra así la Ley 2 revertir el enrevesado sentido que el Precedente 1 había pretendido darle a la Ley 1, que distinguía –en realidad creaba– una publicidad que comparaba sin ser comparativa, y una

<sup>19</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "La libertad de contratar". En: THEMIS-Revista de Derecho 33. Lima: 1996. p. 9.

publicidad que comparaba y era comparativa, teniendo ambas la misma consecuencia jurídica que la publicidad que no compara en absoluto.

Esto es, pues, lo que, faltando tan sólo el pronunciamiento en última instancia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema respecto de la validez del Precedente 1, buscaba lograr la Ley 2. Si bien la Ley 2 entró en vigencia para casos futuros, la Corte Suprema pasó por alto que correspondía ser aplicada de manera retroactiva respecto del caso concreto que resolvía la resolución que contenía el Precedente 1. En efecto, al despenalizar la publicidad comparativa subjetiva de manera definitiva e indiscutible –como lo había pretendido hacer el Precedente 1– el anuncio Camerino que dio lugar al Precedente 1 se volvía absolutamente legal, en aplicación del principio de la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Ese axioma del Derecho Penal resultaba absolutamente pertinente a estos efectos en vista de que, de acuerdo con los principios del Derecho Administrativo Sancionador, son de aplicación a éste los valores garantistas del moderno Derecho Penal<sup>20</sup>. Recuérdese que el Derecho de la Competencia en general y los regímenes de Competencia Desleal y Publicidad en particular, al ser encomendados en el Perú a un ente administrativo como el INDECOPI, ciertamente forman parte del Derecho Administrativo Sancionador.

Dicho todo lo anterior, parece claro que una simple lectura de ambas normas –Ley 1 y Ley 2– permite concluir que ninguna de ellas presenta mayor dificultad interpretativa, especialmente a la luz de un análisis que tome en consideración la historia legislativa de la publicidad comparativa<sup>21</sup>. Es decir, una primera lectura superficial de ambas leyes permite desentrañar con facilidad la *ratio legis* o el sentido objetivo de la norma (para no hablar del concepto, ciertamente pasado de moda, de la voluntad del legislador). Esta primera observación permite concluir, preliminarmente, que tanto el Precedente 1, respecto de la Ley 1, como el

Precedente 2 respecto de la Ley 2, emprendieron interpretaciones artificiosas e innecesarias, por no haber existido en ninguno de los casos controversia previa o duda alguna sobre el sentido de la norma. Estas interpretaciones se basaron en prejuicios evidentemente ideológicos, y estaban destinadas finalmente a tergiversar la opción política subyacente a una y otra ley. Un indicio de que ninguna de las dos leyes era ambigua, y de que en ambos casos el Tribunal se “inventó” la necesidad de interpretar de manera enrevesada la ley aplicable, es que en ninguno de los casos las partes postularon interpretaciones contradictorias del sentido de la ley, que obligaran al Tribunal a tomar postura sobre su verdadero sentido. En ambos casos, las partes asumieron, como cualquier intérprete razonable de la norma, que el artículo 8 tenía un sentido claro y evidente y que ese fluía de su aplicación literal. Ese sentido, en el caso de la Ley 1, era exigir ciertos requisitos para que la comparación publicitaria fuera válida (entre ellos, la objetividad); en el caso de la Ley 2 era permitir la publicidad comparativa sin más requisito que la veracidad y la lealtad; es decir, derogando la exigencia de los demás requisitos, incluyendo la objetividad<sup>22</sup>.

Sin embargo, en el primer caso, el Tribunal –por sí y ante sí– inventó artificialmente la teoría de que la norma no era clara, y que podía ser leída en dos sentidos; uno, el de exigir la objetividad (y demás elementos) como requisito de legalidad; y otro, el de simplemente describir cuándo una publicidad es comparativa para efectos de la ley (entre otras cosas, cuando es objetiva). Ante esta (autoimpuesta) disyuntiva, el Tribunal original<sup>23</sup> optó por preferir la segunda supuesta opción, a pesar de su evidente contradicción con la *ratio legis* de la norma (como veremos más adelante), bajo el argumento de que tal lectura era más compatible con una política pro mercado<sup>24</sup>, cosa que era cierta pero que no estaba en discusión a este nivel, es decir, que no era materia de interpretación legal, sino de opción legislativa.

<sup>20</sup> NIETO, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador”. Madrid: Tecnos. 1994. p. 168.

<sup>21</sup> Que, como se ha dicho, en todo el mundo, pero también en el Perú, supone una transición desde una prohibición absoluta hasta una liberalización absoluta, pasando por un intermedio regulatorio o de semi legalidad.

<sup>22</sup> Tan cierto es esto, que la defensa de Sancela, en el caso que dio lugar al Precedente 1, inicialmente defendió su posición diciendo que las afirmaciones del anuncio no eran comparativas (pues no contenían comparación directa), y que en todo caso no eran subjetivas, sino comprobables. Es decir, asumió que la norma prohibía una comparación subjetiva, por lo que, si admitía que en el anuncio Camerino había tal cosa, sería necesariamente sancionada.

<sup>23</sup> A lo largo del presente artículo distinguiremos la conformación de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en dos momentos: la conformación de la Sala desde la fundación del INDECOPI hasta el año 2001 (que expidió el Precedente 1) a la que nos referiremos como el Tribunal original o el primer Tribunal; y la conformación de ésta desde el 2001 en adelante (que expidió el Precedente 2) a la que llamaremos el Tribunal actual o el segundo Tribunal. Aunque esta distinción no pretende tener un profundo rigor, facilita la narración y argumentación emprendida en este trabajo, desde que es posible identificar un punto de quiebre a partir del cual la conformación del Tribunal cambia mayoritariamente de predisposición ideológica, y tiende a revisar –en algunos casos sustituyendo criterios– la mayoría de precedentes adoptados por el Tribunal original.

<sup>24</sup> Sin duda, un régimen que no exige la objetividad en la comparación publicitaria es más compatible con el mercado, como se verá más adelante en este artículo, pero para eso el texto de la regulación tiene que permitirlo. En este caso, la opción del Tribunal era más compatible con el mercado, pero incompatible con el evidente sentido de la ley que estaba obligado a aplicar.

En el segundo caso, el Tribunal se inventó artificiosamente la teoría de que la norma requería de algún tipo de precisión respecto de cuándo una publicidad comparativa deja de ser leal y veraz. Es decir, sin que existiera controversia sobre la legalidad de una comparación subjetiva en el caso concreto a ser resuelto (que versaba sobre publicidad adhesiva<sup>25</sup>) en este caso el Tribunal decidió pronunciarse para interpretar el régimen de publicidad comparativa con un alcance general, con el evidente propósito de revertir –vía interpretación– la derogación que, en el uso legítimo de sus prerrogativas políticas, el legislador había hecho de los requisitos que en la Ley 1 eran exigidos a la publicidad comparativa. Así, pues, sin que existiera duda sobre si la objetividad era necesaria para la legalidad de la publicidad comparativa (puesto que la Ley 2 había derogado expresamente ese requisito) el Tribunal emprendió –por sí y ante sí, y a su leal saber y entender– una pseudo interpretación destinada a restituir la objetividad como requisito de legalidad de la publicidad comparativa.

Analicemos a continuación la validez metodológica de las interpretaciones emprendidas.

#### IV. INTERPRETANDO LEYES

“Interpretar” no es más que desentrañar el sentido de una expresión, descubrir lo que ésta significa. Como la lingüística se ha encargado de demostrar, el lenguaje no siempre permite transmitir mensajes unívocos entre emisores y receptores. Son incontables los casos en los cuales las expresiones lingüísticas resultan ambiguas al intérprete ocasional en su lectura más superficial y, por tanto, requieren que este último realice el ejercicio intelectual de “desentrañar” su significado. El Derecho no escapa a esta realidad, pues al valerse del lenguaje para transmitir sus preceptos, inevitablemente asume los riesgos derivados de su imperfección, como, por ejemplo, que el sentido de una norma pueda ser trastocado por la interpretación de quien es responsable de su aplicación. Es precisamente a causa de esto que el propio Derecho se ha visto en la necesidad de implementar mecanismos que regulen la interpretación de las normas, para así evitar que una posible ambigüedad en ellas pueda dar pie a una aplicación antojadiza y contraria al sentido que inspiró la decisión política contenida en la ley que se interpreta.

Como señala Marcial Rubio, “La teoría de la interpretación jurídica, de esa manera, es la parte de la teoría general del Derecho destinada a desentrañar el sentido último del contenido de las normas jurídicas cuando su sentido normativo no queda claro a partir del análisis lógico-jurídico interno de la norma”<sup>26</sup>. Es por ello que, entre los distintos métodos interpretativos que plantea la doctrina jurídica, el método de la interpretación literal constituye siempre la “puerta de entrada” a la comprensión de cualquier norma. Esto, por cuanto permite distinguir, en primera instancia, cuáles normas pueden ser aplicadas siguiendo su texto al pie de la letra y cuáles otras requieren un análisis más pormenorizado por contener redacciones ambiguas. En esa medida, puede discutirse si el método literal es autosuficiente o si debe ser preferido en todos los casos, pero no el hecho de que éste debe ser siempre la primera aproximación a una norma. En ese mismo sentido se pronuncia García Máynez, quien señala que el texto legal puede ser tan claro que no surja ninguna duda sobre el pensamiento de sus redactores, en cuyo caso debe aplicarse de manera literal. “Cuando una ley es clara”, señala García Máynez citando a Fenet, “no es lícito eludir su letra, so pretexto de penetrar su espíritu”<sup>27</sup>. En tal sentido, pues, el ejercicio de elucubrar sobre los posibles significados esotéricos de una disposición meridianamente clara, es un emprendimiento superfluo, pero además ilegítimo.

Nótese que el dilema sobre cuáles son los límites a la libertad del intérprete jurídico recae sobre una pregunta filosófico-política de inmensa gravitación, porque su respuesta delimita la frontera funcional y competencial entre las instituciones que representan la División de Poderes, que es una premisa y una garantía del sistema democrático occidental moderno. Los excesos en la libertad interpretativa que conducen a contravenir la intención del legislador –como abstracción, no como individuo– generan una situación de incoherencia e inconsistencia en el sistema jurídico. De ahí que, entre las diversas corrientes ideológicas y doctrinales que abordan con convicción divergente este problema, sea preferible dar preferencia a aquellas que privilegian una metodología rigurosa y estricta, racional y ordenada, de interpretar el Derecho. Deben, pues, prevalecer la racionalidad y la predictibilidad en el ámbito de la esfera pública, y en particular en aquella que involucra las decisiones del aparato estatal y su incidencia sobre la

<sup>25</sup> “En la publicidad adhesiva, el anunciante equipara los productos o servicios propios a los productos o servicios del consumidor, con el fin de aprovecharse del *goodwill* y renombre de que gozan las mercancías del competidor, el anunciante resalta, por diferentes medios, las características comunes a sus mercancías y a las mercancías del competidor”. Ver: FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “Estudio de Derecho de la Publicidad”. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela. 1989. p. 206.

<sup>26</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “El Sistema Jurídico”. Octava edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 245.

<sup>27</sup> FENET. “Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil”. Tomo II. p. 7. En: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. “Introducción al Estudio del Derecho”. México: Porrúa Hermanos. 1941. Tomo II. p. 160.

libertad de los individuos. El emotivismo interpretativo, entonces, es poco compatible con un Estado de Derecho verdaderamente democrático<sup>28</sup>, y sin embargo no son pocos los juristas y filósofos que adhieren a él.

Acaso parte de la razón del apogeo de las corrientes que preconizan una interpretación jurídica laxa y poco rigurosa reside en que resulta imposible desconocer que la interpretación no es, en rigor, una ciencia, porque no constituye un conjunto de reglas generalmente admitidas, con unidad metodológica y capacidad de predicción de sus resultados. Tampoco existe mandato legal imperativo y exigible que la regule. Por el contrario, básicamente contempla una serie de criterios dispersos, sin jerarquía en su aplicabilidad; salvo por el método literal que, como hemos dicho, es siempre el primero del que se vale el intérprete, aunque no siempre el que prevalece al final si es que la norma es ambigua. Hay otros casos en los cuales el método literal no es suficiente, por ejemplo, cuando lo ambiguo del lenguaje permita sostener más de una interpretación literal, cuando el sentido de una norma sólo pueda ser entendido conjuntamente con el de otra norma o cuando la redacción utilizada por el autor sea tan deficiente, que haya que investigar qué fue lo que éste quiso decir en primer lugar. Es así que la doctrina jurídica plantea, adicionalmente al método literal, algunos otros que confluyen con éste. Rubio Correa menciona entre ellos los métodos de la razón de la norma (*ratio legis*), sistemático por comparación con otras normas, sistemático por ubicación de la norma, histórico y sociológico<sup>29</sup>.

La doctrina reconoce pues, que la interpretación es un conjunto abierto de métodos, y que no es posible en todos los casos jerarquizar esos métodos de antemano. Además, si el resultado de la interpretación con un método no resulta convincente por generar, por ejemplo, alguna inconsistencia sistémica, aquél es reversible con miras a la utilización de otros métodos. La interpretación tiene, pues, un carácter argumentativo y dialéctico; y se enmarca dentro de una realidad y un contexto social cambiante, que puede hacer cambiante también el resultado de esa interpretación. Sin embargo, este historicismo relativo está sujeto a ciertos límites racionales. La interpretación puede ser un sistema abierto, pero necesita de un orden

motivador que le impida caer en la entropía. La razón es, pues, inmanente a la idea weberiana del Derecho occidental moderno, y permite distinguir a esa disciplina de la justicia irracional basada en ordalías<sup>30</sup>. Ese límite que reclama la disciplina de la interpretación jurídica puede resumirse al menos para efectos de lo que interesa analizar en este trabajo en dos enunciados fundamentales; a saber: (i) no porque el lenguaje que expresa la ley sea a veces equívoco puede ser tenido por equívoco siempre; no porque a veces la verdad sea inasible, es inexistente; y (ii) una respuesta tiene como causa eficiente, y como causa filosófica la pregunta que responde; cuando no existe duda, la búsqueda de una respuesta deja de ser un acto intelectual sofisticado para convertirse en un sofisma, porque no busca la verdad, sino que al relativizar lo que no admite duda niega la posibilidad de su existencia.

