



Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción

Comparative advertising in Peru: a species in danger of extinction

“(…) si bien la regulación de la publicidad comparativa parece ser bastante permisiva, lo cierto es que los requisitos de la *exceptio veritatis* (...) son los que hacen que sea bastante riesgoso difundir publicidad comparativa en el Perú y posiblemente sean los culpables del poco uso de esta herramienta de competencia (...)”

Alex Sosa*

Resumen: La Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1044, pretende evitar confusiones sobre cuándo se encuentra prohibida la publicidad comparativa y en qué supuestos debería ser sancionada. Sin embargo, su regulación establece restricciones que reducen los incentivos para usar publicidad comparativa en los anunciantes.

En este artículo, el autor cuestiona la interpretación y la aplicación que se ha empleado consistentemente, en muchos casos, a algunos de los términos contenidos en la ley antes mencionada. Para ello, el autor explica el significado de la publicidad comparativa y explica los problemas en su regulación. Acto seguido, procede a elaborar un análisis sobre la función económica de proteger la publicidad y cuál debería ser la aplicación correcta de la Ley de Represión de la Competencia Desleal respecto de la publicidad comparativa.

Abstract: *The Law on Suppression of Unfair Competition, approved by Legislative Decree 1044, tries to avoid confusions about when comparative advertising is forbidden and in which cases it must be sanctioned. However, its regulation establishes restrictions that reduce incentives to use comparative advertising in advertisers.*

* Magíster en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado *Summa Cum Laude* por la Universidad de Lima. Con estudios de especialización en Competencia Desleal, Derecho Publicitario y Libre Competencia por el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid y la Universidad Rey Juan Carlos – Fundación Pons. En el ámbito laboral, el autor se desempeña actualmente como Jefe del Área de Competencia y Relaciones de Consumo de AMÉRICA MOVIL PERÚ (CLARO). Anteriormente ocupó los cargos de Jefe Académico del Centro de Educación Ejecutiva de la Universidad del Pacífico y Secretario Técnico de la Comisión Permanente de Ética del CONAR. Asimismo, es docente en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad el Pacífico y Universidad de San Martín de Porres. Correo(s) electrónico(s): alex.sosa@claro.com.pe / ae.sosah@up.edu.pe.

In this article, the author questions the interpretation and application that has been consistently employed, in many cases, to some of the terms contained in the aforementioned law. For that purpose, the author explains the meaning of comparative advertising and explains about problems in this regulation. Then he proceeds to elaborate an analysis about the economic function of protecting advertising and what should be the correct application of the Law on Suppression of Unfair Competition about the comparative advertising.

Palabras clave: Publicidad Comparativa, Ley de Represión de la Competencia Desleal, denigración, Publicidad prohibida.

Keywords: *Comparative advertising, Law on Suppression of Unfair Competition, denigration, prohibited advertising.*

Sumario: Introducción: Definición de publicidad comparativa. 1. Desaciertos que reducen los incentivos para difundir publicidad comparativa; 1.1. La estructura del mercado como elemento para determinar alusión indirecta; 1.2. Confusión de conceptos entre “comparación” y “denigración”; 1.3. Problemas en la excepción de veracidad (“exceptio veritatis”) como requisito de licitud de la publicidad comparativa; a) Veracidad por su carácter objetivo; b) Exacto, por claro y actual; c) La pertinencia de forma; d) La pertinencia de fondo. Consideraciones finales. Bibliografía.

Introducción: Definición de publicidad comparativa

En el presente artículo analizaremos la regulación que recae sobre la publicidad comparativa en el Perú desde un punto de vista bastante crítico, pretendiendo de este modo identificar las oportunidades de mejora en la fiscalización de esta figura con la finalidad de establecer algunas propuestas que permitan incentivar en los anunciantes el uso de esta modalidad publicitaria, que no solo es una de las herramientas de competencia más fuertes que puede utilizar un agente económico para posicionar su marca, sino también una modalidad que fomenta la competencia

y traslada información a los consumidores.

De acuerdo a nuestro Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD) y la doctrina, el acto de comparación es toda modalidad comercial en la cual se aluda de manera implícita o explícita, pero siempre de forma inequívoca, a la oferta de otro agente económico con el objeto de mostrar las ventajas de la oferta del anunciante frente a las del operador aludido. Por lo general, este acto se presenta a través de la publicidad así que vamos a analizarlo como modalidad publicitaria¹.

