



El Efecto Intimidatorio o “Chilling Effect”: De cómo la mala regulación mató a la publicidad comparativa en el Perú

Chilling effect: how bad regulation killed comparative advertising in Peru

Alfonso Rivera Serrano*

Resumen:

Este artículo contiene una crítica a la regulación de la publicidad comparativa en el Perú. En la primera sección del artículo se describe la evolución del tratamiento regulatorio de la publicidad comparativa en el Perú y explica el “efecto intimidatorio” causado por su regulación actual. En la segunda sección se introduce el concepto de efecto intimidatorio empleado en la jurisprudencia sobre libertad de expresión, se hace un análisis de la publicidad comercial como objeto de protección constitucional al ser manifestación de la libertad de expresión y se describe el test empleado en Estados Unidos y España para el análisis de las restricciones de la libertad de expresión comercial. La tercera parte aplica dicho test a la regulación de la publicidad comparativa en el Perú concluyendo que dicha regulación es inconstitucional.

Abstract:

This article provides a criticism of the Peruvian policy regulating comparative advertising. The first section of the article describes the evolution of the regulatory treatment of comparative advertising in Peru and explains the “chilling effect” caused by its current regulation. The second section introduces the concept of “chilling effect” used in decisions about freedom of speech, analyzes the constitutional protection of commercial speech as a manifestation of the freedom of speech, and describes the test developed in the United States and Spain to analyze restrictions to commercial speech. The third section applies the test to the regulation of comparative advertising in Peru and concludes that this regulation is unconstitutional.

Palabras clave:

Libertad de expresión – Libre expresión comercial – Efecto intimidatorio – Publicidad comercial – Publicidad comparativa

Keywords:

Freedom of speech – Commercial speech – Chilling effect – Commercial advertising – Comparative advertising

Sumario:

1. Evolución de la regulación de la publicidad comparativa en el Perú – 2. Publicidad comparativa y libertad de expresión comercial – 3. Inconstitucionalidad de la actual regulación de la publicidad comparativa a través del Decreto Legislativo N° 1044 – 4. Bibliografía

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado Consejero en el estudio jurídico Miranda & Amado asociados. LLM por la Universidad de Columbia (EE.UU.), 2000; LLM en Derecho Europeo por la Universidad de Estocolmo (Suecia), 2002; y MBL en Derecho de Negocios, Competencia y Regulación Europeo e Internacional por la Universidad Libre de Berlín (Alemania), 2012. Contacto: crodriguezlarosa@mafirme.com.pe

1. Evolución de la Regulación de la Publicidad Comparativa en el Perú

Este artículo trata sobre un fenómeno bueno y saludable para la libre competencia y para los consumidores que llegó a manifestarse en el Perú en algún momento ya olvidado del pasado, pero que hoy es prácticamente inexistente: nos referimos a la publicidad comparativa.

Recuerdo haber visto en la década de los noventas un anuncio publicitario de Pepsi en los Estados Unidos en el que al rapero MC Hammer le sustituyen su Pepsi por un vaso de Coca Cola, sin que él lo sepa. Luego MC Hammer sube al escenario y comienza a cantar *Feelings* de Frank Sinatra, ante la mirada desconcertada de sus seguidores que no lo pueden creer, hasta que uno de ellos le acerca un vaso de Pepsi, MC Hammer lo toma, bebe un poco y vuelve a "rapear"¹¹.

Más recientemente vi un nuevo anuncio en el que dos apiladores de latas de Pepsi y Coca Cola "Zero" compiten el uno contra el otro para ver quién puede apilar sus respectivas latas de la forma más impresionante y creativa. Hasta que al final el apilador de Pepsi apila las latas en forma de un pequeño escenario, mientras que el apilador de Coca Cola le dice sorprendido: "¿es todo lo que tienes?". Luego se prenden luces y fuegos artificiales y aparece el rapero Snoop Dog sobre la pila de latas de Pepsi, quien hace un tremendo show en el *supermarket*².

¿Qué de malo tienen estos anuncios? Nada. Pero ambos contienen una información muy importante para los consumidores que muchas veces no es valorada lo suficiente: ambos anuncios hacen conocer a los consumidores más jóvenes que existe una alternativa a Coca Cola. Quizás Pepsi sea una marca también famosa que podría no requerir de este tipo de anuncios, pero ¿por qué la ley tendría que prohibirlos? ¿No es la información sobre una oferta alternativa suficientemente valiosa para los consumidores? Pensemos ahora que no se trate de Pepsi, sino de las muy peruanas Kola Real y Perú Cola, o de cualquiera otra marca competidora que ingrese al mercado en el futuro. ¿Tiene sentido limitar a estas marcas la posibilidad de informar a los consumidores de su existencia mediante anuncios publicitarios creativos y divertidos donde se mencione por referencia a marcas ya establecidas como Coca Cola o Pepsi? Por supuesto que no. Es más, en este artículo concluiremos que es inconstitucional prohibir este tipo de anuncios.

En efecto, la sola presencia de la publicidad comparativa nos dice que estamos ante un mercado altamente competitivo. Por otro lado, la ausencia de publicidad comparativa nos dice que estamos ante un mercado cartelizado o con tendencia a cartelizarse. La publicidad comparativa es una muestra manifiesta de la fuerza de la libre competencia funcionando en un mercado. Los peruanos tuvimos la oportunidad de apreciar esa fuerza a fines de los noventas y principios del presente milenio. Sin embargo, esta tendencia buena y saludable se interrumpió de un momento a otro debido a una secuela de malas regulaciones que lo único que han causado es silenciar a la publicidad comparativa en el Perú por más de diez largos años.

Toda esta historia se remonta al caso *Always* decidido mediante Resolución N° 168-97-TDC de fecha 2 de julio de 1997, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI en el caso seguido por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sanitarios Sancela del Perú S.A.³. En esa época, el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 que regulaba la publicidad comercial establecía lo siguiente:

*"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."*⁴

En el caso *Always*, INDECOPI se pronunció sobre cómo debía interpretarse la parte final del artículo 8 antes citado y precisó que ésta no establecía requisitos de licitud de la publicidad comparativa, sino solamente elementos de juicio para determinar si una publicidad comercial cualquiera podía ser considerada o no como una "comparación expresa de productos"⁵. El INDECOPI interpretó que la tendencia de la legislación

1 "Pepsi MC Hammer", Video de Youtube, 1:01, publicado por 'SmartAdvertising', 08 de enero de 2009. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MrsClK9s2wl>.

2 "Snoop Dogg - Pepsi Max Zero Calories Commercial", Video de Youtube, 1:02, publicado por 'StumpedMusicPub', 23 de enero de 2011. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=ePJ3YA2vSc>.

3 El anuncio analizado en dicha resolución trataba sobre dos modelos que comentaban en un camerino las bondades de las toallas higiénicas Nosotras Plus con Alas frente a otras toallas higiénicas con malla en la cubierta que, según la modelo del anuncio, le irritaban la piel. La discusión del caso se centraba en si las expresiones de la modelo debían entenderse como afirmaciones objetivas sujetas a prueba o como meras apreciaciones subjetivas, que el consumidor podría entender como provenientes del anunciante, quien busca promover las ventas de su producto. Esta última fue la interpretación que prevaleció en la resolución.

