

---

# Publicidad Comparativa: ¿Depende del Cristal con que se Mira?

**Eduardo Benavides Torres**

*Catedrático en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú*

**Sandra Lorca Visconti**

*Abogada Especializada en Derecho de la Competencia*

Hasta hace no mucho tiempo atrás, y durante muchos años, en nuestro país la publicidad comparativa se encontraba prohibida por ser considerada una práctica de competencia desleal, y por tanto una práctica prohibida, sancionada de acuerdo a Ley.

Hoy en día, la realidad es distinta ya que la publicidad comparativa no sólo es considerada lícita, sino que algunos la definen incluso como «beneficiosa» para el mercado. Con la globalización, la apertura del mercado a las importaciones, la libre competencia y la aplicación de un modelo de economía de mercado, el concepto de publicidad comparativa ha pasado a ser recogido por nuestra legislación como un supuesto de publicidad perfectamente lícita.

El análisis y discusión de por qué puede ser o no ser beneficiosa para el mercado la publicidad comparativa no será materia de este artículo. Preferimos más bien concentrarnos en el desarrollo de la publicidad comparativa en nuestro país a lo largo de los últimos años y en la evolución del criterio de interpretación de la publicidad comparativa, no sin antes brindar una pequeña aproximación a lo que se entiende por publicidad comparativa y al análisis de los dos precedentes de observancia obligatoria desarrollados sobre esta materia.

## 1. ¿Qué es la Publicidad Comparativa?

Antes de conocer la historia y la evolución en nuestro país de la publicidad comparativa, debemos de comenzar por determinar qué se entiende por publicidad comparativa.

Si bien nuestra legislación en materia publicitaria no desarrolla un concepto de publicidad comparativa, en otras palabras, no existe una «definición legal» de la misma, ésta se puede definir, según la doctrina, como toda confrontación pública de la actividad, prestaciones o establecimiento propios con los de un tercero, hecha con el objeto de resaltar, de forma directa o indirecta, la mayor conveniencia de una de las ofertas comparadas, normalmente de la oferta propia sobre la del tercero o terceros afectados por la comparación.<sup>1</sup>

Por otro lado, los lineamientos de competencia desleal y publicidad comercial aprobados por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - INDECOPI<sup>2</sup> señalan que la Comisión ha establecido que en toda publicidad comercial subyace una vocación comparativa. Es decir, se busca que los consumidores prefieran el bien o servicio del anunciante, sobre el de sus competidores. Así, la publicidad comercial tiene una finalidad primordialmente persuasiva, esto es, incitar a la adquisición del bien o a la contratación del servicio anunciado.

Adicionalmente se ha señalado que en la publicidad comparativa el consumidor percibe directamente el mensaje de confrontación entre los productos que el anunciante compara. A fin de determinar si en un anuncio se realiza una confrontación directa de productos, resulta necesario conocer cuál es el mensaje publicitario, para lo cual se debe recurrir a los criterios de interpretación de la publicidad comparativa.

---

1 BERCOVITZ, Alberto. Dictamen emitido por el Profesor Alberto Bercovitz a petición de Procter & Gamble del Perú S.A., pág. 15, año 2000.

2 Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante la Resolución N° 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, emitidos el 5 de julio de 2001.

Dichos criterios son, en primer lugar, el análisis superficial de la publicidad, es decir, un análisis en el que no se busca mayor detalle de los aspectos publicitarios, ni un análisis exhaustivo del mismo, sino por el contrario trata de un análisis ligero o, como comúnmente se encuentra definido en la doctrina, «un análisis que surja de manera natural a los ojos del consumidor», sin que esto signifique un análisis descuidado o irresponsable.

El segundo criterio de interpretación es el análisis integral que se debe hacer de la publicidad. Esto se refiere al hecho de apreciar el mensaje en su conjunto, de una manera global, que incluya el total de las características de la publicidad.