La conjunción de los dos enunciados anteriores encuentra su concreción para efectos de la teoría de la interpretación jurídica en la constatación de que es lícito emprender una búsqueda intelectual de la razón normativa cuando esa razón no es explícita. En otras palabras, el intérprete tiene cierta libertad interpretativa en la medida en que sea necesario identificar la aplicación de criterios axiológicos en supuestos distintos a los que ha previsto explícitamente la ley (porque el legislador –como abstracción– no se puso en ese supuesto); sin embargo, no es legítimo hacerlo en aquellos supuestos en los que el intérprete simplemente cree que la ley se ha equivocado. En este último caso, no existe razón a desentrañar; ésta ha sido entendida a cabalidad, aunque se repudie su justificación. Tal repudio no debe ser disfrazado de duda, porque la discrepancia política se resuelve en la instancia legislativa, no en la judicial o administrativa. En otras palabras, el límite fundamental que impone rigor a la relativa ambigüedad de los criterios que rigen la disciplina de la interpretación de la ley debe ser la convicción de que la decisión política implícita o explícita en la ley no debe ser tergiversada ni cambiada por el intérprete; pues lo contrario es traicionar la esencia de la norma. El límite a la interpretación de la ley es su propio texto en la medida en que éste incorpora una opción ideológica determinada, que no corresponde al intérprete sustituir<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> A diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en el ámbito privado e individual de una decisión de consumo, que sólo afecta al propio consumidor y su familia. En ella, como veremos más adelante, el consumidor tiene derecho pleno al emotivismo y la subjetividad.

<sup>29</sup> RUBIO CORREA, Marcial. Op. Cit. pp. 263-277.

<sup>30</sup> Max Weber distingue entre diversas categorías pre modernas de adjudicación de ideales de justicia, y el Derecho propiamente dicho. Entre esas categorías está el ideal de justicia formalmente irracional, que somete la decisión de las controversias a mecanismos que no demuestran causalidad pero sí formalidad, como los oráculos u ordalías. WEBER, Max. "Law in Economy and Society". Cambridge: Harvard University Press: 1966. p. 63.

<sup>31</sup> Esto no implica asumir una visión poco dinámica o rígida del proceso social jurídico-político, pues la validez de este enunciado se restringe a la voluntad explícita de la ley: en aquellos casos en que ésta resulte aplicable a pesar de no haber previsto el supuesto concreto a ser resuelto –situación que resulta cada vez más frecuente por el avance de la ciencia y la tecnología– resulta no sólo legítimo, sino indispensable interpretar creativamente la ley, aunque siempre según su lógica más aparente.

Lo anterior resulta de vital gravitación para analizar la legitimidad de los precedentes de los que se ocupa este artículo, pues en ambos casos parece evidente que –ante la constatación de que la razón de la ley no era compartida por sus intérpretes (el Tribunal de INDECOPI en dos momentos distintos)– dichos intérpretes decidieron cambiar esa razón invocando una falsa duda acerca de la ley. Analicemos entonces por qué –en concreto– tanto el Precedente 1 como el Precedente 2 (que tienen contenidos ideológicos divergentes) resultan ambos indefendibles desde la perspectiva de la teoría general del Derecho.

#### 4.1 Los precedentes

Recordemos la esencia del Precedente 1 y del Precedente 2. En un contexto en que la norma vigente –la Ley 1– exigía, entre otros, la objetividad como requisito de validez de la publicidad comparativa, el Precedente 1 esencialmente pretende transubstanciar dicho requisito de validez en una mera enunciación descriptiva de los elementos tipificantes de una publicidad comparativa. Por su parte el Precedente 2, en un contexto en que la Ley 1 que exigía la objetividad como requisito de validez había sido derogada, pretende restituirla como tal, desconociendo la evolución legislativa acontecida. Analicemos ambos precedentes por separado.

Si hubiera que condensar sucintamente las múltiples razones por las que el Precedente 1 no se ajustaba a Derecho, conviene mencionar al menos las siguientes:

- (i) La opción evidente e indiscutible del legislador era exigir la objetividad como requisito de legalidad de la publicidad comparativa. Todos los antecedentes, extranjeros (ley española que inspiró la peruana) como locales (la lectura doctrinal y jurisprudencial previa) así lo evidenciaban.
- (ii) En concordancia con lo anterior, no existía duda legítima que debiera ser desentrañada por el Tribunal original por la vía interpretativa. La afirmación de que el segundo párrafo de la ley era equívoco –y generaba la duda– porque la frase “La

publicidad comparativa debe ser... ” podía ser leída tanto en el sentido de exigir requisitos como en el de describir elementos, es sofista –no sofisticado– y por tanto falaz. Como bien apunta Giorgi refiriéndose a las normas, “serán imperativas cuando acompañen las palabras bajo pena de nulidad, no podrán, **deben** u otras equivalentes”<sup>32</sup>. Obsérvese, pues, que la fórmula “debe ser” en una ley no implica una recomendación o consejo del legislador, que al fin al cabo no es la función de la ley imperativa, sino un mandato legal. Por tanto, la Ley 1 era una norma imperativa, y debía ser leída en su sentido normativo, incluso cuando la Real Academia de la Lengua admita, como con casi cualquier expresión, diversos significados para el verbo *deber*<sup>33</sup>. La lectura supuestamente ambigua que pretendió otorgarle el Tribunal original al texto de la Ley 1 antes citado era, pues, manifiestamente artificiosa<sup>34</sup>.

- (iii) En caso hubiera existido efectivamente la artificiosa duda que el Tribunal original invocó, una interpretación más rigurosa (y por tanto más legítima) verdaderamente encaminada a desentrañar una opción legislativa dudosa, hubiera recurrido a la interpretación sistemática<sup>35</sup>, que en este caso remitía a la norma más próxima –y de aplicación directa por estar contenida en un ordenamiento genérico que engloba al de publicidad–; vale decir, a la norma sobre competencia desleal<sup>36</sup>. Ésta, en su versión original<sup>37</sup> –artículo 12 de la Ley 26122– establecía sin duda alguna –sin que fuera posible invocar el alambicado razonamiento analizado en el punto (ii) anterior– que las comparaciones deben ser objetivas. El Precedente 1 pretendió sortear la obligatoria aplicación de esta norma señalando que la ley específica (publicidad) prima sobre la general (competencia desleal); pero pasó olímpicamente por alto que este razonamiento es sólo válido en caso de abierta confrontación (cuando el significado de ambos es indubitable, y contradictorio), y no se aplica cuando una de las normas tiene un significado equívoco o ambiguo que busca ser desentrañado (como el Tribunal alegaba que sucedía en este caso).

<sup>32</sup> GIORGI, Jorge. “Teoría de las Obligaciones”. Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación. 1910. Vol. I. p. 286. Énfasis agregado.

<sup>33</sup> Entre ellos, “estar obligado a algo, tener por causa, ser consecuencia de algo (deberse), exigencia estar obligado, obligación, necesidad, deuda, obligación, ser necesario, cometido, responsabilidad, encargo, trabajo”.

<sup>34</sup> Si hubiera que aplicar al intérprete de la ley un estándar de comportamiento similar al del consumidor razonable –y tuviéramos un “intérprete razonable”– podríamos hacer un paralelo entre las lecturas que hace el primero de un anuncio publicitario y la que hace el segundo acerca de la norma que interpreta. Así, según la Resolución 052-96-TRI-SDC expedida por el propio primer Tribunal (ver: nota 73 *infra*), establece que el consumidor razonable atribuye al anuncio el sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones y lo que éstas sugieren sin recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. Igualmente, el intérprete razonable de la ley debe procurar no recurrir a una lectura de la norma que resulte alambicada, compleja o forzada. Resulta claro que el Precedente 1 es artificioso y rebuscado; por tanto, no responde a esta lógica; no es la lectura de un “intérprete razonable”.

<sup>35</sup> Ello, porque de esa forma se recurre al ordenamiento o ley más próxima al que se quiere interpretar y los ordenamientos más próximos entre sí necesariamente comparten una mayor racionalidad jurídica de la que pueden compartir ordenamientos más distantes entre sí.

<sup>36</sup> El régimen de regulación de la publicidad no es más que una especie del régimen de regulación que combate la competencia desleal. Así, todo ilícito publicitario es un ilícito –pero más específico, es decir, publicitario– de competencia desleal.

<sup>37</sup> La Ley 2 también la modificó, eliminando la exigencia de que las comparaciones de productos y servicios sean objetivas.

Como consecuencia de esto, el resultado de la espuria interpretación del Precedente 1 fue que la ley genérica de competencia desleal, que regula supuestos de menor impacto que la ley específica de publicidad, supuestamente establecería unos requisitos más exigentes. Ello, a pesar de que la relación de los ordenamientos de competencia desleal y publicidad típicamente es de tal naturaleza, que el ordenamiento de publicidad es siempre más normativo y exigente con el anunciante, en vista de que la publicidad tiene mayor alcance e impacto que, por ejemplo, el marketing directo. Así, el resultado de esta interpretación conducía a que, por ejemplo, en un caso de marketing directo (venta puerta a puerta) estuviera prohibido comparar subjetivamente por efecto de la ley de competencia desleal, pero en un anuncio televisivo de alcance nacional, sí estuviera permitido (por la interpretación de la ley de publicidad contenida en el Precedente 1). Un verdadero despropósito.

- (iv) El efecto de la interpretación contenida en el Precedente 1 es que la norma termina distinguiendo entre varias categorías de publicidad; sin embargo la distinción se vuelve superflua porque no tiene ningún efecto normativo: tal como el Tribunal original lee la Ley 1, ésta no tiene ninguna consecuencia. Como se ha visto en el acápite III de este artículo, la interpretación del Precedente 1 genera la distinción de 3 categorías jurídicas superfluas. Si se produce el supuesto de hecho 1 – que la publicidad sea comparativa por ser objetiva– entonces la publicidad será legal siempre que no denigre ni mienta; si se produce el supuesto 2 –que la publicidad no sea comparativa porque no es objetiva a pesar de que compara– entonces sucederá lo mismo: será legal siempre que no denigre ni mienta; finalmente si se produce el supuesto 3 –que la publicidad no sea comparativa porque no compare–, la consecuencia jurídica es exactamente la misma que en los dos casos anteriores. Si tal lectura fuera válida, no se entendería para qué el legislador se habría afanado en redactar la Ley 1, puesto que si hubiera callado los efectos serían exactamente los mismos. Es, pues, un principio general del Derecho que las normas deban ser interpretadas en aquel sentido que les dé aplicación imperativa o contenido normativo<sup>38</sup>. Si de dos interpretaciones posibles, una conduce a que la ley no tenga efecto y la otra sí, se debe preferir la que otorga efectos a la ley. No es válida una

interpretación que hace que la norma no tenga objeto, efecto ni finalidad.

- (v) No es convincente el argumento según el cual la interpretación contenida en el Precedente 1 debía ser preferida por sobre su aplicación literal porque el Precedente 1 le daba una aplicación más acorde con la Constitución Política<sup>39</sup> porque ésta consagra el libre mercado como mecanismo preferible para la asignación de recursos. En efecto, si bien es cierto que, si de dos interpretaciones posibles una se aproxima más al espíritu de la Constitución, se prefiere ésta; para ello tienen que haber primero dos posibles lecturas o interpretaciones legítimas. A la luz de lo señalado en los cuatro acápites anteriores, resulta evidente que la lectura contenida en el Precedente 1 no era legítima, por tanto no estaba en situación de ser preferida aunque resulte claro que, como se ha reconocido en este trabajo y se verá con más detalle más adelante, su inspiración ideológica es más favorable a una cultura de libre mercado. Por lo demás, la disposición constitucional aplicable resulta de tan amplio alcance que el texto de la Ley 1, si bien desafortunado, no llega a ser incompatible con ella. En todo caso, si lo fuera, en vista de que la Ley 1 era unívoca e indubitable, hubiera correspondido su inaplicación por inconstitucional, y eso es algo que en ningún caso hubiera podido hacer el INDECOPI porque el control difuso de la constitucionalidad de las leyes es una prerrogativa reservada a los órganos jurisdiccionales<sup>40</sup>.

No es mejor el panorama cuando se analiza la legitimidad del Precedente 2. Por el contrario, las razones para repudiarlo son más, y más graves. En efecto, las principales razones que hacen espuria la lectura emprendida por el primer Tribunal en el Precedente 1 se aplican también a la interpretación del actual tribunal en el Precedente 2, pero además hay otras razones que hacen ese precedente abominable. Resumamos entonces por qué el Precedente 2 resulta del todo desafortunado:

- (i) Atenta directamente contra la opción política escogida por el legislador cuando explícitamente decidió eliminar la objetividad como requisito de validez de la publicidad comparativa. Nuevamente, no existía duda que desentrañar, era meridianamente claro que la ley es permisiva de la comparación publicitaria subjetiva. Por tanto, la

<sup>38</sup> Ver: nota 19 *supra*.

<sup>39</sup> Es la artificiosa tesis defendida por Claudia Canales y Alfonso Rivera. CANALES, Claudia y Alfonso RIVERA. "Cuál es la más cómoda: comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa". En: *Ius et Veritas* 16.1998.

<sup>40</sup> RUBIO CORREA, Marcial. "La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2005. p. 382.

- discrepancia ideológica del Tribunal con esa realidad no lo legitima para modificarla por la vía de la interpretación.
- (ii) Incluso si hubiera existido algún tipo de duda sobre si la norma proscibía o no la subjetividad en la comparación publicitaria, una interpretación sistemática que remitiera al ordenamiento de competencia desleal no hubiera en caso alguno permitido colegir que debía tenerse por ilegal la subjetividad, desde que la Ley 2 eliminó de la ley de competencia desleal el requisito de objetividad para la comparación en el ámbito no publicitario. Para cuando se produjo el Precedente 2 el ordenamiento general de competencia desleal consagraba también la misma liberalización emprendida respecto de la ley publicitaria por la Ley 2: era lícito hacer comparaciones subjetivas tanto en el ámbito general –por ejemplo en el marketing directo– como en el ámbito publicitario.
- (iii) La construcción conceptual según la cual la subjetividad publicitaria es perniciosa porque no aporta elementos de juicio válidos al consumidor para tomar su decisión de consumo –implícita en la Ley 1– desapareció del ordenamiento con la derogación de la norma que exigía la objetividad como requisito de legalidad de la publicidad comparativa. Por tanto, la argumentación que hace el segundo Tribunal en esa línea, carece al momento de hacerla de todo asidero legal (ya que tampoco está implícita en la ley de competencia desleal, por los motivos vistos en el acápite anterior). El desprecio por la libertad y la responsabilidad del consumidor que semejante teoría entraña (como se verá en el capítulo V más adelante) convierten a esa posición –una vez sin sustento legal– en una expresión del más puro paternalismo, rayando incluso con una concepción totalitaria del Estado que decide –en sede administrativa, por sí y ante sí– qué información puede utilizar el consumidor, que es casi como decidir cuál será su opción de consumo. Un atropello a la libertad.
- (iv) La restricción a la libertad de comercio, tanto para el consumidor como para el anunciante, que esta desafortunada opción entraña, genera un intervencionismo en la economía que desacelera su dinamismo. Por tanto, en lugar de promover el mercado como mecanismo de asignación de recursos, que es una de las tareas del INDECOPI, lo desincentiva. Es decir, esta posición carece de sensatez económica (como también se verá en el capítulo V más adelante).
- (v) Finalmente, la razón más grave por la que el Precedente 2 es espurio reside en que restringe derechos sin sustento legal, lo cual atenta contra la más elemental lógica jurídica en un Estado de Derecho. En efecto, aunque la ley no prohíbe, sino que permite<sup>41</sup> las comparaciones publicitarias subjetivas, el precedente pretende ser en sí mismo la fuente de esa prohibición, invocando una supuesta racionalidad que no se remite más que a las subjetivas opiniones de sus miembros, pero que no tiene ni el más remoto indicio de sustento en el ordenamiento vigente. Por tanto, el razonamiento en el que se justifica la alegada falta de legitimidad de la comparación subjetiva en publicidad es una analogía (que señala que la subjetividad es análoga a la denigración y el engaño, esos sí prohibidos). Y como quiera que el efecto de tal prohibición fuera que los anunciantes queden impedidos de recurrir a cierto tipo de publicidad para promover sus productos y servicios; y que los consumidores reciban menos información –subjetiva– en la cual basar su decisión de consumo, es obvio que la disposición restringe derechos. Pues bien, como se sabe, el artículo 139 numeral 9 de la Constitución prohíbe restringir derechos por analogía, al igual que el artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, que –como se sabe, también– es de aplicación supletoria al resto del ordenamiento por establecer principios generales del Derecho. Esta restricción de derechos por la vía analógica resulta abominable para el ordenamiento democrático porque, como señala Marcial Rubio, la ley que restringe derechos –llamada odiosa– debe ser la excepción y no la regla, en vista de que en el sistema jurídico debe primar la vigencia de los derechos, y no su restricción. Por ello, apunta este autor: “El principio general aplicable en el Derecho consiste en que los derechos se respetan y protegen extensivamente. Por consiguiente, cuando los derechos se restringen, el agente aplicador del Derecho tiene que hacer compatibles la restricción establecida por el legislador, con el principio antes indicado. La mejor manera de lograrlo es, precisamente haciendo interpretación estricta de la restricción. Por ello creemos que no sólo debe prohibirse la analogía, sino también la interpretación extensiva”<sup>42</sup> (de la ley que restringe derechos).