4 Decreto Legislativo 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (texto original).

5 La Sala de Defensa de la Competencia estableció en ese caso como precedente de observancia obligatoria lo siguiente: "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

era a flexibilizar el mercado y no a imponer nuevas trabas y restricciones como había sucedido en el pasado. La interpretación contraria, aunque no lo dice explícitamente la resolución, hubiese limitado en exceso la publicidad comparativa poniéndole una serie de requisitos que terminarían amedrentando a los anunciantes de hacer ese tipo de publicidad, ante la posibilidad de la imposición de multas, órdenes de cese de la publicidad, entre otros riesgos. Esto último, como explicaremos más adelante, es lo que se conoce como un *chilling effect* disuasivo de la libertad de expresión comercial.

Unos años después, el artículo 5 la Ley 27311, Ley de Fortalecimiento del Sistema de Protección al Consumidor publicada el 18 de julio del 2000, dispuso sustituir el artículo 8 del Decreto Legislativo 691 por el siguiente texto:

“Artículo 8.- *Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores.*”⁶

Con ello quedó plasmada, a nivel legislativo, la tendencia desreguladora a la que hacía referencia el INDECOPI en la resolución del caso *Always*. Sin embargo, pocos años después, la jurisprudencia administrativa del INDECOPI tuvo un giro que dejó sin efecto todo lo avanzado al decidir el caso Perú Cola, por Resolución N° 0547-2003/TDC-INDECOPI de fecha 10 de diciembre de 2003, emitida en el caso seguido por Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.⁷. El anuncio publicitario de este caso es un ejemplo del reto que un nuevo producto hace al producto líder del mercado, proponiendo al público que el nuevo producto sería tan bueno como el líder y a un menor precio. ¡Qué es este caso sino una clara muestra de la libre competencia en acción! Sin embargo, el INDECOPI no opinó así y recurrió a un concepto denominado “publicidad adhesiva” (de origen marcario o de competencia desleal⁸) con el fin de prohibir este tipo de publicidad, interpretando que el mensaje publicitario pretendía asemejar el nuevo producto anunciado con el ya existente, y no diferenciarlos, y que ello constituía un aprovechamiento indebido de la reputación del competidor⁹. Ello pese a que era claro que no se denigraba a Coca Cola y, para cualquier espectador, resultaba evidente que el anunciante era un competidor de Coca Cola y que Perú Cola era el producto de ese competidor.

Lo interpretado en el caso Perú Cola no fue sino una alarmante extensión del concepto de marca, que tiene una función instrumental para el sistema de mercado en tanto permite a los consumidores diferenciar unos productos de otros y asignarles un determinado origen empresarial, para crear una protección adicional, aplicada al uso de las marcas en la publicidad, para aquellos casos en que un anuncio, lejos de engañar o crear confusión sobre el origen empresarial de los productos, simplemente pretende mostrar al público la existencia de un producto alternativo que invoca cualidades iguales o incluso superiores al actualmente posicionado en el mercado. ¿Por qué tendría que prohibirse este tipo de anuncios? ¿Quizás porque llevan consigo la posibilidad de reducir las ventas y la cuota de mercado del competidor? Pues bien, eso es precisamente lo que entendemos por libre competencia y en eso radica el interés superior a proteger, esto es, el de los consumidores en contar con una variedad de ofertas disponibles entre las cuales poder escoger. Como veremos, la protección adicional a las marcas creada con el caso Perú Cola conduce a una limitación irrazonable de la libertad de expresión comercial y de la libre competencia.

Pero la resolución del caso Perú Cola no se limitó a introducir el concepto de “publicidad adhesiva”, sino que INDECOPI, además, estableció como precedente de observancia obligatoria que la publicidad comparativa tampoco podía basarse en opiniones o afirmaciones no comprobables, de carácter subjetivo, porque

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.”

6 Decreto Legislativo 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor (texto modificado por la Ley 27311).

7 El anuncio analizado en esta resolución trataba sobre testimonios de diversos turistas a quienes se les daba a beber una bebida gaseosa, la que ellos creían que era Coca Cola, para mostrarles luego que no se trataba de Coca Cola, sino de Perú Cola. La voz en off del anuncio señalaba que estos turistas creían que el sabor de Coca Cola era inigualable, hasta que conocieron el Perú y probaron Perú Cola. “(21) Perú Cola original”, Video de Youtube, 0:31, publicado por ‘Willy Chero Salazar’, 08 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=xsarCxlVPT8>

8 Como tal, este concepto refleja el interés del titular de la marca y no los intereses de la libre competencia en el mercado ni de los consumidores en tener acceso a la mayor información posible sobre la pluralidad de ofertas que tienen a su disposición.

9 Resolución del caso Perú Cola, 21: “De otro lado, la difusión de expresiones publicitarias cuyo contenido fuera opiniones del anunciante respecto del producto competidor destinadas a equiparar ambas ofertas, constituiría publicidad adhesiva, es decir, publicidad manifiestamente ilícita, al infringir el principio de lealtad y configurar un acto de competencia desleal en la modalidad de acto de explotación de la reputación ajena, consistente en el aprovechamiento indebido de la imagen de la marca del competidor.”

ello constituiría un aprovechamiento indebido de la reputación del competidor, perdiendo así su carácter informativo. Así, INDECOPI aprovechó la oportunidad para eliminar también la posibilidad de que en el Perú se pudiera hacer publicidad comparativa como los anuncios de Pepsi de MC Hammer y Snoop Dog a los que nos referimos previamente, donde simplemente se recurre al humor para dar a conocer la existencia de un producto alternativo en el mercado. En particular, el precedente aprobado en este caso estableció lo siguiente:

“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.”

Además, con ello se creó también el riesgo de que fueran cuestionados ante INDECOPI anuncios similares a los de una famosa campaña publicitaria de la década de los noventas que, si bien se basaban en comparar elementos objetivos, recurrían también al humor y la fantasía. Nos referimos a la conocida Guerra de los Santos entre las marcas de agua de mesa San Luis y San Antonio. En dichos anuncios, se resaltaba las ventajas del bidón de San Antonio que era en forma de cubo y con asa, frente al bidón de San Luis, que, por ejemplo, no era apilable y era difícil de cargar¹⁰. El antiguo CONASUP¹¹ había declarado en el pasado ilícito este tipo de publicidad porque la comparación no era “objetiva”, ya que mostraba la imagen de un ángel que levantaba el bidón de San Antonio con extrema facilidad, mientras que otro ángel tenía serias dificultades para levantar el bidón de San Luis. Ello pese a que cualquier espectador podía darse cuenta que se trataba de un recurso al humor y la fantasía. Esta tendencia intervencionista fue temporalmente superada a partir de lo resuelto en el caso *Always*, pero fue retomada por INDECOPI a partir de la resolución del caso Perú Cola, manteniéndose lamentablemente hasta el día de hoy.

Luego vinieron el caso Desafío Franca y el Decreto Legislativo 1044, que ratificaron el criterio establecido en el caso Perú Cola. En el caso Desafío Franca¹², INDECOPI, a través de la Resolución N° 0988-2009/SC1-INDECOPI de fecha 10 de setiembre de 2009, ratificó el criterio del precedente de observancia obligatoria del caso Perú Cola y señaló lo siguiente:

“58. Ahora bien, la Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI señala que la equiparación de ofertas basada en hechos comprobables en la realidad, y que, a la vez, sea veraz, no calificará como un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Esto último debido a que una equiparación de naturaleza objetiva, en la medida que sea comprobada, cumple una función informativa, produciendo un efecto beneficioso sobre el mercado al reducir las asimetrías y los costos de búsqueda de información para el consumidor. Conforme a esta interpretación, recogida y precisada en el Decreto Legislativo 1044 actualmente vigente, solo los mensajes publicitarios adhesivos que se basen en aspectos eminentemente subjetivos o aquellos que, siendo objetivos, no se encuentren suficientemente sustentados, serán ilícitos e implicarán un aprovechamiento indebido de la reputación del competidor equiparado.”