1 Según STUCCHI, “(...) la publicidad alusiva se refiere no solamente al bien o servicio del anunciante sino que, además, alude expresa o implícitamente a los bienes o servicios de otro concurrente en el mercado.” Pierino Stucchi, *Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial - Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal. Ius Et Veritas* N° 34: 183. Al respecto, PATIÑO señala que: “Para que exista publicidad comparativa, el mensaje publicitario debe contener dos elementos claramente diferenciados. En primer lugar, el anunciante deberá realizar una referencia conjunta a los propios productos o servicios y otra referencia explícita o implícita (pero siempre inequívoca, que permita identificar al competidor

Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción

Como vemos, en este tipo de publicidad el anunciante no solo hace referencia a sus bienes o servicios sino que, además, alude expresa o implícitamente a la oferta de uno o varios agentes económicos que concurren en el mercado con el objeto de mostrar las ventajas de su oferta. Así, los artículos 12º y 11.2 de la LRCD establecen que la publicidad comparativa es completamente lícita siempre que su contenido sea veraz, exacto y pertinentes (en la forma y fondo), lo que en la doctrina se denomina “*exceptio veritatis*”.

Coincidimos con el sector de la doctrina que considera positivo que nuestra regulación admita como lícito este acto cuando cumpla con los requisitos de la *exceptio veritatis*, pues se entiende que la publicidad comparativa reduce costos de transacción, en la medida que le ahorra los costos de tiempo en los que

tendría que incurrir el consumidor en la búsqueda del mejor producto para satisfacer sus necesidades. Y es que la publicidad comparativa nos ahorra el tiempo que ocupamos en comparar ofertas. Nos informa acerca de las ventajas de algunos productos frente a la de sus competidores y a la vez, esta figura fomenta una competencia más agresiva en el mercado² pues con la finalidad de posicionarse en el menor tiempo posible en el mismo, el anunciante que quiera hacer uso de esta figura, debe invertir en la mejora de sus productos a fin de comunicar la ventaja que estos tendrían respecto de la oferta que prefieren los consumidores (la publicidad comparativa por lo general la usa el que quiere destronar al agente con mayor cuota de mercado o implantación, nunca al revés)³.

o competidores) a los productos o servicios ajenos o a los competidores. (...) En segundo lugar, debe establecerse una confrontación entre el producto anunciado y el de los competidores con la finalidad de resaltar las ventajas del producto o servicio del anunciante, frente a las desventajas de los productos o servicios del competidor o competidores. En el caso de que se cumplan los requisitos constitutivos de la publicidad comparativa, si la comparación se apoya en datos falsos o bien suponga denigración innecesaria, no existirá realmente una publicidad engañosa o una publicidad denigratoria, sino una publicidad comparativa ilícita.” Beatriz Patiño, La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español (Barcelona: Editorial Bosh, S.A., 2007), 422-424.

- 2 “El segundo fundamento para la permisión de la publicidad comparativa reside y se encuentra en el análisis económico del Derecho de la Competencia, pues desde su punto de vista la permisión de la publicidad comparativa como norma es eficiente a los fines del Derecho de defensa de la competencia. Constituye finalidad fundamental del Derecho antimonopólico la defensa del interés del consumidor y la distribución de la riqueza. Así, hace al fortalecimiento de la estructura del sistema competitivo de un mercado que los actores con predominio en éste se vean sometidos a una fuerte competencia por parte de aquellos otros que pugnan por entrar a dicho mercado. Y corresponde que aquellos actores que luchan por sacarle una porción del mercado a las compañías con dominio preexistente en el mismo puedan tener a su disposición el más amplio arsenal de instrumentos para dicha pelea, obviamente siempre que éstas sean lícitas. Someter a las empresas con posición dominante en un mercado a soportar que sus productos sean comparados con el de los nuevos aspirantes al mercado, es una sana forma de mantener la competitividad en el mismo. (...) uno de los beneficios de la publicidad comparativa radica en que tiende a equilibrar las fuerzas del mercado, ya que es dable esperar que quien tiene una posición dominante en un mercado esté obligado a soportar la presión de aquellos actores que libran batalla por nuevas porciones en éste”. Guillermo CABANELLA DE LAS CUEVAS y otros. *Derecho de la Competencia Desleal* (Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL, 2014), 423.
- 3 Sobre el particular, LEMA DEVESA citando a FERNANDEZ NOVOA señala “al plantearse el problema de la licitud de la publicidad comparativa, en la época en que estaba en vigor el Estatuto de la Publicidad, FERNANDEZ NOVOA sostiene que la aplicación de la cláusula general prohibitiva a la publicidad desleal, permitía mantener la licitud de la publicidad comparativa. A este efecto, el citado autor analizaba los grupos de intereses que se entrecruzan en el seno de la publicidad comparativa.

En primer lugar, se encuentra el interés del empresario anunciante para el cual la publicidad comparativa representa un instrumento sumamente eficaz tendente a poner de manifiesto la superioridad de sus productos sobre los productos competidores. De tal suerte que para el empresario anunciante la publicidad comparativa constituye un arma eficaz en la lucha para abrir nuevos mercados y conquistar a los clientes. Por razones obvias, concluye FERNANDEZ NOVOA, el interés del empresario anunciante habla en favor de la licitud de la publicidad comparativa.