#### 4.2 Yo quiero ser un INDECOPI boy

Como ha quedado demostrado, tanto el Precedente 1

<sup>41</sup> El artículo 2, numeral 24, inciso a) de la Constitución peruana señala que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe ni obligado a hacer lo que ella no impone. Por tanto, está necesariamente permitido comparar subjetivamente en publicidad desde que entró en vigencia la Ley 2.

<sup>42</sup> RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. p. 108.

como el Precedente 2 pasaron por alto el texto explícito de la ley que, en momentos distintos, ambos decían interpretar. Cabe preguntarse cómo así llegó a prosperar dos veces –a falta de una– una actitud tan audaz, por decir lo menos, para interpretar la norma sobre publicidad comparativa. En este punto, buscar explicaciones totalmente distintas y aisladas para el Precedente 1 y el Precedente 2 sería más que artificioso. Aunque es evidente que, respecto del fondo del asunto las motivaciones de uno y otro Tribunal, desde un punto de vista ideológico y hasta político, son distintas y hasta contradictorias, es evidente que en lo que atañe exclusivamente a la metodología interpretativa, el exceso de la primera interpretación sentó un precedente inmediato para el exceso de la segunda. Es decir, al haberse excedido e interpretado *contra legem* el primer Tribunal, el camino estaba despejado para que el segundo Tribunal hiciera lo mismo, pero al revés.

La pregunta entonces se centra en determinar cómo así el primer Tribunal excedió los límites de la ley y de la interpretación rigurosa y razonable para pretender afirmar que la ley decía una cosa totalmente distinta – contradictoria– de lo que en realidad decía. Esto requiere un análisis de la coyuntura en que esta resolución se produjo en su momento. Por entonces, el INDECOPI era una de las instituciones con mayor prestigio en el Perú por el destacado nivel académico e intelectual de sus funcionarios, quienes, en no poca medida, se consideraban responsables del cambio político económico que el país estaba atravesando.

En este contexto, diversas comisiones y el Tribunal del INDECOPI tomaron con valentía importantes decisiones que consideraban indispensables para un adecuado desempeño de la Institución, muchas de las cuales suponían enfrentarse a poderosos grupos económicos y políticos, a más de tomar una posición audaz –pero generalmente bien sustentada– sobre diversas materias jurídicamente discutibles, o en el límite de la interpretación legal<sup>43</sup>. Esto generó en el INDECOPI un aura de idealismo pro mercado, que incrementó aun más su prestigio y el de sus funcionarios (a los que, con una mezcla de burla y cariño se llamaba “INDECOPI *boys*” en los círculos académicos, o al menos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, de donde provenían muchos de sus principales funcionarios).

Muchos profesionales y estudiantes, pues, querían ser INDECOPI *boys*. Con indiscutible buena intención pro mercado, y envalentonados luego de haber enfrentado a poderosos grupos con interpretaciones audaces, los verdaderos INDECOPI *boys* tenían una clara opción ideológica, que ciertamente informaba su interpretación jurídica, de manera generalmente consecuente<sup>44</sup>. La visión ideológica o la teoría del Derecho predominante entre los INDECOPI *boys* generalmente privilegiaba interpretaciones teleológicas y pragmáticas; es decir, su metodología de resolución frecuentemente privilegiaba un análisis de los posibles incentivos que sus decisiones –en la parte resolutive– enviarían al mercado, y luego los revestían de una fundamentación jurídica que les otorgara una solidez académica a prueba de una impugnación judicial. Esto es, sin duda, lo que se quiso hacer en el caso del Precedente 1, aunque sin éxito. Resulta claro que el primer Tribunal encontró que el comercial cuestionado (el anuncio Camerino) era inocuo, y no merecía por tanto sanción. El error residió, probablemente, en extraer de esa constatación una regla general para toda la publicidad comparativa –“la comparación subjetiva debe ser lícita en todos los casos”–, cuando la ley decía lo contrario; en lugar de buscar las razones por las cuales, a pesar de contener una comparación subjetiva, ese comercial, específicamente, podía no ser sancionado.

En el proceso de construir esa justificación con alcance general, el primer Tribunal se sintió autorizado y capacitado para interpretar la ley de manera no sólo laxa, sino incluso enrevesada, artificiosa y rebuscada. Afirmar, pues, que cuando la ley dice “la publicidad **debe ser** objetiva, veraz, específica y dar una apreciación de conjunto de los elementos comparados” la ley pretende **describir** antes que regular la publicidad comparativa, es un razonamiento que no resiste ningún análisis serio por la razones descritas en el punto anterior de este artículo.

Probablemente esta opción libérrima fue producto de una lectura –en mi opinión errónea, por laxa– de la teoría –a su vez laxa– de Fernando de Trazegnies sobre los límites a la interpretación jurídica<sup>45</sup>, muy de moda en el ambiente jurídico académico de los noventa<sup>46</sup>. En efecto, de Trazegnies desarrolla en su discurso “La muerte del Legislador” la idea, ya presente en su libro

<sup>43</sup> Arquetípico de esto es la Resolución 079-97-TDC del 29 de marzo de 1997, en el conocido caso Sinolsa, donde el primer Tribunal resolvió que “... cuando a criterio de la mencionada autoridad la documentación presentada no resulte suficiente, o cuando existan elementos que le hagan presumir una posible simulación de obligaciones, o cuando se detecte la posible existencia de vinculación entre la deudora y su acreedor, se debe verificar, necesariamente, el origen del crédito, investigando su existencia por todos los medios”, en virtud de lo cual se investigó más allá de la persona jurídica, involucrando a sus accionistas.

<sup>44</sup> Véase al respecto: RIVAROLA, Domingo. “Donde te dará gusto meter la pata: el conflicto entre derechos fundamentales en la publicidad comercial”. En: *Ius et Veritas* 16. 1998.

<sup>45</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “La muerte del legislador”. En: “Filosofía del Derecho: selección de lecturas”. Lima: Jurista. 2004.

<sup>46</sup> Cabe indicar, además, que varios de los que firmaron la resolución que incorpora el Precedente 1 pueden ser considerados “discípulos” de de Trazegnies, o en todo caso, abogados muy cercanos al citado jurista, en cuya formación jurídica de Trazegnies ha de haber tenido una fuerte influencia.

“Ciriaco de Urtecho: litigante por amor”<sup>47</sup>, de que el Derecho no es precisamente un sistema cerrado, sino un campo abierto a la argumentación libre, donde los agentes jurídicos buscan fundamentalmente la persuasión<sup>48</sup>. Aplicando esta misma visión, ya no a las partes de un conflicto jurídico, sino al juez o decisor, en “La Muerte del Legislador” el destacado jurista peruano propone, acaso haciendo eco de teorías de finales del S. XIX y comienzos y mediados del XX como el realismo norteamericano y el *Freirecht* (Derecho Libre) alemán<sup>49</sup>, que la ley es un referente relativamente amplio, que admite muchas posibilidades distintas de interpretación, y que es el intérprete –el juez, generalmente– el que determina cuál de esas múltiples opciones es la que ha de ser aplicada, sin importar cuál haya sido exactamente, de esas posibilidades, la que el legislador tenía en mente. Esta teoría, esencialmente correcta, carece –al menos tal como la planteó de Trazegnies– de un énfasis en el punto referido a los límites de esa interpretación, o más específicamente, de qué es lo que el intérprete no puede hacer, qué no puede pretender que dice la ley. En efecto, el jurista se explaya en su ensayo con una bella retórica, pero no dedica mucho a este punto en particular, que es acaso lo más importante de su propuesta. Si bien de Trazegnies precisa que las posibilidades interpretativas son ilimitadas, pero siempre en función del texto expreso de la norma, omite pronunciarse sobre en qué momento resulta evidente que se ha transgredido ese texto. Este punto es de vital importancia, puesto que la premisa de toda la teoría es que el texto normativo admite múltiples y cambiantes lecturas; por tanto es ambiguo. En mi opinión, como se ha señalado en líneas anteriores, ese límite es la opción política adoptada por el legislador – como abstracción, no como individuo. Es decir, la ambigüedad del texto legal abre la posibilidad a todo tipo de lecturas e interpretaciones, pero éstas terminan donde se excedan los límites de la opción política del legislador para el caso concreto. En el Precedente 1, la opción del legislador (por cierto equivocada) era la de regular la publicidad comparativa exigiendo que fuera objetiva. La fórmula “debe ser” no admitía dudas en ese sentido. Por tanto, introducir tal duda para convertir el requisito en descripción traicionaba la opción política, excediendo el texto de la ley.

Ahora bien, nótese que las teorías favorables a la laxitud interpretativa reconocen por lo general esta prerrogativa a los jueces y tribunales, vale decir, a los órganos jurisdiccionales y no a la administración pública en general, como es el INDECOPI. Este detalle no es poco importante desde un punto de vista político filosófico, si se tiene en cuenta que la razón de ser de la judicatura es controlar a los otros poderes, evitando que excedan sus facultades. Esta finalidad política en todo caso hace más razonable concederle a los jueces amplitud de criterio para examinar e interpretar con alguna libertad el sentido de las normas; pero la misma lógica no se aplica en ningún caso a los tribunales u órganos administrativos que forman parte del Poder Ejecutivo, cuya función primordial no es controlar el poder de los demás poderes del Estado, sino ser un brazo del gobierno con funciones regulatorias específicas. Por tanto, para mala suerte de los INDECOPI *boys* el ansiado sustento filosófico que buscaron en las teorías del jurista peruano de Trazegnies –y por implicación en sus obvios antecedentes foráneos– de poco o nada sirve desde un punto de vista conceptual, ya que no los abarcaba en ningún caso en tanto que meros funcionarios públicos sin potestades jurisdiccionales. Si fuera cierto, pues, que el legislador ha muerto –como proclama de Trazegnies– lo hubiera sido en manos del juez, y en ningún caso de la burocracia.

#### 4.3 ¿Era posible una interpretación razonable de la Ley 1?

Hemos visto que el evidentemente excesivo Precedente 1 resultaba poco feliz desde un punto de vista interpretativo. Cabe preguntarse, entonces, cuáles habrían sido criterios interpretativos razonables dadas las circunstancias. Comencemos por el dilema que enfrentó el primer Tribunal al tener que interpretar la Ley 1, con la cual discrepaba ideológicamente y que obligaba a sancionar un anuncio francamente inocuo.

En mi opinión, la regla de la razón hubiera sido una herramienta legítima para amortiguar una eventualmente injusta aplicación de una ley equivocada al caso concreto que en ese procedimiento se analizaba. La regla de la razón o *rule of reason*, el famoso estándar

<sup>47</sup> DE TRAZEGNIES, Fernando. “Ciriaco de Urtecho: litigante por amor, reflexiones sobre la polivalencia táctica del razonamiento jurídico”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. 1981.

<sup>48</sup> Esta idea la tenía también el polaco Johan Huizinga, quien en 1938 escribió su famoso libro “Homo Ludens”, en cuyo capítulo IV plantea que el Derecho es una especie de juego de la persuasión, en el que el ser humano despliega su capacidad lúdica, la cual, según Huizinga, es una fuerza vital que determina casi todas las actividades sociales (relevantes) de la especie humana. Ver: HUIZINGA, Johan. “Homo Ludens”. Madrid: Alianza Editorial. 1998.

<sup>49</sup> Según Du Pasquier, los nazis en Alemania se apropiaron de algunas ideas preconizadas por los adeptos del *Freirecht* para forzar una interpretación del Derecho acorde a sus propios intereses. Ellos afirmaban que existe un “derecho no escrito que se desprende del alma del pueblo alemán y que es conforme con las necesidades de la vida nacional, derecho claramente reconocido, o mejor, sentido y enérgicamente realizado por el juez alemán”. De esa manera, ciertos autores legitiman la interpretación *contra legem* “cuando el bien del Estado lo exige manifiestamente”. Ver: DU PASQUIER, Claude. “Introducción a la Teoría General del Derecho y a la Filosofía Jurídica”. Lima: Librería e Imprenta Gil. 1944. p. 216 y siguientes.

de aplicación de la ley antimonopólica en Estados Unidos<sup>50</sup>, nace en un escenario similar al que podría haberse presentado en el caso del anuncio Camerino; esto es, ante la constatación por parte del órgano encargado de resolver una controversia jurídico-regulatoria específica, de que los hechos materia de discusión encajan teóricamente en la descripción objetiva de la ley, pero en la práctica no tienen los efectos perniciosos que ésta está destinada a combatir. En el fondo, se trata de una simple constatación de que los actos que la ley tipifica como antijurídicos –en atención a que normalmente tienen ciertos efectos indeseables– no siempre perjudican el desenvolvimiento social protegido (en este caso, el mercado). La regla de la razón, entonces, lo que hace es establecer excepciones específicas en las que una conducta tipificada termina por no ser sancionada, porque no es dañina o, puesto de otra manera, porque resulta razonable tal como ejecutada en determinados supuestos<sup>51</sup>.