Así pues, se puede decir que en la publicidad comparativa el anunciante contrapone la propia oferta a la oferta del competidor con el fin de mostrar la inferioridad de los productos o servicios ajenos con respecto a los propios. El anunciante se esfuerza por poner de manifiesto las diferencias existentes entre los productos o servicios propios frente a los productos o servicios ajenos. De este modo, al resaltar que las prestaciones propias son superiores a las ajenas, en la publicidad comparativa se pone de manifiesto los defectos de las prestaciones ofrecidas por el competidor.<sup>3</sup>

Para culminar con ésta breve aproximación al concepto de publicidad comparativa, la doctrina española sostiene que la publicidad comparativa se caracteriza, fundamentalmente, por la concurrencia de dos elementos. En primer lugar, en ella se hace referencia no sólo a los productos o servicios propios de la empresa anunciante, sino también a los productos o servicios ajenos. En segundo lugar, la referencia conjunta a los servicios o productos propios y ajenos tiene como finalidad primordial la de entablar una comparación entre éstos, la misma que produce el efecto directo e indirecto de presentar las ventajas de los productos o servicios propios de la empresa anunciante frente a las desventajas de los productos o servicios de la empresa competidora.<sup>4</sup>

Partiendo de esta idea inicial de lo que es la publicidad comparativa, podemos pasar a explicar como ésta ha evolucionado dentro del marco normativo y los criterios de interpretación en nuestro país a lo largo de los últimos años.

## **2. Historia de la Publicidad Comparativa en el Perú**

Comenzaremos tratando de dar un breve recorrido y explicación para desarrollar como ha ido evolucionando la regulación de la publicidad comparativa en nuestro país.

Como lo comentamos anteriormente, hace no muchos años atrás la publicidad comparativa era considerada como una práctica de competencia desleal, que afectaba al mercado, a los competidores y a los consumidores, y por esta razón se le sancionaba.

Así pues, el artículo 111°, inciso g), del Reglamento General de Industrias de 1970<sup>5</sup>, tipificaba como un acto de competencia desleal el hacer comparaciones con los productos y servicios de los competidores.

Recién casi 20 años después, más a tono con la apertura del mercado y las nuevas tendencias de la economía, en el año 1990, mediante el Decreto Supremo N° 026-90-ICTI/IND<sup>6</sup>, promulgado el 11 de septiembre de 1990, se advierte una pequeña pero importante evolución dentro de la regulación publicitaria. Dicho Decreto Supremo permitía la posibilidad de hacer campañas publicitarias comparando productos similares en calidad y precios. La norma citada no se mantuvo mucho tiempo vigente dentro de nuestro ordenamiento legal ya que con la promulgación, un año después, de la primera norma que regulaba de manera específica todos los aspectos relacionados con la publicidad en nuestro país, el Decreto Legislativo N° 691<sup>7</sup>, el concepto de publicidad comparativa fue regulado de manera directa y con un giro rotundo en su tratamiento.

Con el Decreto Legislativo N° 691, por primera vez el Perú reconocía la licitud de la publicidad

3 FERNANDEZ-NOVOA, Carlos, «La publicidad Comparativa», en Estudios de Derecho de la Publicidad, Santiago de Compostela, 1989, págs. 205-206.

4 TATO PLAZA, Anexo «La publicidad comparativa, Madrid, 1996, pág. 20.

5 Decreto Supremo N° 001-71-IC-DS: «Artículo 11.- Constituyen actos de competencia desleal: (...) g) hacer en la publicidad comparaciones expresas con los productos y/o servicios de los competidores...» el cual fue modificado por el Decreto Supremo N° 047-85-ICTI/IND que establecía que «Constituyen actos de competencia desleal: (...) el hacer en la publicidad comparación con los productos y/o servicios de los competidores con el objeto de desacreditarlos. No será considerado como acto de competencia desleal, la inclusión en la publicidad de marcas u otros símbolos identificatorios de los competidores para efectos de hacer la comparación, salvo que tal inclusión induzca a error respecto de la procedencia, naturaleza o característica de los productos del competidor...»

6 Decreto Supremo N° 026-90-ICTI/IND: «Artículo 1°.- Las empresas que ofertan bienes y servicios, podrán realizar campañas publicitarias, comparando productos similares en calidad, precio y beneficio de los mismos. La publicación que con dicho criterio se exhiba, deberá ser verificable por el consumidor.»