Lo anterior, sin dejar de considerar la respuesta que puede venir por parte del agente aludido. Imagínense nomás una guerra publicitaria por precios y lo beneficioso que esto podría llegar a ser para los consumidores.

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que, en la práctica, las restricciones de la *exceptio veritatis* hacen que prácticamente sea un “juego de la ruleta rusa” difundir publicidad comparativa, pues su aplicación puede llegar a ser tan discrecional y subjetiva que el solo hacer uso de este recurso publicitario genera un riesgo de sanción inminente.

1. Desaciertos que reducen los incentivos para difundir publicidad comparativa

A continuación detallaremos algunos problemas que hemos identificado en la regulación de esta figura y en la aplicación de su regulación contenida en la LRCD.

24

1.1 La estructura del mercado como elemento para determinar alusión indirecta

Como ya se ha desarrollado en numerosas investigaciones, para que exista publicidad comparativa primero debe existir una alusión directa o indirecta, pero explícita, hacia otro agente económico u oferta. Así, el anunciante realizará una alusión directa (explícita) cuando haga referencia a la marca de los productos⁴ o servicios, nombre o establecimiento, de otro agente económico, incluso, haciendo uso de imágenes.



En segundo lugar, figura el interés del empresario o empresarios cuyos productos o servicios aparecen mencionados en la comparación publicitaria. Por destacarse en el anuncio comparativo la inferioridad de los productos o servicios del rival, es innegable que la publicidad comparativa atenta al interés del empresario o empresarios aludidos. Desde la perspectiva del empresario o empresarios aludidos, la publicidad comparativa debería ser lícita.

En tercer lugar, figura el interés de los consumidores que se orienta hacia el conocimiento más completo posible de las diferentes ofertas que se le efectúan en el mercado. Pues bien, la comparación publicitaria, es – en principio- un mecanismo apto para que el consumidor conozca mejor y perciba con mayor nitidez las diversas ofertas que se le brindan. Y –agrega el citado autor- si es así que el consumidor compara en mayor o menor medida los diferentes productos o servicios, antes de inclinarse por uno determinado, es indudable que la comparación publicitaria beneficia el interés de los consumidores. Así pues, desde la perspectiva de los consumidores, también debe ser lícita la publicidad comparativa.

Después de exponer estos intereses, FERNANDEZ NOVOA formula la pauta valorativa de los mismos: al entrar en conflicto el interés del empresario anunciante y el interés de los competidores e interés de los consumidores, debe otorgarse primacía al interés de estos últimos. Sabemos que tanto el interés del empresario anunciante, como el de los consumidores, hablan en favor de la licitud de la comparación publicitaria y que, por el contrario, el interés del empresario aludido se opone al reconocimiento de la licitud de esta modalidad. Para resolver este conflicto de intereses, si se aplica la pauta valorativa antes expuesta, se llega a la conclusión de que el conflicto de intereses tiene que resolverse otorgando primacía al interés de los consumidores en obtener una información adecuada por medio de la publicidad comparativa (...). Carlos Lema Devesa, La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991, (Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992), 70-71.

- 4 *“Como es sabido, la marca concede al titular derechos exclusivos que comprenden el derecho a prohibir a terceros que usen en el tráfico comercial todo signo idéntico o semejante a esa marca. No obstante, para efectuar publicidad comparativa eficaz, puede ser necesario, incluso indispensable, identificar los productos o servicios de un competidor haciendo referencia la marca o nombre comercial del que sea titular. Por eso, se sostiene que tal utilización publicitaria de la marca –siempre que se haga respetando los requisitos de la futura Directiva, y siempre que no se efectúe con el propósito de aprovechar la reputación de otra marca- no atenta contra ese derecho exclusivo. En tal hipótesis, la utilización de la marca no sirve para acaparar el renombre de una marca competidora, sino para distanciarse de ella y, por lo tanto, para resaltar de forma objetiva las diferencias entre los correspondientes productos.” Carlos Lema Devesa. Ídem. p. 76.*



La alusión será indirecta (implícita), cuando los consumidores o un sector significativo de estos puedan deducir - en función a las circunstancias en las que se presenta el anuncio o a las que alude- a qué agente económico se está haciendo referencia de manera inequívoca. En pocas palabras, cuando el consumidor de manera inequívoca pueda identificar a quién se está refiriendo el anunciante⁵.