A diferencia de la regla *per se*<sup>52</sup>, en donde con sólo verificarse en los hechos el supuesto tipificado, se procede a sancionar –de manera que la tipificación resulta implacable, una presunción de ilegalidad que no admite prueba en contrario–, la regla de la razón convierte a la norma tipificante en una suerte de presunción relativa (*iuris tantum*) de la ilegalidad de la conducta descrita en la norma<sup>53</sup>. En buena cuenta lo que hace un razonamiento como el de la regla de la razón es interpretar la ley de manera restrictiva; vale decir, restringiendo los supuestos en que la norma –sancionadora– ha de ser aplicada. Este tipo de interpretación se justifica cuando la norma a ser interpretada “explicada según el significado natural de las palabras, importe contradicción con otra norma, o con un principio fundamental de derecho, o con la *ratio legis*”<sup>54</sup> (de la propia ley). En otras palabras, para restringir los supuestos de aplicación de una norma es necesario atender a una razón no explícita en la propia norma que determine que ésta puede tener consecuencias distintas a las deseadas, en buena cuenta porque la conducta tipificada no siempre tiene, a su vez, las consecuencias indeseables que la ley presume

que tiene. Es decir, se descubren razones, causas y consecuencias distintas a las que la norma explícitamente prevé. Esto equivale, ni más ni menos a distinguir donde la ley no distingue, contraviniendo así el viejo aforismo romano *ubi lex non distinguit, ibi nec nos distinguere debemus* (no se debe distinguir donde la ley no distingue). Sobre dicho aforismo vale mencionar que su elevación a la categoría de dogma o principio general del Derecho de universal aplicación constituiría un absoluto despropósito, como con acierto destacó oportunamente nada menos que el distinguido jurista Nicolás Coviello. En efecto, según Coviello, “es falsa en su generalidad la máxima” citada, puesto que ella “excluiría en todo caso la interpretación restrictiva. Es justa y concluyente [dicha máxima], sólo cuando no haya ninguna razón seria que autorice a restringir la palabra de la ley, y, por lo tanto, a distinguir un caso del otro”<sup>55</sup>.

En otras palabras, según Coviello, es legítimo –necesario agregaría yo– distinguir donde la ley no distingue cuando existe una razón que justifique el distingo. Esa razón por lo general provendrá de alguna necesidad jurídica o política manifiesta en algún principio general del Derecho –ése sí– de aplicación general<sup>56</sup>. Típicamente, en Derecho Administrativo una excelente razón para distinguir donde la ley no distingue es para favorecer al administrado o, en otras palabras, para no imponerle una carga regulatoria excesivamente gravosa. Es decir, por ejemplo, para no prohibirle llevar a cabo un acto que no genera daño, que no genera una consecuencia antisocial. En el caso del Derecho Antimonopólico, así como del Derecho Publicitario, para no impedirle ejercer acciones comerciales que no perjudican al mercado en el caso específico (por más que exista una presunción –en el caso de la regla de la razón, relativa– de que esa acción es generalmente perjudicial).

Por el contrario, lo que no resulta de ninguna manera legítimo, es distinguir donde la ley no distingue restringiendo derechos. En el caso del Derecho Administrativo, no es aceptable distinguir donde la ley no distingue para imponer cargas sobre los derechos

<sup>50</sup> *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*. Supreme Court of the United States, 1911. 221 US 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619.

<sup>51</sup> BORK, Robert H. “La Regla de la Razón y el concepto *per se*: la fijación de precios y el reparto de mercado”. En: THEMIS-Revista de Derecho 47. 2003.

<sup>52</sup> *United States v. Trans Missouri Freight Association*. Supreme Court of the United States, 1897, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007.

<sup>53</sup> La discusión acerca de la aplicación de la regla *per se* versus la regla de la razón en el Derecho Antimonopólico, y en particular a los acuerdos desnudos o puros de concertación de precios y otras condiciones comerciales, se ha producido también en el Perú durante la última década. En efecto, INDECOPI acogió primero la regla *per se* a través de dos (algo contradictorios y algo inconsistentes) precedentes: el caso “Civa” (Resolución 206-97-TDC) y el caso “Pollos” (Resolución 276-97-TDC); los cuales fueron posteriormente sustituidos por el precedente contenido en la Resolución 0224-2003-TDC, en el caso “SOAT”, que consagra la regla de la razón.

<sup>54</sup> COVIELLO, Nicolás. “Doctrina General del Derecho Civil”. México D.F.: Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana. 1938. p. 85.

<sup>55</sup> *Ibid.* p. 86.

<sup>56</sup> En caso de que la distinción necesaria provenga de otra ley, se producirá ya sea una aplicación sistemática de normas (o concordancia) en caso de ser manifiestamente compatibles; o bien un conflicto de normas que deberá ser resuelto según los principios aplicables: jerarquía, especificidad, temporalidad, etc.

del administrado. En Derecho Antimonopólico y en Derecho Publicitario no puede hacerse la distinción no explícita para restringir los derechos de los agentes económicos, incluyendo –en el publicitario– al anunciante.

Este punto es de principal relevancia para efectos del análisis del caso bajo comentario, porque establece los límites aceptables de una interpretación legal que excede la mera literalidad de la norma; supuesto que para efectos de la publicidad comparativa, ocurrió tanto en el Precedente 1 (respecto de la Ley 1), como del Precedente 2 (respecto de la Ley 2). Es decir, podemos decir que ambas normas fueron interpretadas distinguiendo donde la ley no distinguía; pero mientras que en el Precedente 1 tal distinción amplía los derechos del administrado y del ciudadano, en el Precedente 2 los restringe.

Ahora bien, lo anterior no pretende convertir el Precedente 1 en aceptable, puesto que sigue siendo cierto que contraviene el texto expreso de la Ley 1, y por tanto contiene una interpretación espuria. Sin embargo, la intención interpretativa del Precedente 1 es menos perniciosa que la del Precedente 2, en la medida en que en el primer caso se lee la norma para favorecer al ciudadano convertido en agente económico; mientras que la segunda se exacerba la confrontación entre anunciantes y consumidores pero, pretendiendo proteger a los últimos, se restringen los derechos de unos y otros. La intención interpretativa del Precedente 1, entonces, podría haberse logrado satisfactoriamente mediante una técnica ligeramente más fina, similar a la de la regla de la razón; esto es, una interpretación que, respetando el texto de la ley que veía como perniciosa las comparaciones publicitarias subjetivas– hubiera establecido excepciones específicas (no generales, y por tanto, derogatorias de su contenido normativo como hizo el Precedente 1) en casos en que no se verificara el perjuicio. Sin embargo, el Precedente 1 lo que pretende es desbaratar por completo la presunción de la Ley 1 (de que la comparación subjetiva es perniciosa) en lugar de convertir esa presunción en una relativa o *iuris tantum*; es decir, una que admitiera pruebas en contrario (pudiendo el precedente haber establecido lineamientos para admitir esas pruebas en contrario).

En mi opinión, tanto histórica como filosóficamente, una salida como la planteada sí hubiera resultado legítima, incluso cuando –como he afirmado– no existiera mayor duda acerca de que la intención

legislativa fue prohibir la comparación publicitaria subjetiva en todos los casos. Como señaló el supremo juez Harlan en su voto en discordia en el propio precedente que estableció la regla de la razón<sup>57</sup>, era más o menos claro que la norma la Sherman Act– prohibía *per se*. Así se podía constatar de la revisión de las actas de debates de la aprobación de la norma en el Congreso Norteamericano (método interpretativo que el supremo Juez White, que elaboró la opinión mayoritaria de la Corte, no acoge como válido, o al menos como determinante del sentido de la ley), así como en la jurisprudencia anterior de la propia Corte Suprema<sup>58</sup>. El juez White, sin embargo, considera que el texto tipificante no podría no admitir excepciones razonables, y llega incluso a señalar que ese fue siempre el espíritu que –en el Common Law– inspiró la jurisprudencia sobre la materia, e informó la lógica de la legislación específica. En otras palabras, para que la regla *per se* sea indiscutible, la norma tendría que contener una partícula que dijera algo así como “se prohíbe *sin excepción*”, ya que –al no contenerla– no constituye una contravención de la norma expresa no aplicar la sanción a un supuesto tipificado pero no dañino, es decir, aplicar una excepción razonable –la regla de la razón– a la tipificación.

No es contravenir la ley, a menos que ella misma lo impida expresamente (con una indicación como la señalada), leerla como si contuviera una presunción relativa y no absoluta de que la acción tipificada es ilegal. De esta manera, el texto de la ley se relativiza, pero no se traiciona. Su esencia es respetada, y su texto se aplica. Es decir, la opción política que subyace a la norma –que corresponde al legislador, no al aplicador ni al intérprete– se mantiene vigente. Por el contrario, querer convertir la tipificación de ilegalidad en una mera descripción (como sucedió con el Precedente 1) es traicionar el texto y el espíritu de la norma.

En esa línea, entonces, podría haber sido sensato ensayar una distinción interpretativa de la ley con alcance puramente particular, o al menos con un alcance menos ambicioso que el del Precedente 1, que contraviene el espíritu de la ley en todos los casos. Una posibilidad aceptable –vista la constatación de que el anuncio Camerino era inocuo– hubiera sido aplicar la regla de la razón y admitir que, si bien el anuncio era subjetivo –y por tanto contravenía la Ley 1– no era dañino, y por tanto no cabía sancionar en ese caso específico. Otra interpretación, acaso más audaz, pero dentro de los límites establecidos por la propia norma en tanto que expresión de una opción política, hubiera

<sup>57</sup> *Standard Oil v. US*. Op. Cit.

<sup>58</sup> Ver: *US vs. Trans Missouri*. Op. Cit.

sido restringir –ahora sí con carácter más general– la prohibición de la subjetividad solamente a las comparaciones directas o explícitas; vale decir aquellas que mencionan dos marcas (no era el caso del anuncio Camerino que, al comparar una marca con un género de producto constituía una comparación indirecta). En este supuesto la opción legislativa hubiera permanecido vigente, aunque restringida sólo al supuesto más grave. Es decir, constatado el prejuicio implícito en la ley, acerca de la inconveniencia de la subjetividad en la publicidad comparativa, el prejuicio se respetaría, pero sólo para el supuesto más grave, y que por tanto resulta razonable pensar que sería el que el legislador quería evitar con mayor énfasis. Si el segundo supuesto –ligeramente distinto por menos grave– y que el legislador no ha mencionado explícitamente (la comparación indirecta), admite dudas, es legítimo excluirlo de la prohibición, desde que su omisión a ese supuesto específico (distinto del más grave) permite al menos cuestionar que haya querido ser proscrito. Nótese cómo en este caso sí existe una duda razonable: “si este supuesto es parecido, pero menos grave, ¿de todas maneras la opción inequívoca del legislador era prohibirlo?”. Esta duda no es artificiosa, a diferencia de la que el Tribunal original introdujo acerca de la fórmula “debe ser” en la Ley 1. Por tanto, esta duda sí admitía emprender una interpretación más precisa que condujera a limitar la exigencia de la objetividad sólo a la publicidad comparativa directa.

Sin embargo, el primer Tribunal quiso adoptar una postura maximalista que terminara definitivamente con la opción del legislador, que consideraba ilegítima. Hemos visto que la consecuencia de ello fue que su interpretación (contenida en el Precedente 1) fuera revocada judicialmente.

## V. ¿DEBE SER OBJETIVA LA PUBLICIDAD COMPARATIVA?

Luego de analizar por qué fueron espurias las interpretaciones contenidas en el Precedente 1 y el Precedente 2, y qué opciones razonables cabían en el primer caso (visto que el Tribunal discrepaba del contenido de la ley) conviene detenernos a reflexionar

sobre las opciones políticas en discusión; esto es, sobre qué modelo de política pública resulta –desde el punto de vista sustantivo– más conveniente en materia de publicidad comparativa. ¿Es mejor, pues, regular la publicidad comparativa con requisitos específicos –entre ellos, y especialmente– la objetividad; o es mejor que la publicidad comparativa esté permitida como cualquier otra publicidad, y tenga que sujetarse a los mismos principios que la publicidad común o general, es decir, ser veraz (no mentir o confundir) y leal (no denigrar)?

A pesar de que la Ley 1 establecía 4 requisitos de validez para la publicidad comparativa, la discusión se centra principalmente en uno, que es el de objetividad en la comparación publicitaria. Por error de técnica legislativa, se incluyó como requisito uno que siempre ha de cumplirse, que es el de la especificidad, pues toda comparación tiene que ser específica, no se pueden comparar dos generalidades, aunque sí una generalidad con una especificidad (esto dio un argumento al INDECOPI para defender su teoría de que el segundo párrafo de la Ley 1 no regulaba, sino que describía<sup>59</sup>). Entonces, la especificidad no presenta problema ideológico en la medida en que es obvio que la comparación ha de ser específica. Por el contrario, la veracidad siempre ha de ser un requisito de legalidad, pues así está exigido en el régimen general de la publicidad, y no podría ser de otra manera: ningún ordenamiento admite o tolera la publicidad engañosa. Si bien su inclusión en esta parte de la norma (Ley 1) era doblemente redundante (pues el primer párrafo del artículo interpretado ya la menciona, al igual que el artículo 4 del Decreto Legislativo 691), esto revela nuevamente una mala técnica legislativa en la redacción de la Ley 1, mas no genera una controversia ideológica; es evidente que los miembros del Tribunal que redactaron el Precedente 1 y los que hicieron el Precedente 2 estaban de acuerdo en que la veracidad era de todas maneras exigible a la publicidad comparativa (como a cualquier publicidad). En cuanto a la apreciación de conjunto, se trata de una derivación del principio de veracidad, pues una comparación sesgada es omisivamente engañosa. Esto, probablemente, generó que tampoco este punto fuera

<sup>59</sup> En efecto, en su defensa judicial del Precedente 1 el INDECOPI pretendió justificar su interpretación argumentando que la Ley 1 no podría haber pretendido establecer como requisito de licitud a la especificidad, puesto que ésta siempre se produce cuando hay comparación. En vista de que los demás elementos del segundo párrafo estaban vinculados copulativamente (con la conjunción “y”), el INDECOPI concluía que tienen la misma naturaleza jurídica, y si la especificidad es un elemento constitutivo de la comparación, también debían serlo los demás; vale decir, la veracidad, la objetividad y la apreciación de conjunto. En efecto, INDECOPI afirmó en su contestación a la demanda contencioso administrativa: “De otro lado, si consideramos que el segundo párrafo del artículo 8 contiene requisitos de licitud y no características, no podríamos explicar la inclusión del requisito de especificidad, ya que si el consumidor no es capaz de identificar los productos o servicios confrontados, es porque en el anuncio no se ha realizado una comparación propiamente dicha, tratándose en consecuencia de un supuesto de publicidad común, al que se le deben aplicar las normas generales sobre publicidad. La especificidad es, pues, necesariamente, una característica y no un requisito para la comparación. Siendo ello así, no tenemos por qué reconocer una naturaleza distinta a la objetividad y a la apreciación en conjunto de los principales aspectos de los productos o servicios comparados”. Sin embargo, similar razonamiento, pero en sentido inverso puede realizarse –y el INDECOPI lo ignoró o pasó por alto– con la veracidad, que no puede ser nunca un elemento constitutivo o descriptivo; sino que por definición es un requisito de licitud –así está establecido además en el artículo 4 del Decreto Legislativo 691–; por tanto, usando la misma lógica, los demás elementos mencionados copulativamente habrían de tener la misma naturaleza, es decir, ser requisitos de validez.

especialmente sensible a la divergencia ideológica en materia de publicidad comparativa, al punto que el Precedente 2 no restituye la apreciación de conjunto como requisito de validez (ni la especificidad –por obvia– ni la veracidad –por ser aplicable de todas maneras vía el artículo 4 del Decreto Legislativo 691).