7 TUO del Decreto Legislativo N° 691, Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, publicado el 06 de noviembre de 1991, aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 11 de diciembre de 2000.



comparativa y establecía parámetros y mecanismos para regularla de acuerdo a las necesidades del mercado, beneficiando tanto a competidores como a consumidores. En efecto, el principal sustento de la promulgación de la nueva norma residía en la nueva concepción social de la regulación de la competencia, considerándose así que la publicidad comparativa beneficiaba tanto a los consumidores como al interés general, ya que además de brindar una mayor información a los consumidores para que estos puedan optar por una adecuada e informada decisión de consumo, al conocer la diversidad de ofertas existentes en el mercado, fomentaba la «buena competencia», ya que los competidores tendrían que mejorar sus productos y reducir sus precios para poder competir en el mercado y poder captar una mayor «clientela».

Así pues, en sus inicios, el artículo 8° del Decreto Legislativo 691 establecía lo siguiente:

«Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a los 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 en conjunto de los principales aspectos de los productos comparados».

En el primer párrafo del citado artículo, se reconoce expresamente la licitud de la publicidad comparativa. El segundo párrafo, en cambio, establece las características propias de la publicidad comparativa o las características de licitud de la misma, dependiendo de la óptica desde la cual se le mire y dependiendo de la manera como interpretemos la redacción de dicho artículo. En efecto, éste fue, justamente, el punto central del debate doctrinario: si lo que regula el segundo párrafo del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 son las características de la publicidad comparativa o sus requisitos de validez. A partir de las distintas maneras de interpretar dicha norma, se adoptaron posiciones distintas entre los expertos en la materia.

Bajo dicha regulación fue que en el año 1997, el INDECOPI emitió el primer precedente de observancia obligatoria referente a cómo debe interpretarse el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 que regula la publicidad comparativa.

La Resolución N° 168-97-TDC, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI, el 2 de julio de 1997 y publicada el 29 de julio del mismo año, que resolvía la denuncia interpuesta por la empresa «Procter & Gamble del Perú S.A.» contra «Productos Sanitarios Sancela del Perú S.A.», estableció el punto de partida de una serie de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales respecto a cómo se debe interpretar la regulación de la publicidad comparativa en nuestro país.

El precedente de observancia obligatoria aprobado mediante dicha resolución señalaba dos puntos importantes. El primero de ellos era que, de acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 8°, es lícito hacer comparaciones expresas de productos cuando se trata de publicidad.

Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación en conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos en toda publicidad comparativa. Es decir, no debe de infringir el principio de veracidad, contenido en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691, engañando por implicancia u omisión, ni debe de 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.

El segundo punto importante señalaba que no constituyen supuestos de publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación en

**“(...) es lícito  
hacer  
comparaciones  
expresas de  
productos cuando  
se trata de  
publicidad.”**

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.<sup>8</sup>

La interpretación del citado precedente nos la reservamos para la parte final de este artículo. Por ahora sólo nos limitamos a explicar los hechos que permitieron la evolución regulatoria e interpretativa del concepto de publicidad comparativa.

La citada Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia del INDECOPI motivó a «Procter & Gamble» a insistir en su posición y a llevar su denuncia ante instancias superiores. Fue así, que después de una larga batalla legal, con fecha 22 de mayo del año 2001, la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República declaró la nulidad, en última y definitiva instancia, de la Resolución N° 168-97-TDC, emitida por el Tribunal del INDECOPI.

Pero este no es el fin de esta historia. Dada la poca claridad en la interpretación del precedente de observancia obligatoria que fuera aprobado por dicha Resolución y antes de que el Poder Judicial declarara la nulidad de la misma, el INDECOPI lejos de aclarar las dudas y cuestionamientos suscitados, optó por modificar la redacción del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691, modificación que por cierto lejos de traer claridad generó mayor oscuridad e incertidumbre.

El 18 de julio del año 2000, y cuando todavía se encontraba en pleno trámite la impugnación del pronunciamiento de interpretación emitido por el Tribunal, el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 fue modificado por el artículo 5° de la Ley N° 27311<sup>9</sup>, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, con el propósito de «contribuir» a fortalecer la interpretación realizada, señalando que la condición de objetividad era una característica y no un requisito de validez.