A efectos del caso, INDECOPI distinguió la campaña publicitaria cuestionada porque se basaba en pruebas de preferencia que introducían un elemento objetivo de comparación, con lo cual – al menos – concluyó que la campaña en sí no era ilícita:

“59. En el presente caso, la referencia al atributo del “excelente sabor” sobre el cual se efectúa la adhesión de las ofertas no se establece a “juicio del anunciante”, sino que se predica sobre la base de una Prueba de Preferencias en la que se habría obtenido dicho resultado. Es por esta referencia a un estudio técnico en el cual se habría comprobado dicha condición que el mensaje publicitario de la campaña cobra carácter objetivo. Por ello, corresponde en el siguiente apartado analizar si es que la Prueba de Preferencias que sustenta la campaña “Desafío Franca” cuenta con la suficiente rigurosidad en su implementación y en la utilización de sus conclusiones.”

Por ello la discusión de este caso se concentró en analizar si las pruebas de preferencia realizadas cumplían o no con los estándares estadísticos requeridos para sustentar las afirmaciones de los anuncios sobre

10 “San Antonio – premiado comercial de “agua de mesa”, Video en Youtube, 0:40, publicado por ‘César Ponce’, 08 de enero del 2007. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=O3PTwABsbEs>.

11 Consejo Nacional de Supervisión de la Publicidad.

12 El caso Desafío Franca trata sobre una campaña publicitaria que buscaba comparar a la cerveza de marca Franca del anunciante con la cerveza de marca Cristal, a través de pruebas de degustación de sabor. En el anuncio publicitario de lanzamiento de la campaña se hacía referencia a la realización de 600 pruebas ciegas de sabor, luego de las cuales se había obtenido un empate técnico en las preferencias de sabor de los consumidores, a quienes se invitaba a “romper” el empate técnico mediante su asistencia a los módulos de degustación a fin de realizar el Desafío Franca. Esta campaña publicitaria motivó una denuncia de Unión de Cervecerías Peruanas Backus & Johnston S.A.A. contra el anunciante Ajeper S.A. “Desafío Franca”, Video de Youtube, 0:57, publicado por ‘Analia H. M.’, 18 de julio de 2008. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_opVfu-QWxk.

el porcentaje de preferencias de los consumidores. INDECOPI llegó a la conclusión de que las pruebas realizadas no tuvieron el rigor necesario para sustentar las afirmaciones sobre las preferencias de los consumidores. Dichas afirmaciones, efectivamente, eran objetivas y sujetas a la obligación de acreditar la veracidad de los anuncios, lo que constituye un análisis correcto desde el punto de vista del principio de veracidad en materia publicitaria.

Sin embargo, el mensaje que dejó el caso Desafío Franca a los anunciantes es que INDECOPI sólo consideraría lícitos los anuncios comparativos que se sustenten en elementos objetivos. No quedó claro en esta resolución si bastaba con que el anuncio tomara como base la comparación de cualquier aspecto objetivo, o si en todos los casos se exigiría, además, que el aspecto objetivo a comparar tuviese que ser uno susceptible de ser sustentado con rigurosos estudios justificativos, como se exigió en el caso del Desafío Franca. Tampoco quedó claro si se permitiría o no hacer uso en estos anuncios del humor y la fantasía. En consecuencia, no quedó claro si una campaña publicitaria del tipo Guerra de los Santos sería o no considerada como “ eminentemente subjetiva”, y por ende ilícita, por el INDECOPI, pese a tomar como base algunos aspectos objetivos. La sola falta de claridad y precisión en estos casos es relevante, toda vez que el mero riesgo de que la difusión del anuncio pueda motivar una infracción constituye ya un efecto intimidatorio (*chilling effect*) que disuadirá a los anunciantes de hacer publicidad comparativa. Por otro lado, en la resolución sí quedó absolutamente claro que INDECOPI consideraría ilícitos los anuncios del tipo Pepsi MC Hammer o Snoop Dog por ser eminentemente subjetivos, recortando así la libertad de expresión comercial a través de la publicidad comparativa.

El 26 de junio de 2008 se publicó el Decreto Legislativo 1044, que aprobó la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Este Decreto Legislativo derogó el artículo 8 del Decreto Legislativo 691. Su exposición de motivos menciona la “imperiosa necesidad” de “superar la fórmula legal” del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 para adaptarlo a lo establecido en el precedente del caso Perú Cola¹³. ¿Imperiosa necesidad para quién? Definitivamente no para los consumidores, quienes se vieron perjudicados por dicha norma al limitarse la publicidad comparativa como un importante vehículo de información sobre la diversidad de ofertas existentes en el mercado.

El Decreto Legislativo 1044 subsumió la regulación de la publicidad dentro de la norma sobre represión de la competencia desleal, lo que denota de inicio su tendencia pro marcaría¹⁴. El tratamiento de la publicidad comparativa fue incluido en el subcapítulo II de dicha norma, titulado “Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico”, lo que confirma su inclinación a proteger a los titulares de marcas frente a la competencia. El artículo 12 se refiere específicamente a los actos de comparación y equiparación “indebidas”, con lo que no sólo se pretende que los criterios de la norma se apliquen a la publicidad, sino también a cualesquiera otros actos de comparación de productos, incluso si no se dan a través de la publicidad. El numeral 12.1 define los actos de comparación y equiparación y el numeral 12.2 señala que la licitud de estos actos dependerá de que se cumpla con las condiciones establecidas en el numeral 11.2 del artículo 11, que contiene las causas para eximirse de responsabilidad por actos de denigración¹⁵.

En otras palabras, el Decreto Legislativo 1044 establece que la publicidad comparativa, así como cualquier otro acto de comparación de productos, por el hecho de hacer alusión a la marca de un competidor, se convierte automáticamente en un acto de aprovechamiento indebido de la reputación ajena que sólo podrá

13 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Exposición de Motivos:

“Lo anterior evidencia la imperiosa necesidad de superar la fórmula legal establecida por el actual artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 que establece que “[e]s lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores”. Es necesario que se consagre legislativamente lo establecido en el referido precedente de observancia obligatoria para evitar incertidumbre en el mercado e indicar con claridad a nivel legal que la comparación con los competidores, incluida la que se realiza en publicidad, exige como condición de licitud que ésta sea de carácter objetivo.

En este sentido, es necesario que, en clave del principio de legalidad administrativo, quede claramente establecido que la comparación debe ser realizada contrastando productos para mostrarle al consumidor información susceptible de comparación. Por ello, el Decreto Legislativo propone mejorar y sistematizar la regulación actual con el establecimiento de estándares de objetividad en un contexto comparativo.”

14 Debe recordarse que la disciplina de la competencia desleal se desarrolla a partir de la inserción del artículo 10 bis en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, el año 1900, en la Conferencia Diplomática de Bruselas para la revisión de dicho Convenio. Alfredo Bullard y Carlos Patrón, “El Otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”, *Themis* 39 (1999): 435.

15 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal

“Artículo 12.- Actos de comparación y equiparación indebida. -

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal.”

ser considerado lícito si logra superar las condiciones para no ser considerado un “acto de denigración”. Tales condiciones son las siguientes:

“Artículo 11.- Actos de denigración. -

(...)