Por el contrario, el tema de la objetividad en la comparación sí resultó especialmente sensible a la controversia ideológica. Así, pues, tanto la Ley 1 como el Precedente 2 establecen que la publicidad comparativa, para ser lícita, debe ser objetiva, por lo que no se podrá hacer comparaciones publicitarias que contengan juicios subjetivos de valor.

En su versión más básica una comparación subjetiva contiene un enunciado publicitario del tipo: “A es más rica que B”. Lo que se prohíbe, pues, es la mención específica del competidor acompañado de un juicio subjetivo de valor sobre éste. Nótese que no se prohíbe un juicio despectivo, una opinión negativa o desfavorable del producto o servicio –o de la marca– de la competencia, sino su sola mención en un enunciado que, por subjetivo, resulta de suyo no comprobable. Si se tratara de una apreciación subjetiva denigrante –que menoscaba injustificadamente el crédito del competidor en el mercado–, la mención sería ilegal, en aplicación del artículo 7 del Decreto Legislativo 691, por desleal, no por subjetiva. Acaso la concepción implícita en la Ley 1 y el Precedente 2 incorpora una presunción implícita de que toda mención subjetiva a un competidor entraña una intención maliciosa. Esto se puede derivar de alguna manera de la confusa construcción del Precedente 2, que parece pretender equiparar la comparación subjetiva con alguna forma de aprovechamiento de la reputación ajena<sup>60</sup>. Sin embargo, bien entendidos los conceptos, resulta bastante evidente que se trata de un supuesto isomorfismo ciertamente artificioso y forzado. ¿Cómo así una afirmación como la señalada anteriormente –“A es más rica que B”– aprovecha la reputación de B?. ¿Y cómo así la denigra, si ni siquiera dice que B sea desagradable? La lealtad no supone, pues, objetividad. Pero la Ley 1 y el Precedente 2 asumen que comparar subjetivamente es, de suyo, desleal o engañoso. De hecho, se pretende justificar la

prohibición de la subjetividad comparativa en publicidad bajo el argumento de que la comparación publicitaria sólo logra los requisitos generales de validez –lealtad y veracidad– cuando es objetiva, porque sólo así informa e informa con certeza. Por el contrario, si es subjetiva –se dice– desinforma, no predica nada cierto, desvía mañosamente las preferencias del consumidor sin aportarle nada cierto, certero, comprobable, útil<sup>61</sup>. Pero semejante construcción no consta en ninguna parte, ni es, por cierto, evidente. Es una lectura filosófica y epistemológicamente muy discutible. Supone una generalización peyorativa de la subjetividad, y una falta de rigor en la observación fenomenológica de la realidad. Es, por cierto, totalitaria: presume, sin admitir prueba en contrario, que la comparación subjetiva es malintencionada, mentirosa y denigrante necesariamente, ya sea expresamente o por implicación.

Por el contrario, un análisis más ponderado y profundo –y menos sesgado– nos demuestra que cualquier comparación subjetiva no es denigrante ni mentirosa *per se*. Puede serlo, como no serlo. “A es más rica que B” es un enunciado que, por ser subjetivo, no es ni cierto ni falso<sup>62</sup>. Tampoco es denigrante ni laudatorio del competidor; simplemente enuncia que quien hace tal afirmación percibe sensorialmente una preferencia por A sobre B. Si el anunciante es el autor de la frase, el consumidor es consciente –y puede ser todo lo suspicaz que quiera– del interés mercantil que lo mueve a hacer tal afirmación (vender); si es un líder de opinión contratado para tal efecto, el consumidor también tiene la información necesaria para saber que la motivación del opinante no es necesariamente desinteresada<sup>63</sup>.

Así las cosas ¿qué es lo reprochable de una comparación publicitaria subjetiva? Encontrar una respuesta convincente, en el contexto de una economía dinámica, de gran movilidad mercantil, de acentuada competitividad y agresiva –pero no desleal– lucha concurrencial, resulta harto difícil, si es que no imposible. Una concepción moderna y funcional de la competencia encuentra dificultad en justificar la alegada deslealtad intrínseca de una comparación publicitaria subjetiva.

<sup>60</sup> “Debe aclararse que el aprovechamiento indebido de la reputación del competidor es logrado mediante la equiparación de las supuestas características de la oferta propia con aquellas atribuidas al competidor, es decir, a través de una equiparación entablada sobre la base de elementos subjetivos”. Ver: Resolución 0547-2004-TDC. p. 13.

<sup>61</sup> Ver: nota 15 *supra*. Doctrinariamente, esta concepción se basa en la idea de que “... la comparación publicitaria ha de ser objetiva porque tan sólo las comparaciones objetivas favorecen el interés de los consumidores en obtener una adecuada información”. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “Estudios de Derecho de la Publicidad: homenaje a la Facultad de Derecho o autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, catedrático de Derecho Mercantil, nos XXV años de catedra”. Santiago de Compostela: Universidad de Compostela. 1989. p. 527.

<sup>62</sup> Cuando se dice que la comparación publicitaria no debe engañar, es decir, debe ser veraz, no puede entenderse que para ello la comparación tiene que ser objetiva (tener capacidad de ser verdadera o falsa), sino que –cuando sea objetiva– debe ser cierta. Por ejemplo: “A rinde 3 veces más que B”. En ese caso, la comparación tendrá que ser cierta; pero eso no quiere decir que toda comparación publicitaria tenga que tener un contenido comprobable.

<sup>63</sup> Ello, en la medida en que se cumpla el resto del ordenamiento y la publicidad no haya sido camuflada bajo alguna forma de reportaje objetivo o periodístico sin motivación mercantil, o interés de parte.

Ahora bien, buena parte de la doctrina –incluso de la doctrina más respetable– considera que la comparación publicitaria subjetiva debería ser considerada ilegal<sup>64</sup> y, por tanto, presume ya sea su carácter engañoso, o bien desleal. Así, pues, existen –por cierto– varios ordenamientos en el mundo que regulan la publicidad comparativa prohibiendo las comparaciones subjetivas. El ordenamiento español<sup>65</sup>, en el cual se inspira nuestra regulación publicitaria (al menos en su versión original) adopta por cierto esa perspectiva. Otros ordenamientos, típicamente Estados Unidos, han optado por una postura más permisiva en cuanto a publicidad comparativa, en el entendido que –al dar mayores opciones a los proveedores para captar la preferencia de los consumidores– favorece la competencia. En tal sentido, no debe ser casual que un sistema así funcione en una economía más libre y dinámica. Que la principal economía del planeta no considere desleal ni prohibida la comparación publicitaria subjetiva indica que –en efecto– la liberalización de la publicidad comparativa, versus su regulación, es mucho más compatible con el libre mercado.

Como se ve, entonces, es posible trazar una línea de causalidad –específicamente en materia publicitaria– que va desde la liberalización hasta el mayor desarrollo económico. Así, pues, a menores restricciones regulatorias, mayor creatividad, mayor persuasión, mayor efectividad publicitaria, mayores ventas, mayor desarrollo del mercado, y mayor desarrollo económico. De lo anterior se desprende, que la liberalización de la publicidad comparativa subjetiva es más compatible con una economía libre, con un sistema pro mercado. En cambio, las restricciones específicas a la publicidad comparativa –como la pretendida obligación de que ésta sólo sea válida si es objetiva– son propias de un sistema menos libre, menos eficiente, menos librado a las fuerzas de la competencia; de un sistema basado en una concepción ideológica que le tiene menos fe a la libertad y a la competencia.

Un sistema consistente con un modelo moderno de libre competencia debería por tanto descartar por completo la idea de regular la publicidad comparativa exigiéndole como requisito de legalidad la objetividad. Considero que las infinitas razones que así lo

recomiendan pueden razonablemente resumirse en las siguientes cuatro:

### 5.1 Teoría subjetiva del valor

La economía de mercado como sistema económico encuentra su justificación filosófica en las teorías políticas de origen liberal, en el sentido más amplio del concepto. En efecto, la modernidad occidental se sustenta en un consenso general en torno a la dignidad del ser humano, que se expresa en un respeto generalizado por su libertad. Tal libertad es el sustento de la legitimidad del poder constituido, y por tanto, el poder político no puede atropellarla arbitrariamente. Aunque la concreción de estos principios siempre podrá generar cualquier tipo de discusiones de toda naturaleza –y en particular, sobre el grado admisible de intervención del poder político sobre la iniciativa económica de los individuos–, lo cierto es que todos los matices en discusión admiten como premisa la preexistencia y prevalencia del individuo sobre el Estado, al menos desde un punto de vista etiológico y filosófico.

Desde luego, la asunción de esta filosofía tiene consecuencias de todo tipo, pero una que resulta imposible soslayar para efectos de un análisis de la legitimidad de una intervención estatal sobre las relaciones de tipo comercial o económico entre los individuos –como es todo el Derecho de la Competencia y dentro de él, el Derecho Publicitario– es la epistemología del valor de los objetos, o de los fenómenos del mundo cognoscible.

Con esto nos referimos al dilema político-filosófico que se presenta cuando hay que decidir si el poder tiene algo que decir sobre cómo valoran los individuos o ciudadanos todo aquello que los rodea. Para Hayek<sup>66</sup> en este punto reside nada menos que la justificación del individualismo metodológico (que no es igual, como maliciosa o ignorantemente pretenden los detractores del liberalismo, a una justificación del egoísmo). Así, pues, de acuerdo con el autor austriaco, la estructura del mundo impide que los individuos podamos conocer a ciencia cierta las necesidades y preferencias de nuestros iguales, ya que no tenemos acceso –más que a través del lenguaje, que siempre admite manipulaciones, matices o deliberadas mentiras– a los

<sup>64</sup> La defensa de P&G en el caso del anuncio Camerino presentó incluso varios dictámenes de distinguidísimos juristas españoles que, a más de considerar espuria la interpretación de la Ley 1 que hacía el Precedente 1, dado su texto literal, adhieren también a la supuesta conveniencia legislativa de una prohibición de la comparación publicitaria subjetiva. Así, por ejemplo: LEMA DEVESA, Carlos. “Dictamen sobre el concepto y los requisitos de licitud de la publicidad comparativa en el Perú”. Madrid, agosto de 1998; y FERNÁNDEZ-NOVOA, Fernando. “Dictamen sobre el régimen jurídico de la publicidad comparativa en el Perú”. Santiago de Compostela, octubre de 1998.

<sup>65</sup> Artículo 6 bis de la Ley 34/1988.-

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes y servicios, entre los cuales podrá incluirse el precio.

<sup>66</sup> HAYEK, Friedrich A. “The Road to Serfdom”. Chicago y Londres: The University of Chicago Press. 1972. pp. 13-14.

centros de percepción y razonamiento de ellos. Como la información con la que contamos sólo nos permite conocer lo que nosotros mismos queremos o necesitamos, tiene sentido que nos concentremos en proveernos a nosotros mismos las necesidades y preferencias que tengamos.

Nótese que esto abarca ciertamente la valoración de las cosas, en el sentido más amplio. Que uno necesite o prefiera comer vegetales o carne, vestir algo ligero o algo abrigador, trabajar en cosas mecánicas, artísticas o intelectuales, vivir en un ambiente de paredes verdes o amarillas, depende de qué valor le asignemos a cada una de esas opciones.

Organizada la sociedad con un sistema monetario, esos valores podrán siempre –al menos metodológicamente– traducirse a un valor monetario, es decir, a un precio. Que los objetos sean intercambiados a los precios en que los individuos que intervienen en la transacción se pongan de acuerdo es uno de los fundamentos de la economía de mercado, pero ese fundamento se basa en una teoría subjetiva del valor<sup>67</sup>. Esta consiste, pues, como puede fácilmente adivinarse, en que cada individuo valora los objetos de manera diferente –según su distinta necesidad o preferencia respecto de cada objeto– y, por lo tanto, no es posible que ningún objeto en el mercado tenga un valor único, objetivo o correcto, y ni siquiera “justo”.

Los promedios conocidos como “valor de mercado”, obtenidos de la suma de valores pagados por un mismo bien, dividida entre la cantidad de transacciones consideradas, son necesariamente referenciales y no pueden constituir una ortodoxia; es decir, no predicán, ni siquiera por aproximación el valor “verdadero” del objeto, simplemente porque tal valor no existe. No es que sea inaprehensible epistemológicamente –es decir, no es que no se pueda conocer la esencia de las cosas–, sino que el valor no reside en la cosa, sino en las personas que hacen uso o toman provecho –real o potencialmente– de ella. Y ese valor subjetivo sí es epistemológicamente inaprehensible por las razones que anotaba Hayek. El valor no es, pues, intrínseco, sino relacional. Depende de cuántos y quienes quieran –y con qué intensidad– determinada cosa, y de cuánto de esa cosa haya disponible en el mercado. Nótese que la importancia de la escasez del bien, nuevamente, no es objetiva, sino relativa, y relativa a una serie de subjetividades. La escasez de las cosas sólo determinará que su precio aumente si esa escasez genera que un conjunto relevante de potenciales demandantes del bien lo valore más precisamente porque es escaso. Pero si, por ejemplo, en el universo existe tan

sólo un diente humano verde, ese diente no vale más hasta que alguien –subjetivamente– lo valore como rareza. Si eso no sucede, no vale nada aunque sea único.

Ahora bien, la subjetividad del valor como fundamento de una economía de mercado no sólo se limita al resultado de un proceso valorativo, sino que abarca también los estadios intermedios del proceso de valoración. Por tanto, cómo se adopta una decisión de consumo cualquiera es un proceso en el que la subjetividad de la valoración tiene una preponderancia determinante. Es decir, para decidir cuánto vale para alguien un determinado bien, ese individuo previamente valora –también subjetivamente– los atributos que considera relevantes para establecer su valor final. No es necesario que haya de por medio una publicidad comparativa para que esa decisión tenga un alto componente de comparación; esto es, la decisión de consumo involucra una medición subjetiva de los atributos de un bien o servicio que puede perfectamente estar considerando aquellos que pudieran tener sus potenciales sustitutos.

Pero, haya o no comparación de por medio, el elemento que termine determinando una opción de consumo en uno u otro sentido es una decisión soberana del individuo. Puede ser tanto arbitraria como racional. Puede provenir de una remembranza, de una disfunción freudiana, de un estricto análisis de costo o beneficio, o de una simpatía o antipatía identificable a favor o en contra de una persona. Esta no es una mera petición de principio ideológicamente condicionada. Es una de las premisas de la disciplina del marketing y, como tal, tiene su base en constataciones empíricas. Cualquier profesional vinculado al arte o a las ciencias destinadas a vender más, sabe con absoluta certeza que la manera de lograrlo con mayor efectividad es mediante el desarrollo de un vínculo emocional entre el consumidor y el producto o servicio que está a la venta<sup>68</sup>. Cualquier fenómeno de marketing –cualquier marca realmente poderosa– se sustenta en eso. ¿O es que hay algo racional en preferir Coca Cola, usar carteras Louis Vuitton (y pagar su astronómico precio) o zapatillas Nike?