En tal sentido el artículo 5° de la Ley N° 27311 modificó el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 en los siguientes términos: «Es lícito hacer

comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores», dejando de lado y eliminando la salvedad de que toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación en conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Resulta, sin duda, extraño que una norma que modifica ampliamente el sentido de la normatividad sobre la regulación de la publicidad comparativa haya sido dada dentro de una Ley que buscaba fortalecer el sistema de protección al consumidor, que poco tiene que ver con la regulación de la publicidad comparativa. Dicha modificación, parecía mas bien obedecer a la necesidad que sentía INDECOPI de actuar prontamente, promulgando una norma que en esos momentos era fundamental debido a la coyuntura de la época.

La intención de INDECOPI de aclarar los criterios de interpretación de la citada norma, generando un marco legal previsible, generó sin embargo, el efecto contrario ya que no se advirtió que se había dejado un gran vacío legal que todavía quedaba por regular: el de la publicidad comparativa subjetiva.

La redacción del artículo 8° tal cual fue modificado por el Decreto Legislativo N° 691 se mantiene vigente hasta el día de hoy, y los criterios de interpretación de la publicidad comparativa que permitía hacer comparaciones subjetivas siempre y cuando no sean denigratorios, estuvieron vigentes hasta el año pasado, cuando se dio un segundo precedente de observancia obligatoria en lo que a publicidad comparativa se refiere.

Así pues, entramos a una última etapa, en la evolución del tratamiento de la publicidad comparativa. El precedente se origina en una denuncia interpuesta por «The Coca-Cola Company» contra «Embotelladora San Jorge S.A.C.» y «Panorama Internacional S.A.» por infracción a las normas de publicidad<sup>10</sup>. El caso tuvo un desenlace favorable para «Coca-Cola», en virtud a lo dispuesto por la Resolución N° 547-2003/TDC-INDECOPI, emitida el 10 de diciembre de 2003, y publicada el 15 de enero de 2004. Mediante dicha resolución la Sala de Defensa de la Competencia del

8 Resolución N° 168-97-TDC, correspondiente al expediente N° 163-96-CCD.

9 Ley 27311, Ley de fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor, publicado en el Diario Oficial «El Peruano» el 18 de julio de 2000.

10 Expediente N° 051-2002/CCD-INDECOPI.



## Publicidad Comparativa: ¿Depende del Cristal ...

Tribunal de INDECOPI aprobó un precedente de observancia obligatoria<sup>11</sup> que cambió por completo la forma de interpretar el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691.

Se puede afirmar que dicho precedente revolucionó la interpretación de dicho artículo, ya que como pasaremos a explicar más adelante, se pasó de la idea de que las comparaciones publicitarias subjetivas, es decir, que no son comprobables, son siempre legales mientras no denigre a terceros, a la idea de que las comparaciones publicitarias subjetivas son siempre ilegales. Dicho de otro modo, se transitó de un criterio de interpretación flexible a otro totalmente opuesto.

Como queda claro, la evolución el tratamiento de la publicidad comparativa a lo largo de los años en nuestro país, no ha tenido como motor un cambio significativo en la legislación o en la normatividad que regula a la publicidad comparativa, sino que mas bien esta evolución ha sido básicamente originada por dos importantes precedentes de observancia obligatoria que provienen de la autoridad administrativa en la materia, los mismos que interpretan un mismo antecedente legal, que en este caso es el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691, desde una perspectiva total y completamente opuesta.

Es por esta razón que del mismo artículo se han podido desarrollar dos corrientes de interpretación que son totalmente contrarias entre sí. Tanto así que desde el año 2000, año en que se modifica el artículo que regula la publicidad comparativa, no ha existido ninguna otra modificación, y sin embargo, sobre el mismo artículo se han tejido dos distintas interpretaciones por parte del INDECOPI, totalmente divergentes entre sí.