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.”¹⁶

Es decir, como se puede apreciar, un verdadero banquete de opciones y alternativas para que los titulares de las marcas aludidas por la publicidad comparativa puedan atacar al anunciante, quien además tendrá la carga de probar, ante cualquier denuncia en su contra, que cumple con todos y cada uno de estos requisitos. ¿No bastaba con señalar que la publicidad comparativa no debe engañar a los consumidores ni denigrar a los competidores? No. Si el caso Desafío Franca había creado ciertas dudas que podían inhibir a los anunciantes de hacer publicidad comparativa, con el Decreto Legislativo 1044 se dejó claro que la intención de la legislación era erradicar la publicidad comparativa, rodeándola de tantos requisitos y trabas que ningún anunciante en su sano juicio correría el riesgo de invertir en una campaña publicitaria de este tipo para terminar siendo denunciado y poner en riesgo toda su inversión. Hay que reconocer que la norma fue eficaz en su propósito: desterró a la publicidad comparativa de nuestro medio. Ello obviamente es peligroso porque puede conducir a la cartelización del mercado, limitando el flujo de información sobre la diversidad de ofertas existentes, por medio de la publicidad comparativa.

Pero la publicidad comparativa no se prohibió directamente. Formalmente sigue siendo posible – al menos en teoría – hacer publicidad comparativa. A continuación, sostendremos que ello realmente no es así. Como una mera fórmula retórica, el Decreto Legislativo 1044 admite el derecho a la libertad de expresión comercial y la posibilidad de hacer publicidad comparativa¹⁷, pero en la práctica lo que ha logrado es disuadir, estableciendo diversos requisitos y trabas, la posibilidad de hacer publicidad comparativa, de modo que los anunciantes no están dispuestos a arriesgarse a hacer este tipo de publicidad debido a todas las condiciones que debe cumplir para que pueda ser considerada lícita. Ello nos conduce a la segunda parte de este artículo que hace un breve análisis del denominado efecto intimidatorio (“chilling effect”) que puede producir una mala regulación y que se ve ejemplificado en el caso de la regulación peruana de la publicidad comparativa.

2. Publicidad Comparativa y Libertad de Expresión Comercial

El caso de la restricción legal de la publicidad comparativa en el Perú no es un caso de prohibición directa, toda vez que no existe una norma que establezca que la publicidad comparativa está prohibida. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1044 logró el mismo efecto que una prohibición directa por una vía indirecta, es decir, estableciendo una serie de requisitos con el fin de disuadir a los anunciantes de hacer publicidad comparativa. Como ya hemos dicho, el Decreto Legislativo 1044 admite, al menos como una mera fórmula retórica, que la actividad publicitaria se encuentra protegida por la libertad de expresión garantizada por la Constitución. Es pertinente entonces hacer una breve revisión del test que se aplica en otros sistemas jurídicos para evaluar si una limitación a la libertad de expresión comercial es constitucional o no.

Para ello es necesario referirnos al concepto de “efecto intimidatorio” (“chilling effect”) utilizado de diversas formas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos sobre libertad de expresión. El efecto

16 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 11, numeral 11.2.

17 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal

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

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

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

“Artículo 20.- Uso de licencias publicitarias. -

En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.” (Los subrayados son nuestros)

intimidatorio ocurre cuando un individuo, que goza de la libertad de expresarse libremente, decide autocensurarse para evitar las consecuencias negativas que podría tener expresar su opinión en un determinado caso. Ello puede ocurrir como efecto de una mala regulación por parte del Estado.

Como señala el profesor Schauer, la doctrina del efecto intimidatorio no se requiere cuando la restricción de la libertad de expresión es directa y flagrante:

“Limitar simplemente el concepto de ‘intimidatorio’ a la libre expresión protegida, sin embargo, no delimita suficientemente el tema. Una ley convirtiendo en delito la publicación de las obras compiladas de Shakespeare, una ordenanza prohibiendo la defensa del socialismo, o un principio jurisprudencial que imponga responsabilidad civil por criticar a las autoridades del gobierno disuadirían cada una a los individuos de participar en actividades constitucionalmente protegidas. Pero no necesitamos ninguna noción de un efecto intimidatorio para que nos diga que las leyes que sancionan lo no-sancionable son inconstitucionales y la Corte Suprema no necesita de la doctrina del efecto intimidatorio para establecerlo así.”¹⁸

Precisamente la doctrina del efecto intimidatorio adquiere relevancia cuando hablamos de restricciones de la libertad de expresión que son indirectas, como en el caso de las restricciones normativas que, si bien al menos en principio pueden aparentar tener algún tipo de justificación, son establecidas de manera tan sobredimensionada e indiscriminada que terminan afectando también a individuos que quisieran expresar su opinión, pero que no lo hacen por temor a terminar teniendo problemas legales:

“Si el efecto intimidatorio va a tener alguna significación como una doctrina independiente debe referirse sólo a aquellos ejemplos de intimidaciones que resultan de las restricciones indirectas impuestas por el gobierno a la libre expresión protegida. Entonces, con esta glosa esencial añadida, podemos enunciar una definición tentativa: Un efecto intimidatorio ocurre cuando los individuos que buscan participar en una actividad protegida por la primera enmienda son disuadidos de hacerlo así por una regulación gubernamental no dirigida específicamente a la actividad protegida. Entonces, si una ley que está dirigida a la pornografía dura tiene el efecto real de disuadir a un individuo de publicar el Decamerón o El Amante de Lady Chatterley, este efecto es propiamente llamado efecto intimidatorio. Igualmente, si una sanción jurisprudencial dirigida a castigar la publicación de hechos falsos difamatorios causa la supresión de la verdad o de una opinión, el razonamiento del efecto intimidatorio es aplicable también. El mismo análisis es también apropiado cuando una ley diseñada para disuadir la incitación a los disturbios tiene el efecto adicional de inhibir la defensa del cambio político. El peligro de este tipo de objetable efecto intimidatorio reside en el hecho que lo que debería ser expresado no lo es. Disuadido por el temor a sanciones, algunos individuos se reprimen de decir o publicar lo que ellos legalmente podrían, y por supuesto, deberían. Esto debe temerse no sólo por el daño que fluye del no ejercicio de un derecho constitucional, sino también por la pérdida social general que resulta cuando las libertades garantizadas por la primera enmienda no son ejercidas...”¹⁹

La doctrina del efecto intimidatorio es comúnmente utilizada por la Corte Suprema de Estados Unidos precisamente en los casos donde tiene que decidir sobre limitaciones legales sobredimensionadas que terminan poniendo en riesgo la libertad de expresión, como señaló el juez Scalia en la sentencia del caso *Virginia v. Hicks*, 539 US 113 (2003):

“La demostración de que una ley sanciona una ‘sustancial’ cantidad de libre expresión protegida ‘juzgada en relación al propósito claramente legítimo de la ley,’ Broadrick v. Oklahoma, 413 US 601, 615 (1973), es suficiente para invalidar toda aplicación de dicha ley, ‘hasta o a menos que una interpretación limitativa o invalidación parcial la restrinja de tal forma que remueva la previsible amenaza o disuasión a la libre expresión constitucionalmente protegida,’ id., 613. Ver también Virginia v. Black, 538 US 343, 367 (2003); New York v. Ferber, 458 US 747, 769, n. 24 (1982); Dombrowski.

18 Frederick Schauer, “Fear, Risk, and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect”, *Boston University Law Review* 58 (1978): 692. (Traducción libre del siguiente texto: “Simply restricting the ‘chilling’ concept to protected speech, however, does not sufficiently narrow the issue. A statute making criminal the publication of the collected works of Shakespeare, an ordinance prohibiting the advocacy of socialism, or a common-law principle imposing civil liability for the criticism of government officials would each deter individuals from participating in constitutionally protected activity. But we do not need any notion of a chilling effect to tell us that statutes which punish the unpunishable are unconstitutional and the Supreme Court does not need the chilling effect doctrine to so hold.”)