Como quiera que el consumidor no tiene por qué dar cuenta de las razones o sinrazones que lo llevan a tomar una u otra decisión de consumo, no existe agente en el mercado que pueda acaparar, procesar y sistematizar la información que motiva las decisiones de consumo. No se puede establecer, entonces, una “normalidad” objetiva sobre qué elementos es objetivamente prudente o siquiera conveniente tener en consideración para preferir una determinada marca sobre otra.

<sup>67</sup> GHERSI, Enrique. “Orígenes del Liberalismo”. Lima: Instituto del Ciudadano. 1995. p. 5.

<sup>68</sup> Ver: ABRAHAM, Jay. “Getting Everything You Can Out of All You’ve Got”. New York: Jay Abraham. 2000.

Por tanto, el valor de la información también es subjetivo. Es por ello que afirmar alegremente –como lo hace el Precedente 2– que sólo la información objetiva y comprobable aporta elementos de juicio valiosos al consumidor, es una temeridad. No sólo resulta ingenuo (porque asume que es posible establecer un estándar único de conveniencias); no sólo resulta falso (porque ignora la realidad de cómo funciona el mercado); resulta además totalitario, porque pretende imponer una centralización (en el Estado, vía la regulación) del poder de definir qué es conveniente y qué no para el consumidor. Por más que se deje nominalmente la decisión final al individuo consumidor, establecer qué criterios pueden ser tomados en cuenta y cuáles no para terminar de llegar a esa decisión es absolutamente contradictorio, y supone una confiscación de al menos parte de esa libertad de decisión.

No es cierto, pues, que la información objetiva sea la única que pueda llevar a una decisión de consumo legítima, o digo menos, eficiente. El Estado no tiene ni legitimidad ni elementos de juicio (información) suficientes para imponer al consumidor el tipo de criterios –si meramente objetivos o arbitrariamente subjetivos– que deben regir su decisión de consumo. Es perfectamente imaginable, y además totalmente legítimo, que un consumidor prefiera una marca cualquiera porque, por ejemplo, un líder de opinión recomienda esa marca, incluso si la recomienda sobre otra, con explícita mención a la otra. En otras palabras, es inobjetable que Maradona, Bill Gates o el Zambo Cavero influyan en un consumidor cualquiera afirmando que “A es más rica que B” y que el consumidor prefiera B sólo porque se identifica –de cualquier inexplicable manera– con ese líder de opinión<sup>69</sup>.

Por tanto, pues, no es consistente políticamente –al menos en una sociedad que se precia de regirse por las leyes del mercado– que el Estado imponga la falsa teoría de que las decisiones de consumo son sólo aceptables (por moralmente buenas o funcionalmente eficientes) si es que están basadas en una comparación objetiva de las opciones de consumo posible. Semejante cosa atenta contra la teoría subjetiva del valor, pilar fundamental del libre mercado, y de la libre competencia.

## 5.2 El estándar de consumidor razonable

Como estableció Duncan Kennedy<sup>70</sup>, el Derecho privado tiene reglas y estándares. Los estándares son referentes sociológicos que admiten un grado de discrecionalidad en la fijación de su contenido específico al caso concreto. El estándar más conocido en el Derecho Romano Germánico es el estándar del buen padre de familia, metáfora semi abierta que remite al comportamiento ideal que una persona arquetípica, con ciertos valores morales, previsiblemente adoptaría en una situación determinada (imprevista por la regulación o el ordenamiento) teniendo en cuenta su comportamiento habitual en situaciones más previsibles. El buen padre de familia se aplica al Derecho Civil, es decir, a las relaciones entre privados. En otros sub ordenamientos o ámbitos del Derecho, se aplican otros estándares, algunos de los cuales son la extrapolación del estándar del buen padre de familia a relaciones jurídicas de otro tipo. Así, podría decirse que el consumidor razonable es el buen padre de familia en sus relaciones de consumo en un mercado libre y abierto<sup>71</sup>. En el Derecho de la Competencia, al consumidor razonable se le opone el estándar del consumidor medio o promedio, que es la idealización de las actitudes de consumo generalizadas en un determinado mercado<sup>72</sup>. El consumidor razonable es el estándar utilizado jurisprudencialmente en los Estados Unidos. El consumidor medio es el que se utiliza más frecuentemente en Europa (muchas veces por mandato legal específico), incluyendo España, cuya legislación publicitaria sirvió de modelo a nuestra ley de publicidad, y en particular al texto original del artículo 8 –Ley 1– que regulaba de manera restrictiva la publicidad comparativa.

La principal diferencia entre el consumidor razonable y el consumidor medio es que el primero supone asumir conductas sistemáticamente diligentes. Precisamente por ser razonable, la aplicación de este estándar supondrá siempre necesariamente descartar la protección de aquellas conductas de consumo que resulten irreflexivas, negligentes, etc. Esto no implica –por cierto– una profesión de fe en torno a que el consumidor –en última instancia, el individuo– actúa siempre racionalmente. Sería un error antropológico

<sup>69</sup> A esto, Landes y Posner le llaman “capital de prestigio”. Ver sobre este punto: LANDES, William M. y Richard A. POSNER. “El contenido económico del Derecho de Marcas”. En: *Ius et Veritas* 13.1997.

<sup>70</sup> KENNEDY, Duncan. “Form and Substance in Private Law Adjudication”. *Harvard Law Review* 89. 1976. pp. 1685-1778.

<sup>71</sup> “Todo esto conduce (...) a que el esquema de protección del consumidor se centre en la idea de proteger a consumidores razonables, entendiendo por consumidor razonable a aquel que actúa con la diligencia ordinaria que es esperable en ciertas circunstancias”. Ver: BULLARD, Alfredo. “Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales”. Lima: Palestra Editores. 2003. p. 436.

<sup>72</sup> “Para determinar esta posibilidad de inducción a error habría que tener en cuenta el criterio, en tal sentido, del consumidor medio, un tipo ideal medio de destinatario, incluso distraído, desprevenido o de escasa educación”. Ver: PINO, Manuel. “La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988”. Madrid: Instituto Nacional de Consumo.1991. p. 55.

acoger ciegamente el dogma del racionalismo. La verdadera naturaleza del hombre es a la vez racional y emotiva, y los contornos de una y otra motivación son muchas veces imposibles de distinguir. Pero es un error más grave inferir de la constatación anterior que el ordenamiento debe proteger con un paternalismo originalmente ingenuo, pero que fácilmente se tornará en un despiadado totalitarismo, todos aquellos impulsos de los individuos que no pueden ser canalizados a través de su razón. El individuo debe hacerse responsable de sus propios actos, sean éstos racionales o no (obviamente en el entendido de que el individuo conserva el discernimiento). Por ello, los fundamentos de la economía de mercado presumen metodológicamente la racionalidad del individuo consumidor, pero no la pregonan como dogma de fe. Mal podrían hacerlo si esos fundamentos incluyen, como hemos visto en el punto anterior, la teoría subjetiva del valor, y ésta admite que el consumidor reaccione emocionalmente en la toma de sus decisiones; en tanto que ese emotivismo puede ser ciertamente irracional. La teoría del valor y el estándar del consumidor razonable, entonces, apuntan hacia una filosofía de la responsabilidad individual y a un pluralismo democrático que es escéptico frente a la capacidad del Estado de fijar “lo racional” o “lo bueno” como categorías aplicables en serie a seres humanos distintos entre sí.

La aún incipiente historia del Derecho de la Competencia peruano nos muestra que el INDECOPI, en su conformación inicial estuvo muy inclinado hacia las opciones más “puras” a favor del mercado. De hecho, buena parte de este trabajo versa sobre cómo se extralimitó en ese afán, hasta el punto de interpretar contra su texto el sentido de la Ley 1. Sin embargo, no se extralimitó cuando –casi desde un inicio– decidió resolver los casos de Derecho de la Competencia utilizando el estándar del consumidor razonable<sup>73</sup>, el cual sigue estando vigente y siendo aplicado –al menos nominalmente<sup>74</sup>– por la agencia de la competencia peruana. La decisión de aplicar este estándar estaba ciertamente dentro de las potestades del Tribunal, y era una manera imaginativa y sensata de alinear la jurisprudencia administrativa en materia de Derecho de la Competencia según patrones que fortalecieran la libertad económica y la competencia, en lugar de debilitarla por un mal entendido proteccionismo<sup>75</sup>. Y es que, si bien la opción política del legislador puede haber presumido la aplicación del estándar del consumidor medio, porque éste suele ser más afín al proteccionismo por el que se optó, las implicaciones no expresadas de la ley –a diferencia de su texto expreso– no necesariamente obligan al intérprete, aunque por cierto sí le dan algunos indicios sobre la aplicación más consistente de la norma. Pero si tal consistencia, en este caso por ser proteccionista, merece el rechazo del intérprete, éste puede descatarla pero únicamente

<sup>73</sup> Aunque no se dice expresamente, el caso Liofilizadora del Pacífico –Resolución 052-96-TRI-SDC– es el que en buena cuenta sienta las bases para la sistemática aplicación posterior del estándar del consumidor razonable: “el término ‘superficial’ no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor. La norma no ha querido referirse a que los consumidores actúan de manera totalmente irracional y poco interesada en la información que la publicidad ofrece para la toma de decisiones de mercado. Por el contrario, lo que la norma ha querido significar es que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no lo lee con ojos científicos ni técnicos ni se dirige a verificar y auscultar con detalle y rigor cada una de las afirmaciones e informaciones contenidas en el mismo. Superficial no es, en la norma, sinónimo de descuidado, sino antónimo de profundo. De lo contrario querríamos decir que se debe proteger a consumidores poco racionales o irresponsables en sus decisiones. Ello implicaría un estándar inadecuado que forzaría a la publicidad a ser excesivamente detallista, a la vez de privar al publicista de los elementos subjetivos ligados a su creatividad y a la posibilidad de ejercer persuasión por medios lícitos. El mandato de la norma es pues que no se puede analizar, por ejemplo, la violación del principio de veracidad, con un análisis experto y detallado, ni deteniéndose un tiempo excesivo en leer y analizar el mensaje publicitario, sino de la manera en que lo analizaría un consumidor razonable, puesto ante las circunstancias”.

<sup>74</sup> Detractores del actual Tribunal del INDECOPI opinan que se ha abolido la utilización del estándar del consumidor razonable mediante resoluciones que tutelan la negligencia del consumidor. Ver: BULLARD, Alfredo. “El inventario antimercado del INDECOPI”. En: Enfoque Derecho 35. Informativo mensual de actualidad jurídica publicado por THEMIS. 2005. Una de ellas sería, por ejemplo, la Resolución 0387-2004 del 25 de agosto de 2004, que faculta a los consumidores a desconocer las cláusulas contractuales que firman cuando éstas, a criterio del INDECOPI, luego se interpreten como una “desnaturalización de sus derechos”, tal como el haber pactado una penalidad por el prepago de un crédito.

<sup>75</sup> El argumento de que, a falta de un mandato expreso de la ley sobre qué estándar aplicar en Derecho de la Competencia, lo riguroso hubiera sido el estándar del consumidor medio porque así lo manda el ordenamiento conceptualmente más próximo –el de Propiedad Intelectual– se desmorona con un simple análisis de los fines que el estándar de consumidor tiene en uno y otro ordenamiento: en propiedad intelectual el estándar de consumidor sirve para determinar el grado de confundibilidad de los signos distintivos, que tiene que ser valorado en términos sociológicos –es decir, en la realidad social específica– para dar una protección efectiva a una titularidad excluyente o derecho de propiedad (intelectual), de manera que si el consumidor medio es muy negligente eso sólo deriva en una mayor protección de la propiedad frente al riesgo de confusión. En el Derecho de la Competencia, en cambio, lo que está en juego es la libre y leal competencia como sistema, de manera que si la negligencia del consumidor medio mereciera tutela legal, ello acarrearía la imposibilidad de los proveedores y consumidores de llevar a cabo una serie de conductas legítimas y diligentes (y, eventualmente, sanamente agresivas), con lo cual la libre y leal competencia no se beneficiaría, sino que se perjudicaría porque se impediría el dinamismo del mercado, que se tornaría lerdo e ineficiente.

hasta donde el texto expreso de la ley lo permita. De hecho, el INDECOPI, en su primera conformación, lo hizo así con éxito varias veces<sup>76</sup>, y otras –como en la elaboración del Precedente 1– extralimitándose en sus competencias.

Sin embargo, es necesario anotar que la decisión de aplicar el estándar del consumidor razonable implicaba al menos una cierta disonancia cultural, desde que el ordenamiento peruano –calco del español– no estaba diseñado, al menos en su literalidad, para la aplicación de ese estándar, sino más bien para aplicar el del consumidor medio. Y es que el consumidor medio como estándar va de la mano con una concepción proteccionista y reguladora, que se expresa en otras formas de intervencionismo presentes en nuestro ordenamiento de la competencia, entre ellos en el texto original del artículo que regula la publicidad comparativa. En efecto, la Ley 1 –que exige la objetividad en la comparación publicitaria– comparte la concepción proteccionista del estándar del consumidor medio, y presume que el consumidor necesita ser protegido de su propia subjetividad. Es decir, ambos conceptos están destinados a proteger al consumidor de sí mismo, y no sólo de un maniqueamente abusivo anunciante. Se considera, pues, que si dicho anunciante induce al consumidor a tomar una decisión de consumo sobre la base de una comparación que, por ser subjetiva, exalta emotividades

–las del consumidor, no las del anunciante– le está infligiendo un daño, que debe ser proscrito. Nótese que el presunto daño proviene del mismo consumidor, el anunciante sólo lo induce. Esto denota una ausencia absoluta de fe en la libertad del individuo, y en su capacidad de hacerse responsable de sus propios actos y decisiones.

El estándar del consumidor razonable, en cambio, sí implica fe en la libertad y la responsabilidad de los individuos. En la misma tendencia se inserta la liberalización de la comparación subjetiva en la publicidad. No en vano, ambos conceptos suelen convivir, por ejemplo en el ordenamiento norteamericano, mientras que consumidor medio y prohibición de la comparación publicitaria subjetiva suelen también ir de la mano.