De manera que sin que el legislador haya modificado la norma en el interín, desde el año 2000 hasta fines del año 2003, INDECOPI ha mantenido una forma de interpretar el artículo 8° y a partir de principios del año 2004 ha optado por cambiar el criterio de interpretación, diferencia que no es de matiz sino de concepto y que nos dirige a un camino opuesto al anterior. Pareciera que el tribunal ha encontrado en este proceder un camino bastante más rápido y expeditivo para modelar la norma a su gusto que el de tener que atravesar por los difíciles pasillos y comisiones del Congreso de la República para obtener una modificación legislativa.

Habiendo existido dos interpretaciones tan contradictorias de la misma norma, tenemos que concluir que una de las dos interpretaciones a dicho artículo no es, o no ha sido, la que el legislador hubiera querido para el mismo, a menos que a partir de la lectura de la norma se pueda llegar a dos lugares totalmente opuestos entre sí al mismo tiempo y dependiendo de qué camino al azar tome quien la interprete, deseo de ubicuidad que no creemos haya sido el de la norma.

### 3. Primer Precedente: La Publicidad Comparativa Subjetiva será Lícita siempre que no denigre a los Competidores ni engañe a los Consumidores

Como ya lo hemos señalado anteriormente, en el año 1997 se emitió el primer precedente de observancia obligatoria en nuestro país, en lo que a publicidad comparativa se refiere. El Tribunal de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI estableció mediante dicho criterio de interpretación del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691, que hemos desarrollado anteriormente, básicamente dos criterios:

11 Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante la Resolución N° 547-2003/TDC-INDECOPI:

1. La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.
2. El artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 permite el uso de la publicidad comparativa como instrumento de la acción de concurrencia, sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida a los principios que rigen toda la actividad publicitaria. En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán considerados como publicidad comparativa ilícita.
3. El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal, recogido en el artículo 5° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.
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 las supuestas ventajas 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 sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial.»

El primero consistía en identificar a la objetividad como una característica de la publicidad comparativa y no como un requisito de licitud de la misma.

El segundo consistía en rechazar dentro del ámbito de la publicidad comparativa a cualquier publicidad que contuviese frases o alegaciones subjetivas contra el producto o servicio de la competencia, debiendo evaluarse este tipo de publicidad dentro del marco de la publicidad comercial común.

Es decir, la interpretación dada por dicho precedente lo que hace es tratar a los requisitos de licitud de la publicidad comparativa como características inherentes a la misma.

Es en este punto donde empieza la primera confusión respecto a dicho precedente ya que cuando el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691, en su redacción original, establecía en su segundo párrafo que «toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación en conjunto de los principales aspectos y productos comparados», es evidente que lo que se quiso, en su momento, con dicha redacción fue establecer que la publicidad comparativa debía de reunir dichos requisitos para ser válida, legal y cumplir con el ordenamiento jurídico. No se quiso en cambio dar a conocer las características con las que debía contar la publicidad comparativa para ser considerada como tal, de manera que si la publicidad cumplía con dichas características calificaba como publicidad comparativa y si no lo hacía se trataría de publicidad comercial común, y por ende regulada por las reglas de la publicidad comercial común y no por las reglas de la publicidad comparativa.

Así pues, se debe entender que la publicidad comparativa es, como ya lo hemos señalado anteriormente, toda comparación realizada respecto a productos o servicios de los competidores y que la objetividad, veracidad y especificidad, no son las características de la misma, sino los requisitos para que la publicidad comparativa sea válida. Es decir,

exactamente lo contrario de la interpretación que fue dada por INDECOPI bajo dicho precedente de observancia obligatoria.

Si el INDECOPI hubiera tenido la razón en la interpretación del artículo 8° en cuestión, entonces hubiera sido inútil la existencia de dicho artículo ya que la publicidad comparativa no tendría requisitos especiales de validez, y simplemente se regiría por los requisitos de validez de la publicidad común, como son que no se denigre a los competidores ni se engañe a los consumidores.