19 Schauer, “Fear, Risk, and the First Amendment”, 693. (Traducción libre del siguiente texto: “If the chilling effect is to have any significance as an independent doctrine it must refer only to those examples of deterrence which result from the indirect governmental restriction of protected expression. Therefore, with this essential gloss added, we can set forth a tentative definition: A chilling effect occurs when individuals seeking to engage in activity protected by the first amendment are deterred from so doing by governmental regulation not specifically directed at that protected activity. Thus, if a statute which is directed at hard-core pornography has the actual effect of deterring an individual from publishing the Decameron or Lady Chatterley’s Lover, that effect is properly deemed a chilling effect. Similarly, if a common-law sanction aimed at punishing the publication of defamatory factual falsehood causes the suppression of truth or opinion, chilling effect reasoning is again applicable. The same analysis is also appropriate where a statute designed to curb incitement to riot has the additional effect of inhibiting the advocacy of political change. The danger of this sort of invidious chilling effect lies in the fact that ‘ought’ to be expressed is not. Deterred by the fear of punishment, some individuals refrain from saying or publishing that which they lawfully could, an indeed, should. This is to be feared not only because of the harm that flows from the non-exercise of a constitutional right, but also because of general societal loss which results when the freedoms guaranteed by the first amendment are not exercised...”)

Hemos provisto este remedio expansivo a raíz de la preocupación por la amenaza de que la aplicación de una ley sobredimensionada pueda disuadir o intimidar libre expresión constitucionalmente protegida – especialmente cuando una ley sobredimensionada impone sanciones penales. Ver Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 US 620, 634 (1980); Bates v. State Bar of Ariz., 433 US 350, 380 (1977); NAACP v. Button, 371 US 415, 433 (1963). Muchas personas, en lugar de enfrentar la considerable carga (y a veces riesgo) de vindicar sus derechos litigando caso por caso, elegirán simplemente abstenerse de la libre expresión protegida, Dombrowski, supra, 486-487 - dañándose no sólo a sí mismas sino a la sociedad en su conjunto, que se ve privada de un mercado desinhibido de ideas. La jurisprudencia del sobredimensionamiento, al suspender toda aplicación de una ley que limita excesivamente, reduce estos costos sociales causados por la restricción de libre expresión protegida.²⁰

Luego de esta breve explicación del concepto de efecto intimidatorio, regresemos al tratamiento de la publicidad comparativa en el Decreto Legislativo 1044. ¿Cuál es el motivo aparente de la regulación? Evitar que a través de la publicidad comparativa se engañe a los consumidores (principio de veracidad) o se denigre a algún competidor (principio de lealtad). Dichos objetivos, legítimos por supuesto, ya se lograban con el texto del artículo 8 del Decreto Legislativo 691, tal como fue modificado por el artículo 5 la Ley 27311.

Ahora bien, bajo el Decreto Legislativo 1044, ¿sería lícita una campaña publicitaria del tipo Guerra de los Santos? Recuérdese que en algún momento del pasado dicha campaña fue sancionada porque había presentado a un ángel levantando con excesiva facilidad el bidón de agua de mesa del anunciante, que era cúbico y contaba con un asa, mientras que el ángel que levantaba el bidón de la competencia lo hacía con extrema dificultad. Por tanto, existe el riesgo de que una campaña de este tipo pueda ser considerada ilícita, no obstante que los anuncios en discusión claramente comparaban aspectos objetivos de los productos de ambos competidores, recurriendo al humor y la fantasía, lo que, en el caso comentado, era evidente para cualquier espectador. Leamos ahora, nuevamente, los literales b), c) y la parte final del d) del numeral 11.2 del artículo 11 que hacen referencia a las causales para eximirse de responsabilidad por un acto de denigración:

- “b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;*
c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias;
d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse (...) otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.”

Queda claro que el competidor aludido tendría carta abierta para denunciar una campaña publicitaria del tipo Guerra de los Santos, e incluso podría ganar el caso, obtener el cese preventivo y/o definitivo del anuncio y que el anunciante sea sancionado con una multa administrativa. Podemos abrigar la esperanza de que los funcionarios del INDECOPI tendrían suficiente criterio para hacer una interpretación compatible con la Constitución al analizar un caso como el descrito, pero esa simple esperanza no es suficiente. La sola posibilidad de tener que enfrentar una denuncia y de que exista el riesgo de perder y ser sancionado es suficiente para intimidar al anunciante, quien preferirá no realizar este tipo de publicidad para evitar todos los problemas legales que ello le podría traer. La doctrina del efecto intimidatorio, por tanto, resulta perfectamente aplicable al caso descrito. Es más, dicha doctrina explica también por qué ya no hay publicidad comparativa en el Perú, dado que los requisitos para hacer publicidad comparativa que ha impuesto el Decreto Legislativo 1044 pueden ser interpretados tan extensivamente que los anunciantes se inhiben de realizar publicidad comparativa para no tener que enfrentar problemas legales y evitar el riesgo (aunque fuese mínimo) de ser sancionados.

Y a continuación preguntémosnos ¿sería lícita una campaña publicitaria del tipo MC Hammer o Snoop Dog? La respuesta es un simple no. Basta con leer los literales b), c) y parte final del d) del numeral 11.2 del artículo 11 antes transcritos para darse cuenta que el INDECOPI seguramente declararía ilegales este tipo de anuncios. Ello no obstante transmitir información muy importante para los consumidores: la existencia de un producto alternativo. Esa sola información es la más importante que pueden recibir los consumidores

20 Sentencia del caso Virginia v. Hicks. (Traducción libre del siguiente texto: *“The showing that a law punishes a “substantial” amount of protected free speech, “judged in relation to the statute’s plainly legitimate sweep,” Broadrick v. Oklahoma, 413 U. S. 601, 615 (1973), suffices to invalidate all enforcement of that law, “until and unless a limiting construction or partial invalidation so narrows it as to remove the seeming threat or deterrence to constitutionally protected expression,” id., at 613. See also Virginia v. Black, 538 U. S. 343, 367 (2003); New York v. Ferber, 458 U. S. 747, 769, n. 24 (1982); Dombrowski. We have provided this expansive remedy out of concern that the threat of enforcement of an overbroad law may deter or “chill” constitutionally protected speech—especially when the overbroad statute imposes criminal sanctions. See Schaumburg v. Citizens for a Better Environment, 444 U. S. 620,634 (1980); Bates v. State Bar of Ariz., 433 U. S. 350, 380 (1977); NAACP v. Button, 371 U. S. 415, 433 (1963). Many persons, rather than undertake the considerable burden (and sometimes risk) of vindicating their rights through case-by-case litigation, will choose simply to abstain from protected speech, Dombrowski, supra, at 486-487-harming not only themselves but society as a whole, which is deprived of an uninhibited marketplace of ideas. Overbreadth adjudication, by suspending all enforcement of an overinclusive law, reduces these social costs caused by the withholding of protected speech.”*).

en un mercado competitivo. Por otro lado, ¿los anuncios del tipo MC Hammer o Snoop Dog denigran a Coca Cola? No. Sólo bromean con el competidor y motivan al consumidor a que pruebe otras opciones, como sucedía también en el caso Perú Cola.