Un ordenamiento filosóficamente consistente, pues, con los auténticos principios del libre mercado, acoge el estándar del consumidor razonable porque es el que promueve una cultura de responsabilidad y de libertad, en oposición a una del proteccionismo totalitario. Por tanto, un Derecho de la Competencia moderno y sustentado en una teoría política favorable al libre mercado debería estar en la línea de la aplicación del estándar del consumidor razonable. Sin embargo, ese estándar era poco compatible con el texto de la Ley 1, que al prohibir

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, en el precedente que estableció las bases de la aplicación del estándar del consumidor razonable (Ver nota 73 *supra*), el Tribunal emprendió con éxito una adecuación del texto de la ley interpretándolo, sin contradecir su texto expreso de manera más compatible con el libre mercado. Así, en ese precedente se analiza el tema del análisis superficial del anuncio, tal como lo regula el artículo 2 del Decreto Legislativo 691, y cuyo texto parece pensado más bien en la línea de la tutela de un consumidor medio (“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”). El precedente, en este caso sin tergiversar el texto expreso de la norma –que tiene una literalidad suficientemente abierta y dúctil–, interpreta el artículo 2 de tal manera, que lo convierte en compatible con el estándar del consumidor razonable, al señalar que “el término ‘superficial’ no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor”. Otro ejemplo, es el que se produjo cuando el primer Tribunal interpretó los alcances del ámbito de protección de la ley de protección al consumidor (Decreto Legislativo 716). En ese caso, la norma establecía que sus disposiciones tuitivas se aplican sólo a los consumidores finales. El Tribunal interpretó, contra la corriente dominante en Europa, que eso excluía a todas las personas jurídicas o empresas, incluso cuando su relación de consumo en el caso específico no se relacionara con el giro del negocio; es decir, cuando no supusiera la adquisición de bienes y servicios para ser transformados directamente en el proceso productivo a que se dedicara el comerciante o empresa adquirente del bien o servicio (por ejemplo, empresa productora de fibra de aluminio que compra papel higiénico para sus oficinas: lo usa pero no lo transforma). En efecto, el Tribunal interpretó que es consumidor final aquel que utiliza el bien o servicio en su ámbito personal, familiar o de su entorno social inmediato. Ver: Resolución 101-1996-TDC del 18 de diciembre de 1996. El criterio antes citado ha sido sustituido por un nuevo precedente que sí tutela a las personas jurídicas en sus relaciones de consumo, cuando se trata de empresas sin una fuerte posición de negociación, por tener escaso poder económico: “Las personas naturales y jurídicas pertenecientes a la categoría profesional de los pequeños empresarios son también sujetos afectados por la desigualdad informativa en la relación de consumo y, por tanto, son considerados como consumidores para efectos de la Ley de Protección al Consumidor cuando debido a las necesidades de su actividad empresarial adquieran o utilicen productos, ya sean bienes o servicios, para cuya adquisición o uso no fuera previsible que debieran contar con conocimientos especializados equiparables a aquellos de los proveedores”. Ver: Resolución 0422-2004-TDC del 3 de octubre de 2004. Sin embargo, la lógica del primer precedente –que excluía a toda empresa– era consistente desde un punto de vista sistemático en la utilización de estándares de diligencia. Así, si el consumidor razonable es el buen padre de familia convertido en consumidor, el ordenado comerciante –estándar aplicable en Derecho Mercantil a todo empresario o comerciante– es un estándar más elevado. No es equivalente al buen padre de familia en tanto que empresario; el Derecho exige al comerciante mayor diligencia en el mercado –en las relaciones entre comerciantes– que la que puede exigir a un civil en sus relaciones familiares. Tenemos entonces, que todo proveedor (incluidos los anunciantes) se rigen por el estándar del ordenado comerciante, en todas sus relaciones mercantiles, incluso en aquellas, como la del ejemplo, en las que adquieren bienes y servicios sin el ánimo de transformarlos. La diligencia exigible, pues, es una que los obliga a superar cualquier asimetría informativa, para tomar la decisión más eficiente por sus propios medios, pues se presume que tienen incentivos para vencer por su cuenta dicha asimetría: por eso se involucraron en el comercio y la empresa. Cuando se les protege como consumidores finales para efectos de la ley de protección al consumidor, hay que juzgarlos con el estándar del consumidor razonable, que es un estándar menos exigente que el del ordenado comerciante. Tenemos, entonces, empresarios que deben actuar como ordenados comerciantes en ciertos casos, pero como consumidores razonables en otros. Es decir, admitiríamos que pueden ser menos que eficientes –sólo razonables– en determinadas relaciones mercantiles, lo cual no tiene mayor asidero desde un punto de vista de política legislativa. También tenemos que empresarios contratan con empresarios a los que se exige menos diligencia. Por tanto, la restricción del ámbito del alcance del concepto de consumidor final excluyendo a empresarios, fue un acierto interpretativo del Tribunal de INDECOPI en su conformación original. Su sustitución por el actual Tribunal es lamentable.

la subjetividad en la comparación publicitaria, trataba al consumidor como un irresponsable. Por ello, la modificación introducida por la Ley 2 que liberaliza la publicidad comparativa aboliendo la prohibición de la subjetividad en ella, compatibilizó el texto de la norma con el estándar del consumidor razonable vigente en la jurisprudencia interpretativa de todo el ordenamiento del Derecho de la Competencia peruano.

### 5.3 Teoría de la regulación e incentivos regulatorios

La intervención del Estado en la economía, manifestada e instrumentalizada a través de la regulación, siempre limita la fuerza libérrima de la iniciativa privada. En la medida en que se admita que algún grado de intervención estatal resulta necesario, cierta limitación al dogma de la autonomía privada será también necesaria. Sin embargo, tal necesidad no es discrecional: no depende de la simple voluntad de un burócrata, ni de un grupo de políticos, sino que debe sustentarse en una necesidad concreta, con beneficiarios concretos, y con una medición concreta de los beneficios que ellos obtienen a cambio del costo de limitar ciertas libertades de otros; y en el entendido de que –en el agregado– tales beneficios son superiores a los costos agregados.

La regulación de la publicidad comparativa –en concreto la exigencia de que ésta sea objetiva– no responde a ninguna necesidad regulatoria real, sino a perversos incentivos existentes en el sistema jurídico, político y legislativo. Como se sabe, en una economía de mercado –sistema económico vigente en toda la modernidad occidental– la intervención estatal es excepcional y debe estar justificada en cada caso con suficiente teoría económica y demostraciones empíricas como para demostrar que la falta de intervención genera un resultado indeseable. En otras palabras, antes de regular es necesario haber probado que, librada la situación a la espontaneidad de las fuerzas del mercado, el resultado natural sin regulación es indeseable por ineficiente o injusto, entendiendo “injusto” como una generalizada afectación ilegítima a la dignidad de las personas tal como dicha dignidad se encarna en sus derechos fundamentales; y no como la mera constatación de una desigualdad material cualquiera<sup>77</sup>.

Esto, se conoce como teoría de las fallas del mercado<sup>78</sup>. Es decir, cuando el mercado espontáneamente falla en lograr un bienestar agregado –en el sentido más amplio– se produce una falla de mercado que podría ser subsanada mediante una intervención estatal o regulación, siempre y cuando en su implementación no se produzca o verifique, a su vez, una falla del Estado; es decir, alguna condición que determine que la solución regulatoria no resuelva la falla de mercado, o la agrave.

Quienes defienden la regulación específica de la publicidad comparativa, en la forma de la exigencia de su carácter objetivo o comprobable, no han demostrado que la subjetividad en la comparación publicitaria genere algún tipo de falla de mercado, ni mucho menos que la exigencia de la objetividad revierta la situación a una de bienestar generalizado. En efecto, como se desprende del Precedente 2, los argumentos que sustentarían la opción de la exigencia legal de objetividad en la publicidad comparativa se limitan a señalar que las comparaciones subjetivas en publicidad son necesariamente desleales o engañosas. Sin embargo, dicho razonamiento no resiste el menor análisis, porque se puede comparar subjetivamente sin denigrar (salvo que se considere denigrante la sola mención, por un rezago mercantilista, como se verá más adelante), y sin engañar.

Una típica falla de mercado que muchas regulaciones –y en especial las regulaciones propias del Derecho de la Competencia– buscan combatir es la asimetría informativa; esto es, la distribución desigual entre proveedor y usuario –o anunciante y consumidor en el caso de la publicidad– de la información necesaria para la toma de una decisión de consumo. Pues bien, la asimetría informativa desaparece con la regulación publicitaria genérica. Ella está destinada a neutralizarla. Por ello exige, por ejemplo, que toda publicidad sea veraz, es decir, que no sea engañosa.

Sin embargo, cuando las apreciaciones publicitarias en general (no sólo las comparativas) son subjetivas, la regulación no puede exigir veracidad, porque no existe verdad, no se predica ni verdad ni mentira, sólo se dan opiniones<sup>79</sup>. Es decir, no hay asimetría informativa posible. Si, como ha quedado dicho, las opiniones son

<sup>77</sup> Sino, eventualmente, como una desigualdad material tan grave que atenta contra la dignidad de las personas, porque priva a un grupo de ellas –por ejemplo– de un mínimo de oportunidades necesario para su realización humana más elemental. Sería el caso, por ejemplo, de una discriminación en razón de raza.

<sup>78</sup> Para un resumen elemental de la teoría, véase ESCAFFI, José Luis. “Para reformar el Estado, empezar desde abajo”. En: Perú Económico 2. Volumen XXII. Lima. 2004. p. 17.

<sup>79</sup> Así lo estableció acertadamente, y sin exceder el texto de la ley, el precedente contenido en la Resolución 014-97-TDC, emitido por el Tribunal del INDECOPI con fecha 17 de enero de 1997, es decir, mientras contaba con similar composición que cuando expidió el Precedente 1 materia de este trabajo. Sin embargo, dicho precedente ha sido confusamente reinterpretado por la Resolución 0901 de fecha 7 de diciembre de 2004, expedida por el Tribunal con su más reciente composición.

subjetivas, y son además métodos legítimos y muchas veces eficientes para la toma de decisiones económicas y de consumo, no hay falla de mercado que la regulación pueda subsanar exigiendo que las opiniones queden prohibidas. Ahora bien, si no resultara convincente el argumento de que frente a la información de naturaleza subjetiva no existe asimetría informativa, y se asumiera que la incapacidad de conocer si es que es cierta o falsa la opinión subjetiva sí constituye una asimetría informativa, y por tanto una falla de mercado, habría que concluir necesariamente que esa falla de mercado no tiene solución posible vía una intervención estatal y, en consecuencia, que cualquier intento de remediarla generaría una falla del Estado. Ello puesto que –hasta que no pueda descifrar con absoluta certeza los sentimientos y pensamientos no expresados de las personas– el Estado no tiene cómo intervenir para lograr garantizar que se revierta tal asimetría informativa, es decir, para conseguir que el pensamiento o sentimiento subjetivo no expresado por el anunciante o cualquiera de sus agentes pueda ser transmitido a los consumidores. A falta de una solución de esa naturaleza, cualquier sucedáneo resulta ineficaz, por generar un mayor costo de oportunidad. Una intervención regulatoria en forma de prohibición de todas las subjetividades en la publicidad de cualquier tipo –comparativa o no– sería la única regulación imaginable, pero sería por cierto más gravosa que la alegada asimetría.

Es impensable, pues, un mundo en el que la publicidad no pudiera recurrir a opiniones subjetivas con el ánimo de convencer a más potenciales consumidores. Un mundo semejante sería uno de los totalitarismos económicos más severos imaginables, en el que los proveedores estarían condenados a convencer de las bondades de sus productos con afirmaciones mensurables, y los consumidores estarían condenados a andar midiendo atributos de cada producto o servicio antes de decidir adquirirlo; pues no tendrían incentivos de otro tipo –subjetivos: simpatías, lealtad de marca, seguimiento de líderes de opinión– para hacerlo. Además de ser los consumidores menos libres, la economía sería mucho más estática, menos dinámica, porque toda creatividad publicitaria –que apele a la subjetividad– quedaría proscrita. No es, pues, imaginable una economía donde la subjetividad quede desterrada de la publicidad. Eso demuestra que, en el mundo publicitario la mera subjetividad no constituye una asimetría informativa. En el mundo de las subjetividades no es posible, más bien, pensar en términos de simetría porque nada es más asimétrico –precisamente por variable– que las opiniones o valoraciones de tipo subjetivo.

Si ésta es una verdad indiscutible para la publicidad en general, no es posible justificar por qué cuando la

publicidad compara productos o servicios esa misma subjetividad podría devenir, mutando su naturaleza, en una asimetría informativa que constituya una falla de mercado y justifique una regulación de tipo imperativo como la que se propugnaba instituir con la Ley 1 y el Precedente 2.

Lo que sucede en realidad, es que la defensa de la regulación de la publicidad comparativa (en términos de objetividad) está teñida de un prejuicio regulatorio que presume como una falla de mercado toda aquella coyuntura que se aleja de una situación de competencia perfecta. Como se sabe, existen dos modelos teóricos de competencia, el modelo de competencia perfecta, y el modelo de competencia imperfecta. La competencia perfecta, que rara vez se verifica en algún mercado, se caracteriza a grandes rasgos por los siguientes elementos: (i) libertad irrestricta de acceso al mercado, (ii) atomismo del mercado; vale decir, pluralidad de proveedores y ausencia de concentración económica; (iii) homogeneidad de los productos o servicios que se ofrecen, los cuales son fungibles o sustitutos entre sí; (iv) ausencia de un poder de control de precios; es decir, ningún agente tiene posición de dominio del mercado; (v) transparencia del mercado, es decir, toda la información relevante es conocida por todos los agentes interesados; (vi) movilidad o transferibilidad de los factores de producción; y (vii) maximización de beneficios por parte de los consumidores y proveedores. Por su parte, el modelo de competencia imperfecta –que es el que con mayor frecuencia se verifica en los mercados efectivamente– se caracteriza por las siguientes características: (i) la libertad no es irrestricta; hay barreras de acceso al mercado y posiciones de dominio que limitan la actuación de algunos agentes, en particular los ingresantes; (ii) hay concentraciones de empresas: el mercado no está atomizado en un número infinito de proveedores y consumidores; (iii) los productos y servicios no son fungibles: son distintos y diferenciables, de manera que cualquier elección siempre genera un costo de oportunidad; y (iv) no todos los agentes económicos están en igualdad de condiciones, incluyendo el acceso a información (es decir, hay asimetría informativa y no transparencia).

La experiencia nos dice que la mejor regulación es la que no pretende alcanzar un estadio artificial de competencia perfecta, sino la que intenta revertir aquellas fallas de mercado que son reversibles a menor costo que el beneficio que la regulación es capaz de generar. Es decir, una regulación puede ser óptima incluso cuando no permita alcanzar una situación similar a la de una competencia perfecta, si alcanzar cada uno de los elementos constitutivos de ese modelo tiene un costo de oportunidad superior a los beneficios que genera la regulación. De lo cual se desprende que

la ausencia de todos los elementos constitutivos de una competencia perfecta no necesariamente constituyen fallas de mercado; o, al menos, no unas que merezcan regulación.

Pretender que la información que se utilice para tomar decisiones de consumo sea exclusivamente aquella de carácter objetivo –como lo hacen la Ley 1 y el Precedente 2– es una ingenua añoranza de una absoluta transparencia en el mercado, es decir, de uno de los elementos del modelo de competencia perfecta. Parece razonable concluir que esta regulación, entonces, se sustenta al menos en parte en la idea de que una competencia que se sustente en la toma de decisiones subjetivas es imperfecta hasta el punto de constituir una falla de mercado que debe ser subsanada, a cualquier precio, a través de una regulación que excluya la subjetividad de la publicidad, o al menos de la publicidad comparativa. Sin embargo, como hemos visto líneas arriba, semejante pretensión resulta a todas luces vana, desde que su costo es imposible de asumir por una economía de mercado bien entendida.