Si esto fuera así, y si el INDECOPI hubiera acertado con dicha interpretación, entonces ¿cuál sería la finalidad de contar con un artículo especial dentro de las normas de publicidad que regule la publicidad comparativa, cuando lo único que aportaría dicho artículo son las características a tener en cuenta para saber que estamos frente a una publicidad comparativa, pero en cambio los requisitos de validez de la misma van a ser dados de acuerdo a las reglas señaladas para la publicidad comercial común? ¿Por qué diferenciar los conceptos de publicidad comercial y publicidad comparativa si los requisitos para que ambas sean válidas vendrían a ser los mismos? ¿Por qué contar con un artículo específico que desarrolla el concepto de publicidad comparativa cuando en la práctica daba lo mismo que la publicidad sea comercial o comparativa si los requisitos de validez para las dos serían iguales? Si fuera correcta la interpretación que INDECOPI hizo del artículo 8°, en virtud del citado precedente, nada tendría que aportar el mismo al régimen legal de la publicidad comparativa.

Además, al convenir los requisitos de licitud en características definitorias del supuesto de hecho, se llega a la consecuencia de que toda publicidad comparativa sería inherentemente lícita, por definición (si no, no sería «publicidad comparativa»<sup>12</sup>).

En definitiva, si la publicidad comparativa no tuviese unos requisitos de licitud distintos de los de la

---

---

***“(...) al convenir los requisitos de licitud en características definitorias del supuesto de hecho, se llega a la consecuencia de que toda publicidad comparativa sería inherentemente lícita (...)”***

---

---

12 BERCOVITZ, Alberto, «Dictamen emitido por el profesor Alberto Bercovitz a petición de Procter & Gamble del Perú S.A.», Madrid, 2000, págs. 49-50.



publicidad común, no sería necesario regularla. Bastaría, como mucho, con realizar una simple remisión al régimen general. Pues bien, el hecho de que la comparación en publicidad se regule en normas especiales, evidencia que dicha modalidad de publicidad está sujeta a un régimen jurídico especial, más exigente y riguroso que el general y complementario al de las normas generales de publicidad.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta que el citado precedente eliminaba la figura de la publicidad comparativa subjetiva, señalando que la publicidad donde se comparaban productos y/o servicios y en la que se realizaban alegaciones subjetivas respecto de los mismos, debía ser considerada publicidad comercial común.

En este punto no consideramos necesario mayor abundamiento ya que una mayoría de la doctrina especializada sostiene que este fue un segundo error de interpretación de la norma por parte del INDECOPI, ya que es evidente que sí se pueden comparar productos y servicios de dos empresas realizando afirmaciones subjetivas, y que por el hecho de usar afirmaciones subjetivas de dichos productos o servicios, la publicidad no va a dejar de ser comparativa para convertirse en publicidad comercial. Muy por el contrario, seguirá siendo una publicidad comparativa, ya que la vocación comparativa seguirá existiendo. En resumen, la subjetividad no le quita la vocación comparativa a una determinada publicidad para convertirla en publicidad comercial común.

Bajo el citado criterio de interpretación del INDECOPI, se permitió que se puedan realizar comparaciones subjetivas entre productos y servicios competidores, siempre y cuando se respeten los requisitos de licitud de la publicidad comercial común: la no denigración a los competidores y el no engaño a los consumidores, lo que creó justificada incertidumbre, ambigüedad y preocupación en el mercado publicitario.

Las dudas y cuestionamiento que generó este precedente, condujeron a INDECOPI, a enfrentar la incertidumbre generada, a través de la promulgación del segundo precedente de observancia obligatoria del año 2003.

#### **4. Segundo Precedente: La Publicidad Comparativa Subjetiva nunca será Lícita**

Durante casi cuatro años se mantuvo vigente el precedente antes mencionado, creando así una enorme confusión respecto a la regulación y la interpretación

de la publicidad comparativa hasta que, a fines del año 2003, INDECOPI aprobó un segundo precedente de observancia obligatoria, el cual desvirtuó y enmendó lo señalado por el anterior.

Así pues, mediante la aprobación del segundo precedente, vigente hasta la fecha de publicación de este artículo, el INDECOPI dio un giro de ciento ochenta grados en lo que se refiere a publicidad comparativa, ya que pasó de permitir la publicidad comparativa subjetiva, siempre que no denigre a los competidores ni engañe a los consumidores, a prohibirla rotundamente.

Efectivamente, dicho precedente señala, entre otros aspectos, que la publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal, y por lo tanto ilícito.