Como vemos, existen diversas formas de publicidad comparativa que no tendrían por qué ser consideradas ilícitas y que sin embargo corren el riesgo de ser declaradas así por efecto de la mala regulación contenida en el Decreto Legislativo 1044. La regulación de la publicidad comparativa en el Decreto Legislativo 1044 es tan sobredimensionada y desproporcionada que genera el riesgo de que los anunciantes se inhiban de difundir anuncios que significarían un ejercicio legítimo de su libertad de expresión comercial, debido al riesgo de enfrentar problemas legales.

En la actualidad, la publicidad comercial es reconocida internacionalmente como una manifestación de la libre expresión en el ámbito comercial y por ello se considera que está protegida constitucionalmente. En un primer momento, sólo en los Estados Unidos se reconocía que la protección de la libertad de expresión se extendía también a los anuncios publicitarios, como consecuencia de la decisión de la Corte Suprema de dicho país en el caso *Bigelow v. Virginia*, 421 US 809 (1975). En este caso, se declaró inconstitucional una ley de Virginia que sancionaba como falta cualquier publicación que promoviera la realización de abortos, causando que en el caso concreto se sancionara la publicación de un anuncio en un semanario publicado en Virginia donde se ofrecía a mujeres que tuvieran embarazos no deseados arreglarles estancia de bajo costo en clínicas y hospitales acreditados de Nueva York.

El criterio adoptado por la Corte Suprema de los Estados Unidos fue desarrollado hasta tomar la forma de un test de constitucionalidad en el caso *Central Hudson Gas & Electricity Corp. v. Public Service Commission of New York*, 447 US 557 (1980). En el caso *Central Hudson*, se cuestionó una regulación emitida por la Comisión de Servicios Públicos de Nueva York que prohibió a las empresas eléctricas hacer publicidad que estimule la demanda de electricidad, en el contexto de una severa escasez de los combustibles utilizados para producir electricidad. En la sentencia del caso, el juez Powell escribiendo para la Corte señaló que cuando una regulación involucra limitaciones a la libre expresión protegida, la Constitución exige que tal limitación no se extienda más allá de lo necesario para servir el propósito de la ley:

“Nuestra decisión de hoy de ninguna manera desalienta el interés nacional en la conservación de energía. Aceptamos sin reservas el argumento de que la conservación, tanto como el desarrollo de fuentes alternativas de energía, es una meta nacional imperativa. Los órganos administrativos empoderados para regular a las compañías eléctricas tienen la autoridad – e incluso el deber – de tomar acciones apropiadas para promover esta meta. Cuando, sin embargo, tales acciones involucran la supresión de la libre expresión, la Primera y la Decimocuarta Enmiendas requieren que la restricción no se extienda más de lo que sea necesario para servir el interés del Estado. En este caso, el expediente ante nosotros no demuestra que la prohibición total de publicidad promocional satisfaga este requerimiento.”²¹

A continuación, la sentencia desarrolló el test aplicable al análisis de las restricciones a la libertad de expresión comercial y estableció que, si los anuncios publicitarios no engañan al público ni se refieren a actividades ilegales, el poder del gobierno para regularlos se encontrará limitado, de modo que se deberá sustentar un interés público muy sustancial a ser tutelado mediante alguna restricción de la libertad de expresión y dicha restricción deberá ser proporcional y estar cuidadosamente limitada a alcanzar la finalidad de interés público que la sustenta, pues de lo contrario la restricción será considerada inconstitucional:

*“La preocupación de la Primera Enmienda por la libertad de expresión comercial está basada en la función informativa de la publicidad. Ver *First National Bank of Boston v. Bellotti*, 435 US 765, 435 US 783 (1978). En consecuencia, no puede haber objeción constitucional a la supresión de mensajes comerciales que no informen con precisión al público sobre actividad lícita. El gobierno puede prohibir formas de comunicación más propensas a engañar al público que a informarlo, *Friedman v. Rogers*, supra 440 US 13, 440 US 15-16; *Ohralik v. Ohio State Bar Assn.*, supra 436 US 464-465, o expresiones comerciales relacionadas con actividad ilícita, *Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm’n*, 413 US 376, 413 US 388 (1973).*

Si la comunicación no es engañosa ni está relacionada con actividad ilícita, el poder del gobierno está más limitado. El Estado debe sostener un interés sustancial a ser alcanzado mediante restricciones a la libertad de expresión comercial. Más aun, la técnica regulatoria debe estar en proporción a dicho interés. La limitación

21 Sentencia del caso *Central Hudson*. (Traducción libre del siguiente texto: “Our decision today in no way disparages the national interest in energy conservation. We accept without reservation the argument that conservation, as well as the development of alternative energy sources, is an imperative national goal. Administrative bodies empowered to regulate electric utilities have the authority --and indeed the duty—to take appropriate action to further this goal. When, however, such action involves the suppression of speech, the First and Fourteenth Amendments require that the restriction be no more extensive than is necessary to serve the state interest. In this case, the record before us fails to show that the total ban on promotional advertising meets this requirement.”)

de la libre expresión debe estar diseñada cuidadosamente a alcanzar la finalidad del Estado. El cumplimiento de este requerimiento puede ser medido por dos criterios. Primero, la restricción debe promover directamente el interés estatal involucrado; la regulación puede no estar sustentada si sólo proporciona apoyo inefectivo o remoto al propósito del gobierno. Segundo, si el interés del gobierno puede ser servido de igual manera mediante una restricción mucho más limitada de la libertad de expresión comercial, las restricciones excesivas no podrán sobrevivir.²²

En Europa, por otro lado, se comenzó a reconocer la protección de la libertad de expresión comercial tras la declaración efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del 24 de febrero de 1994 del caso Casado Coca c. España, en el sentido que la libertad de expresión no distingue entre la naturaleza lucrativa o no del fin perseguido, de modo que dicha libertad también alcanza, por ejemplo, a los mensajes publicitarios.

El Tribunal Supremo español acogió dicho criterio en el caso Asociación de Usuarios de la Comunicación v. Mitsubishi Motors Corporation Automóviles España S.A., mediante Resolución 860/2009 del 15 de enero de 2010 emitida por la Sala Civil de dicho Tribunal Supremo (caso Mitsubishi Galant)²³. La sentencia de este caso se pronunció sobre un anuncio televisivo que fue cuestionado aduciendo como motivo que resultaba *“atentatorio a la dignidad humana la presentación de patrones compulsivos de conductas relativas a la tenencia o adquisición de bienes y productos que resultan ser merecedores de reproche penal”*. En realidad, el anuncio publicitario en cuestión era uno que recurría al humor para promocionar el nuevo modelo del auto Mitsubishi Galant del anunciante, como se aprecia de la descripción que se hace de éste en la sentencia²⁴:

“El anuncio de que se trata está contenido en una película de breve duración, en cuya proyección se ve como un hombre, de mediana edad y con apariencia de alto ejecutivo de la empresa titular del recinto, camina por el interior de un garaje subterráneo y observa un vehículo aparcado bajo un cartel con las palabras ‘director general’. En ese momento se oye la voz de una persona fuera de escena decir ‘¿Has visto el coche del nuevo director general? ¡Es impresionante el coche del nuevo director general! ¡Cómo me gustaría probar el coche del nuevo director general!’ Seguidamente, el protagonista de la película se acerca al citado vehículo, deposita en el suelo un maletín que lleva en la mano, extrae de él un objeto punzante y lo clava en las ruedas de aquel, que se desinflan inmediatamente. Finalmente, dicho individuo sale del garaje dentro de otro automóvil que se hallaba detenido en un lugar destinado, según otro cartel, al ‘presidente’, mientras la antes mencionada voz manifiesta que es ‘regla número uno de los negocios’ la consistente en que ‘el director general nunca debe comprarse un coche mejor que el del presidente.’”²⁵