¿Qué es lo que motiva, entonces, esa falaz filosofía política que identifica el objetivo de toda regulación económica con la consecución de los elementos propios de un modelo de competencia perfecta? En mi opinión la respuesta podría estar en los incentivos regulatorios existentes en un modelo legislativo romano germánico como el peruano. Si asumimos, como lo hace la escuela del Public Choice, que los tomadores de decisiones políticas son también agentes maximizadores de beneficios<sup>80</sup> que actúan en interés propio (al menos parcialmente) y no exclusivamente en interés de la comunidad –como asume dogmáticamente la teoría política convencional– tenemos que los diseñadores de políticas públicas y los legisladores toman decisiones (que tienen consecuencias colectivas) con miras a obtener beneficios propios. En sistemas como el nuestro, los legisladores y los reguladores suelen ser abogados, y a los abogados les conviene la regulación; es decir, sistemas normativos que establezcan –utilizando la nomenclatura de Calabresi y Melamed, desarrollada con más detalle por Rose-Ackermann<sup>81</sup>– inalienabilidades que afectan las condiciones de los bienes en el mercado; esto es, que

restringen pero no impiden absolutamente su enajenación. En otras palabras, inalienabilidades “vencibles” cumplidos ciertos requisitos legales. Tales requisitos legales exigen necesariamente la intervención de abogados para su cumplimiento y acreditación legal. Si se tratara de inalienabilidades absolutas, aquellas que simplemente prohíben determinadas conductas sin que quepa procedimiento de validación alguno, los abogados no obtienen ningún beneficio. Por ello, los ordenamientos que son diseñados por abogados son típicamente regulatorios, antes que prohibitivos; de otra manera los legisladores y reguladores no tendrían cómo beneficiarse en tanto categoría de su propia intervención en la vida pública, a menos que incurrieran en abierta corrupción (supuesto que no estamos considerando en este análisis). Esta teoría puede verificarse claramente en el caso del control administrativo de fusiones y adquisiciones. La principal beneficiaria de tal sistema es la casta de abogados y economistas, pero sobre todo abogados, que dedicará su tiempo a tratar de encontrar la fórmula legal que permita a sus clientes evadir las vallas superables que la ley impone para la concentración de su poder económico. Poco más o menos sucede con buena parte del Derecho Tributario, Laboral, Administrativo, de Mercado de Valores, de la Competencia, y en general, de todos aquellos subordenamientos legales que se caracterizan por leyes imperativas que establecen prohibiciones relativas o inalienabilidades superables<sup>82</sup>. Sin duda, es lo que sucede con la regulación de la publicidad comparativa entendida como la exigencia de que ésta sea objetiva y comprobable. El cumplimiento de ese requisito cada vez que un potencial cliente quiera emprender una publicidad comparativa contra sus competidores, asegurará a los abogados largas horas facturables de análisis legales, semióticos, lingüísticos, interpretaciones, alternativas, etc. hasta que el cliente encuentre la versión más agresiva posible que no llegue a contravenir la prohibición expresa que la regulación sobre la materia establecía (como lo hacía la Ley 1) o establece en la actualidad (como ilegítimamente se ha impuesto a través del Precedente 2). También generará a los abogados-reguladores que, por ejemplo, trabajen en INDECOPI, largas horas de análisis para la resolución de los muchos casos que sobre la materia se puedan presentar.

<sup>80</sup> La escuela del Public Choice “tiene por objeto explicar los complejos elementos que se presentan en los procesos de elaboración de normas por parte de la administración pública, entendida ésta de la manera más general”, para lo cual aplica el análisis económico del Derecho y asume que los políticos y los burócratas constituyen grupos de interés que buscan maximizar beneficios. Ver: REBAZA, Alberto. “El Régimen Económico en una Constitución: ¿solución o fuente de conflictos?”. En: *Ius et Veritas* 7. 1993. p. 58.

<sup>81</sup> CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”. En: *Harvard Law Review* 85. 1972. p. 1089 –traducido al español en THEMIS-Revista de Derecho 21. 1992. p. 63– y el desarrollo posterior de esta teoría que realizó ROSE-ACKERMAN, Susan. “Symposium on Law and Economics: Inalienability and the Theory of Property Rights”. En: *Columbia Law Review* 85. 1985. pp. 931-935.

<sup>82</sup> El notable jurista norteamericano Richard Epstein sugiere una lógica parecida para analizar los incentivos presentes en quienes diseñan normas o establecen costumbres jurídicas exigibles. Según Epstein cuando un rey absoluto regula el arrendamiento, tiene los incentivos para favorecer al propietario, pues él mismo nunca será arrendatario. Con similar lógica, podríamos decir que el abogado-congresista tiene incentivos para regular de tal forma que genere la necesidad de sus servicios abogadiles. Ver: EPSTEIN, Richard A. “Principios para una sociedad libre”. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2003. pp. 62-63.

#### 5.4. Superar el rezago mercantilista

No es casual que, como ha quedado dicho líneas arriba, el tratamiento normativo de la publicidad comparativa siga un derrotero hacia la liberalización. No se trata de un mero capricho ideológico, ni siquiera es un fenómeno que se agote en la búsqueda de una mayor eficiencia ni de un mayor desarrollo económico, incluso cuando – como hemos visto– éstos constituyen una consecuencia previsible de la liberalización. Dicha liberalización es un imperativo de la historia económica; y para ser más preciso de la historia de la competencia y la regulación. En efecto, ésta última tiende históricamente hacia la identificación del modelo regulatorio con los intereses agregados de los consumidores, bajo el entendido de que una mayor competencia –y una competencia más agresiva– favorece principalmente al consumidor individualizado, y mediante un agregado de beneficios netos, al sistema de libre competencia y a la colectividad en general<sup>83</sup>.

Sin embargo, el modelo que exige objetividad a la publicidad comparativa establece una limitación a esa sana agresividad competitiva. Al hacerlo, no es posible identificar –a diferencia de lo que sin fundamento convincente alguno sostiene con errático dogmatismo el Precedente 2– beneficio alguno para el consumidor. Por el contrario, se restringe su libertad de elección, y la diversidad de motivos que legítimamente podrían conducirlo a tomar una decisión de consumo. En realidad, el verdadero beneficiado con este modelo es aquél que resulta protegido directamente por él; a saber, quien se sustrae de la posibilidad de verse afectado por una publicidad agresiva (pero leal y honesta). Es evidente que en tal posición solamente está un proveedor potencialmente comparado. ¿Quién se beneficia entonces? Aquel que –en situación de libertad– sería objeto de comparación, y ese no es otro que el competidor dominante. En otras palabras, quien tiene una posición preferente, que podría llegar incluso a ser de dominio, en el mercado es el natural referente de la publicidad comparativa. Los proveedores que acceden al mercado necesitan diferenciarse para captar las preferencias y la publicidad comparativa es una excelente manera de diferenciarse, porque la comparación de dos objetos cualesquiera pone sobre el tapete las similitudes y diferencias entre éstos, y al hacerlas explícitas y coetáneas, genera una mayor recordación de las diferencias, en la medida en que las similitudes se asocian naturalmente como características del género, y las

diferencias específicas como atributos de la especie, que en este caso viene a ser la marca del anunciante<sup>84</sup>. Resulta entonces, que las restricciones a la comparación publicitaria lo que hacen es proteger al que goza de una posición privilegiada en el mercado, dándole una inmunidad relativa a sus eventuales carencias, desventajas o aspectos en donde tienen menores fortalezas, que son las características que el anunciante agresivo y con menor poder de mercado, tendería a atacar vía una comparación publicitaria.

Visto lo anterior, podemos concluir que la exigencia de objetividad en la publicidad comparativa es un intervencionismo con rezagos de un modelo regulatorio profesional; y de una ideología mercantilista de la economía. En efecto, como se sabe, en la historia de la regulación económica de la competencia académicamente se conocen tres etapas: el modelo (paleo) liberal, el modelo profesional, y el modelo social. Lo característico del segundo modelo es su inclinación hacia la defensa y protección de los intereses de los proveedores o empresarios, antes que sobre los de los consumidores (a los que tutela el modelo social). El modelo profesional, pues, tiene fuertes raíces mercantilistas, entendiendo mercantilismo en sentido político como el sistema que utiliza el poder constituido para favorecer el interés privado de los proveedores de bienes<sup>85</sup>; e históricamente como el estadio inmediatamente anterior al capitalismo (es decir, un pre capitalismo), el cual se caracteriza por una economía fundamentalmente movida por el sector privado, pero en ausencia de competencia efectiva, y en el cual la iniciativa económica no es un derecho universal, sino un privilegio concedido y regulado por estrictas normas o convenios.

Una economía mercantilista típicamente estaba organizada en gremios de profesionales dedicados a una misma actividad. Estos gremios constituían lo que hoy conocemos como carteles; es decir, organizaciones horizontales de fijación de todo tipo de estándares aplicables a una rama de la producción o prestación de servicios. Tales estándares establecían reglas claras, inflexibles e inquebrantables que restringían el acceso a los mercados (típicamente, haciéndolo hereditario ya sea por vínculos biológicos o educativos); y repartían la clientela. Ambas regulaciones, como es evidente, constituyen la anti-competencia más desenfadada. Así pues, en este esquema, la idea de competir por las

<sup>83</sup> MOSCHEL, Wernhard. "Fines de protección de un Derecho de la Competencia". En: THEMIS-Revista de Derecho 36. 1997. p. 7.

<sup>84</sup> Incluso si la publicidad comparativa es indirecta (genero versus producto), como en el "anuncio Camerino", al menos un producto o servicio –el del anunciante– es siempre identificado con toda especificidad, vale decir, con identificación expresa de su marca.

<sup>85</sup> A quienes, en este contexto, sería incorrecto llamar empresarios, pues en esta etapa no emprenden negocios, en la medida en que están protegidos por la fuerza imperativa, que los sustrae del riesgo competitivo naturalmente consustancial a una efectiva competencia desprovista de protecciones mercantiles.

preferencias de los consumidores o clientes, resulta impertinente. La cartera de clientes es vista casi como un derecho real, como una titularidad estática, en el sentido de que no cambia, y excluyente. El comerciante o profesional agremiado puede excluir a todos los demás agentes económicos del acceso a esa clientela. Y, si los proveedores no compiten entre sí por los clientes, naturalmente no pueden siquiera mencionar, frente a esos clientes, a sus colegas proveedores, o a los productos o servicios brindados por éstos. Asimismo, no pueden mencionar su propio negocio a los clientes de sus colegas, porque semejante mención podría desviar las preferencias de esos clientes hacia su negocio. La ausencia de competencia, pues, hace innecesaria, pero además desleal, la publicidad misma. Por eso, en un sistema mercantilista, no hay publicidad; y mucho menos una publicidad agresiva, como es la publicidad comparativa. Menos aun, una publicidad comparativa subjetiva.

Los procesos sociales, y entre ellos los económicos, no se producen de manera absoluta y uniforme. Es por ello que en la modernidad abundan los ejemplos de epígonos del mercantilismo antes descrito. Es el caso, por ejemplo, de diversos gremios o sindicatos laborales o mercantiles (en el Perú, hasta hace poco, los estibadores o los agentes bursátiles) en los cuales el derecho al puesto es hereditario. Pues bien, la inmoralidad de mencionar al competidor, y la inmoralidad agravada de mencionarlo en términos subjetivos —es decir, arbitrarios, no comprobables— es igualmente un epígono mercantilista; un rezago de esa prohibición de hablar de los colegas frente a los potenciales clientes de uno u otro, bajo la premisa de que no es necesario hacerlo porque eso puede tener el efecto —indeseable bajo el mercantilismo, pero absolutamente querido en una economía de mercado— de desviar las preferencias del consumidor, y que éste cambie de proveedor. La moral mercantil que determina que sea poco leal hablar del competidor —y en eso consiste la publicidad comparativa— obedece entonces a una lógica económica absolutamente superada. Por tanto, hay que superar también el epígono de esa lógica, que es la idea de que la comparación publicitaria debe estar restringida a su mínima expresión, y debe ser por tanto necesariamente objetiva, es decir, comprobable, meramente informativa en el sentido más riguroso de la palabra.

A pesar de todas las consideraciones anteriores, y desconociendo la evolución normativa, el segundo Tribunal expidió el Precedente 2, que contiene los vicios metodológicos del Precedente 1 (interpreta la ley contra su sentido) pero, a diferencia de éste, ni siquiera tiene una motivación atendible —como sería generar un

mercado más dinámico ampliando la libertad publicitaria—, sino que busca restringir derechos ciudadanos e involucrar normativamente hacia un injustificado regulacionismo. El Tribunal actual pretende volver a ilegalizar la subjetividad en la publicidad comparativa aduciendo que las comparaciones subjetivas no le aportan al consumidor información valiosa alguna para su decisión de consumo. Pero, ¿quién ha nombrado a dicho Tribunal árbitro de la información que los consumidores deben tomar en cuenta para decidir sus compras? Si ya la Ley 2 había reconocido el derecho de los anunciantes a comparar subjetivamente —y por implicación, el de los consumidores a decidir, arbitrariamente si querían, por qué preferir un producto o servicio sobre otro—, resulta claro que el segundo Tribunal perpetró —al igual que el primero— una inaceptable usurpación de la decisión política que correspondía al legislador.

## VI. CONCLUSIÓN

Desde los albores de la humanidad hasta el advenimiento de la edad moderna —que, como se sabe, no es un proceso sociocultural uniforme— el mito del eterno retorno ha sido parte del inconsciente colectivo de muchas culturas y sociedades. Según ese mito, la historia no es lineal y progresiva —como en la mentalidad moderna—, sino circular, de manera que los fenómenos históricos siempre se repiten aunque enmarcados en coyunturas distintas. Ese proceso, propio de las culturas primitivas, describe bastante bien lo que ha ocurrido con el régimen de publicidad comparativa en el Perú. En este artículo se ha descrito y comentado la historia de la interpretación que han merecido los dos sucesivos regímenes de publicidad comparativa en el Perú, contradictorios entre sí, tanto desde el punto de vista metodológico como sustantivo. Hemos concluido que la ley prohibía la publicidad comparativa y a pesar de ello fue interpretada como si no la prohibiera. Posteriormente fue modificada, para ya no prohibirla, y sin embargo, recientemente el Tribunal del INDECOPI ha pretendido restituir, por la espuria vía de la interpretación *contra legem*, esa prohibición. Hemos concluido, también, que la opción más compatible con un sano libre mercado, es aquella que permite la subjetividad en la publicidad comparativa.

Si la historia comenzó con una mala ley que se trató de tergiversar para bien, ha terminado en un escenario peor: con una ley buena que se tergiversa para mal. Queda pendiente, entonces, que el nefasto Precedente 2 sea revisado y revocado, y la sana libertad de comparar subjetivamente, restituida a nuestro ordenamiento.