Este cambio drástico del criterio de interpretación de la publicidad comparativa, se desarrolló a partir de un análisis integral de lo señalado por el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691.

Es evidente que dicho artículo permite el uso de la publicidad comparativa. Sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra también regulada por los principios que rigen la actividad publicitaria en general, como son los principios de lealtad, legalidad, veracidad y autenticidad. En tal sentido, la publicidad comparativa que respete tales principios será considerada publicidad comparativa lícita, mientras la publicidad comparativa que no los respete será considerada como publicidad comparativa ilícita.

Es obvio, que tanto la publicidad comparativa lícita como la ilícita representarán un daño al competidor aludido, por la detracción de la clientela que en ambos casos es pasible de sufrir el competidor. Pero es en este lugar donde se produce la gran diferencia. El daño causado al competidor por el uso de la publicidad comparativa lícita, será considerado un daño concurrencial lícito, y en tal sentido, será aceptado dentro del mercado, ya que dicha comparación va a beneficiar a los consumidores y por lo tanto al propio mercado en la medida que al comparar productos o servicios y señalar las ventajas del propio frente a las desventajas del producto o servicio ajeno, se le brinda mayor información. Al brindarles información a los consumidores, estos van a contar con mejores herramientas para optar por una mejor y más beneficiosa decisión de consumo.

En resumen, la publicidad comparativa lícita es la que respeta los principios de toda actividad publicitaria y si bien causa un daño al competidor, éste es un daño concurrencial lícito, que va a ser justificado y aceptado por el beneficio que se le brinda a los consumidores al permitirles contar con mayor información al momento de decidir por un determinado producto o servicio: Es por esta razón que esta modalidad de publicidad comparativa es considerada lícita.

Por el contrario, al momento que la publicidad comparativa deja de transmitir información al consumidor, se convierte en ilícita, ya que su único objetivo es aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia, sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.

Ahora bien, ¿en qué momento la publicidad comparativa pierde su carácter informativo y por lo tanto se convierte en ilícita? La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza palabras, frases o afirmaciones de carácter subjetivo al momento de comparar las ventajas de los productos o servicios propios, frente a las desventajas de los productos o servicios ajenos. Es decir, cuando se utilizan afirmaciones que no pueden ser comprobables por el consumidor, ya que para el consumidor resultará imposible llegar a comprobar las ventajas o desventajas anunciadas. Esta falta de carácter informativo produce que el competidor sufra un daño y además produce que el consumidor no se vea beneficiado bajo ninguna circunstancia, ya que no se le brinda mayor información y además se le traslada el «costo» de tratar de comprobar si lo afirmado en dicha publicidad existe en la realidad.

En resumen, el efecto de este tipo de publicidad comparativa es inaceptable ya que no otorga ningún beneficio para el mercado, debiendo ser considerado ilegal, y por ende ser sancionada.

Es por esto que, el daño que sufra un competidor debido a la publicidad comparativa ilícita, si debe ser ilegal y por lo tanto sancionado ya que la publicidad comparativa ilícita pierde su carácter informativo, es decir, deja de transmitir información al consumidor. Lo único que se busca con éste tipo de publicidad es causar un perjuicio al competidor sin beneficiar al consumidor informando de las ventajas del producto o servicio propio sobre las desventajas del producto o servicio ajeno.

Es así como el segundo precedente de observancia obligatoria emitido por el INDECOPI considera a la publicidad comparativa subjetiva como ilegal, dado que ese tipo de publicidad no beneficia en ningún aspecto al mercado, ni a los competidores ni a los consumidores, trasladándole a los consumidores el costo de comprobar si las afirmaciones realizadas son verdaderas o no, costo que sería demasiado alto para los consumidores ya que jamás podrían llegar a comprobar si una afirmación subjetiva existe o no en la realidad.

A manera de conclusión, lo ocurrido en materia de publicidad comparativa nos debe llevar a reflexionar sobre la necesidad de que INDECOPI utilice su facultad de aprobar precedentes de observancia obligatoria de manera ponderada y reflexiva y de que los abogados emprendamos un rol activo en exigir al regulador que respete sus propias reglas de juego 