El Tribunal Supremo español concluyó que se trataba de un anuncio publicitario que hacía llegar a sus destinatarios información relativamente útil mediante una situación ridícula y jocosa que no ponía en amenaza ni lesionaba la dignidad de la persona, por lo que desestimó los argumentos de la demanda:

22 Sentencia del caso Central Hudson. (Traducción libre del siguiente texto: *“The First Amendment’s concern for commercial speech is based on the informational function of advertising. See First National Bank of Boston v. Bellotti, 435 US 765, 435 U. S. 783 (1978). Consequently, there can be no constitutional objection to the suppression of commercial messages that do not accurately inform the public about lawful activity. The government may ban forms of communication more likely to deceive the public than to inform it, Friedman v. Rogers, supra at 440 US 13, 440 US 15-16; Ohralik v. Ohio State Bar Assn., supra at 436 US 464-465, or commercial speech related to illegal activity, Pittsburgh Press Co. v. Human Relations Comm’n, 413 US 376, 413 US 388 (1973).*

If the communication is neither misleading nor related to unlawful activity, the government’s power is more circumscribed. The State must assert a substantial interest to be achieved by restrictions on commercial speech. Moreover, the regulatory technique must be in proportion to that interest. The limitation on expression must be designed carefully to achieve the State’s goal. Compliance with this requirement may be measured by two criteria. First, the restriction must directly advance the state interest involved; the regulation may not be sustained if it provides only ineffective or remote support for the government’s purpose. Second, if the governmental interest could be served as well by a more limited restriction on commercial speech, the excessive restrictions cannot survive.”

23 El Tribunal Supremo español, en el caso Mitsubishi Galant, estableció lo siguiente sobre la protección de la libertad de expresión comercial por la Constitución española:

“El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales... - no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española.

Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento - artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1, de la Constitución Española -, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos. Por otro lado, discriminar en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación impondría, con la consiguiente inseguridad, identificar múltiples categorías intermedias, difíciles de perfilar en una realidad tan multiforme - hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario, del mismo modo que hay mensajes comerciales con un alto interés informativo para el consumidor o, incluso, que, no obstante su escasa utilidad aparente, contribuyen a que el destinatario emita su voto económico en el mercado estando mejor informado, a causa del significado que tiene la mera participación del anunciante en la costosa actividad publicitaria... -”

24 “Mitsubishi Galant: el coche del Director General”, Video de Youtube, 0:30, Publicado por ‘creerel’, 17 de octubre de 2011. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=XzdNDFQ_v00.

25 Sentencia del caso Mitsubishi Galant.

“El mensaje publicitario prohibido exteriorizaba y hacía llegar a sus destinatarios una información relativamente útil, mediante la proyección de una escena con algún grado de creatividad, cuyo núcleo lo constituía una reacción provocada por la envidia y, en sí, sancionada penalmente.

Sin embargo, con razón sostiene la recurrente que la naturaleza ridícula de la situación, su contenido jocoso, el contraste y la incongruencia entre la aparente seriedad del personaje principal del anuncio y su absurda reacción, convierten al mismo en inocuo e intrascendente desde el punto de vista de los bienes que el Tribunal de apelación se decidió a proteger.

En conclusión, constatamos la realidad de una injerencia innecesaria en defensa de un bien - la dignidad de la persona - que no había sido lesionado ni amenazado.

Los dos motivos del recurso de casación se estiman.”²⁶

De forma parecida a lo establecido por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso Central Hudson, el Tribunal Supremo español planteó en el caso Mitsubishi Galant el test que utilizaría para analizar las restricciones a la libertad de expresión comercial, señalando que la restricción debe estar justificada por un fin legítimo para el ordenamiento constitucional y deberá ser proporcional al fin que persigue, de modo tal que respete el contenido esencial del derecho restringido:

(...)

“Ello sentado, declarar la aptitud de la publicidad para entrar en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española implica entender que lo hace en el ámbito formado por el conjunto normativo que, dentro y fuera de dicho texto, la regula y desarrolla. Y, por tanto, que queda sujeta a los límites o restricciones que legítimamente se le impongan.

No se opone a ello la naturaleza fundamental del derecho, pues los de esta categoría admiten restricciones - sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril -, si bien las mismas deben reunir determinadas condiciones para que la intervención negativa en su contenido merezca ser jurídicamente protegida.

Así, desde el punto de vista material, que es al que el recurso se refiere, la restricción debe estar justificada, ya por imponerla la regulación constitucional del propio derecho o la concurrencia con él de otros igualmente fundamentales; ya por perseguir fines legítimos según el ordenamiento constitucional, entre otros, los configurados como derechos y deberes de los ciudadanos o como principios rectores de la política económica - libertad de empresa, artículo 38 ; peculiaridades propias de algunas actividades profesionales, artículo 36 ; defensa de los consumidores, artículo 51 ; protección de la salud, artículo 43 ... - o por el legislador ordinario para el logro de objetivos de interés general.

La restricción ha de resultar, además, idónea, en el sentido de adecuada para contribuir a la obtención del fin que la legitime.

Finalmente, deberá ser proporcionada desde el punto de vista del contenido esencial del derecho restringido, cuyo necesario respeto - artículo 53.1 de la Constitución - opera, al fin, como límite de los propios límites.

En resumen, para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida.”²⁷

(...)

Como se aprecia con las sentencias de los casos Central Hudson y Mitsubishi Galant, la tendencia internacional es no sólo a reconocer que la publicidad comercial está protegida por el derecho constitucional a la libertad de expresión, sino además a establecer que las restricciones a la libertad de expresión comercial deben ser cuidadosamente evaluadas para verificar que se encuentren debidamente amparadas por razones de justificada relevancia y siempre y cuando sean proporcionales a sus fines y estén cuidadosamente diseñadas, de modo que respeten el contenido esencial de la libertad de expresión comercial que pretenden limitar.

Resta por ver si España, sobre la base del caso Mitsubishi Galant, que fue resuelto el 2010, revisará en algún momento su ley de competencia desleal que establece restricciones a la publicidad comparativa similares a las impuestas por la ley peruana, para evaluar si ellas resultan compatibles o no con la constitución española. Cabe señalar, sin embargo, que la Unión Europea aprobó un amplio listado de restricciones a la publicidad comparativa a través del artículo 4 de la Directiva 2006/114/CE del 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa²⁸, lo que en general convierte a la publicidad comparativa en un fenómeno también muy raro en el continente europeo.

26 Sentencia del caso Mitsubishi Galant.

27 Sentencia del caso Mitsubishi Galant.

28 Directiva 2006/114/CE del 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa.

3. Inconstitucionalidad de la Actual Regulación de la Publicidad Comparativa a través del Decreto Legislativo 1044

Como resulta previsible de las secciones que anteceden, el presente artículo sostiene que la actual regulación de la publicidad comparativa a través de Decreto Legislativo 1044 es inconstitucional. Como indicamos en las secciones precedentes, el texto del artículo 8 del Decreto Legislativo 691, tal como fue modificado por la Ley 27311 el año 2000 era más que suficiente al establecer que es lícito "...hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores". En estricto, una ley que pretenda regular la publicidad comparativa no requeriría decir más. No se requiere decir que la publicidad comparativa debe estar referida a productos cuya comercialización es lícita, ya que este requisito se aplica en realidad a todo tipo de publicidad. Al decir que la publicidad comparativa no debe engañar a los consumidores, el texto de la norma ya garantizaba la aplicación del principio de veracidad. Del mismo modo, al señalar que la publicidad comparativa no debe denigrar a los competidores, ya garantizaba la aplicación del principio de lealtad.

En realidad, si para algo se necesita un artículo en la ley sobre publicidad comparativa – podríamos vivir tranquilamente sin dicha norma –, es para, de una vez por todas, dejar en claro que es posible usar la marca del competidor para hacer publicidad, cualquier tipo de publicidad, siempre que no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores, principios estos dos últimos (veracidad y lealtad) que ya forman parte del régimen general que regula la actividad publicitaria.

Cuando el Decreto Legislativo 1044, además, pretende establecer como requisitos para la licitud de la publicidad comparativa que en ella debe "...evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias"²⁹ o que debe evitarse "...otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia"³⁰, se introduce con ello restricciones sobredimensionadas que únicamente sirven para intimidar al anunciante y recortar así el contenido esencial de su derecho a la libertad de expresión comercial. Pensemos por un momento si serían posibles los anuncios del tipo MC Hammer o Snoop Dog con el texto de las disposiciones antes transcritas. Evidentemente es muy probable que este tipo de anuncios sean declarados ilícitos. Y sin embargo se trata de anuncios de una actividad lícita (comercialización de bebidas gaseosas) que no engañan a los consumidores ni denigran al producto del competidor aludido (Coca Cola).

Ahora, algunos podrían discrepar de las ideas expuestas en este artículo porque podrían fomentar el uso indiscriminado de las marcas de los competidores para hacer anuncios donde sólo se hace uso del humor y la fantasía, sin dar ninguna información adicional al consumidor. No es así. La sola información de que existe una oferta alternativa a la de un producto conocido por el público es suficientemente importante para los consumidores como para dictar cualquier medida que fuese necesaria para evitar que este tipo de expresión comercial sea reprimida. Por otro lado, la inversión que hace el anunciante en publicidad garantiza que, para éste, al menos desde su punto de vista, resulta de valor para el consumidor poder comparar el producto anunciado con el de su competidor. Si el anunciante creyera que el consumidor podría quedar decepcionado después de comparar, no tendría sentido en invertir en publicidad alguna. Finalmente, otros podrán argumentar que se podría configurar un atentado contra la marca del competidor y su prestigio en el mercado. No es correcto, mientras no se denigre al competidor ni se engañe al público. El derecho que

"Artículo 4

La publicidad comparativa, en lo que se refiere a la comparación, estará permitida cuando cumpla las siguientes condiciones:

- a) que no sea engañosa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 2, apartado b, el artículo 3 y el artículo 8, apartado 1, de la presente Directiva y en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales);
- b) que compare bienes o servicios que satisfagan las mismas necesidades o tengan la misma finalidad;
- c) que compare de modo objetivo una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de dichos bienes y servicios, entre las que podrá incluirse el precio;
- d) que no desacredite ni denigre las marcas, nombres comerciales, otros signos distintivos, bienes, servicios, actividades o circunstancias de algún competidor;
- e) que se refiera en cada caso, en productos con denominación de origen, a productos con la misma denominación;
- f) que no obtenga indebidamente ventaja de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor o de las denominaciones de origen de productos competidores;
- g) que no presente un bien o un servicio como imitación o réplica de un bien o un servicio con una marca o un nombre comercial protegidos;
- h) que no dé lugar a confusión entre los comerciantes, entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos o los bienes o servicios del anunciante y los de algún competidor."

29 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 11, numeral 11.2, literal c).

30 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 11, numeral 11.2, literal d).

otorga una marca sólo protege la función identificadora del origen empresarial del producto, de modo que, mientras el consumidor entienda que el producto comparado es de un competidor, no existiría violación alguna del derecho del titular de la marca del producto que es objeto de comparación. Más bien, ¡qué bueno sería que ocurran más comparaciones! Eso es lo que llamamos libre competencia.

Pensemos ahora otro momento en los anuncios del tipo Guerra de los Santos y recordemos que el Decreto Legislativo 1044 establece como requisitos para la licitud de la publicidad comparativa que en ella se debe presentar "...información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta"³¹ y que en ella debe "...evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias"³². Nuevamente, como en el caso anterior, es muy probable que este tipo de anuncios sean declarados ilícitos, pese a que aquí también se trata de anuncios de una actividad lícita (comercialización de aguas de mesa) que no engañan a los consumidores ni denigran al producto del competidor aludido (San Luis).

Todo quien haya apreciado los anuncios de la Guerra de los Santos coincidirá en que se trata de anuncios que recurren al humor y la fantasía para resaltar elementos objetivos de los productos comparados. En ese escenario, la imagen en que el ángel del producto de la competencia tiene dificultades para levantar el bidón del producto comparado simplemente refuerza la comparación, que el espectador del anuncio, por el propio contexto imaginario en que se da el anuncio, entiende como una broma y exageración del anunciante. En este caso, existe el agravante que el anuncio sí resalta aspectos objetivos de los productos comparados, y sin embargo también se corre el riesgo de que este tipo de anuncios sean declarados ilícitos, por la sobredimensionada forma en que han sido establecidos los requisitos para que la publicidad comparativa sea considerada lícita en el Decreto Legislativo 1044. Y nos referimos al solo "riesgo" de que los anuncios de este tipo sean declarados ilícitos porque, en los casos de protección de la libertad de expresión comercial, como hemos visto, basta el riesgo de inhibir al anunciante de ejercitar su libertad de expresión mediante la publicidad para que se pueda declarar la inconstitucionalidad de una restricción desproporcionada.

Por ello, concluimos señalando que el tratamiento de la publicidad comparativa en el Decreto Legislativo 1044 es inconstitucional. En efecto, si la publicidad comparativa, como tal, no engaña al público ni denigra a los competidores, la ley se encuentra limitada para regularla más allá del obvio respeto a los principios de veracidad y lealtad, siendo que, por otro lado, ni el Decreto Legislativo 1044 ni su exposición de motivos sustentan interés público sustancial alguno que mereciera ser tutelado a través del cúmulo de requisitos, trabas y restricciones específicas que se ha impuesto a la publicidad comparativa. En consecuencia, el tratamiento en su integridad de la publicidad comparativa que hace el Decreto Legislativo 1044 debe ser declarado inconstitucional y ser sustituido por otro, muchísimo más acotado, que sea consistente con la libertad de expresión comercial y que esté cuidadosamente limitado a disuadir sólo aquella publicidad comparativa que engañe al público o denigre a los competidores.

4. Bibliografía

Bullard, Alfredo y Carlos Patrón. "El Otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal", *Themis* N° 39 (1999).

"Desafío Franca", Video de Youtube, 0:57, publicado por 'Analia H. M.', 18 de julio de 2008. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_opVfu-QWxk

Frederick Schauer, "Fear, Risk, and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect". *Boston University Law Review* 58 (1978).

"Pepsi MC Hammer", Video de Youtube, 1:01, publicado por 'SmartAdvertising', 08 de enero de 2009. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=MrsCIK9s2wl>.

"Mitsubishi Galant: el coche del Director General", Video de Youtube, 0:30, Publicado por 'crereel', 17 de octubre de 2011. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=XzdNDFQ_v00.

"(21) Perú Cola original", Video de Youtube, 0:31, publicado por 'Willy Chero Salazar', 08 de octubre de 2010. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=xsaRCxlvPT8>

"San Antonio – premiado comercial de agua de mesa", Video en Youtube, 0:40, publicado por 'César Ponce', 08 de enero del 2007. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=O3PTwABsbEs>.

31 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 11, numeral 11.2, literal b).

32 Decreto Legislativo 1044 que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, artículo 11, numeral 11.2, literal c).