Veamos algunas formas típicas de alusiones indirectas antes de entrar al análisis de la alusión indirecta por estructura del mercado:

- **Uso de difuminados:** esta es una estrategia que utilizan de modo frecuente los anunciantes. Difuminan la marca o el producto aludido pero dejando rastros como para que el consumidor los pueda identificar de forma inequívoca. No lo hacen de casualidad, pues buscan a través de esta estrategia generar un mayor impacto en el consumidor o controversia en el mercado.

En los ejemplos líneas abajo podemos apreciar que se difumina el producto comparado y además se le cambia la marca a “crema total”, pero como consumidores nos queda claro que se está aludiendo a Colgate. En el otro ejemplo, podemos deducir con facilidad que la marca que se está difuminando es Opal, por sus colores característicos.



- **Uso de colores o personajes característicos:** muchas veces los anunciantes hacen uso del color característico del producto de la competencia para aludirlos en publicidad. Esto lo podemos ver en el caso del anuncio de Always, toda vez que el color rosa es un color que ha identificado durante muchos años a la marca Nosotras (lo cual además, viene reforzado por la indicación “marca líder”). Asimismo, en el otro anuncio, podemos ver como Burger King hace uso del personaje característico de Mc Donald’s

5 “So what counts as a comparative ad? A claim may be comparative if the competitor’s identity is readily inferred from the advertisement. (...) Yet not all advertising claiming to provide “better” or “stronger” features is comparative. A competitor must be reasonably identifiable. (...) Particularly in a field with many contenders, such as analgesics, broad references to “better” performance are unlikely to be deemed comparative without a more specific identification of the comparator.” Rebecca Tushnet and Eric Goldman, *Advertising & Marketing Law: Cases and Materials*, (Lexington, KY, 2016), 454-455.

para dejarnos muy claro a quien se refiere en su publicidad.



Como hemos podido apreciar de las dos modalidades anteriores, va a existir alusión indirecta cuando se permita identificar al agente aludido, sin importar el tipo de recurso que utilice el anunciante. Si la alusión es inequívoca, se cumple con el primer requisito de la publicidad comparativa. Un ejemplo de cuándo no se cumple con este requisito lo encontramos en la Resolución N° 146-2016/SDC -INDECOPI, mediante la que la Sala determinó que no existía alusión indirecta a la empresa denunciante, pues de las imágenes no se desprendía ningún elemento que permita identificarla de forma inequívoca:



- **Uso de la estructura y comportamiento del mercado:** de acuerdo a la doctrina este es un elemento indiciario importante que permite en muchos casos identificar cuál es la empresa aludida en una publicidad, pese a que en el anuncio no se haga una sola mención a ella o no se utilicen sus signos distintivos o muestren colores representativos de la marca u oferta. Y es que en algunos casos, por lo concentrado que resulta ser determinado mercado (como por ejemplo en el Perú, el mercado de telecomunicaciones), el consumidor puede entender que el anunciante se refiere a sus competidores. Así según ANXO TATO:

Cuando un empresario sólo tiene un competidor (duopolio), y esta circunstancia es conocida por el público, cualquier comparación, por muy genérica que sea, realizada por el primero, será entendida por los destinatarios de la publicidad como una comparación con el único competidor existente. En aquella comparación genérica existirá, por tanto, una referencia inequívoca al competidor único.

Lo mismo cabe decir cuando un empresario actúa en un mercado oligopolístico. Los mercados oligopolísticos, en efecto, aparecen caracterizados por la existencia de múltiples competidores; sin embargo, tan solo dos o tres de ellos tienen poder de mercado. En estas circunstancias, cualquier comparación genérica realizada por el competidor en su publicidad, será entendida por el público destinatario como una comparación con los dos o tres competidores que este público conoce, es decir, con los dos o tres competidores

Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción

que ostentan el poder de mercado. Estos competidores resultarán, por tanto, identificables para el público destinatario, con lo que ya concurriría el primero de los elementos constitutivos de la publicidad comparativa⁶.

En el Perú hemos tenido un par de ejemplos que al parecer han seguido esta línea de pensamiento: un ejemplo de ello lo podemos encontrar en la Resolución N° 0303-2013/SDC-INDECOPI en la que se determinó que la campaña publicitaria denominada “a mí también me ha pasado” de DirecTV, que ridiculizaba los supuestos malos servicios de compañías de cable de la competencia, aludía implícitamente a las empresas Telefónica y América Móvil. En este caso en particular, la Sala advirtió que si bien dichos agentes económicos no eran los únicos que concurrían en el mercado de servicios de cable (el 10% del mercado nacional era cubierto por empresas de cable pequeñas), la importante cuota de mercado que poseían, generaba como efecto que los consumidores perciban que dicha campaña publicitaria aludía a los supuestos malos servicios que brindarían Telefónica y América Móvil.



Un ejemplo adicional lo podemos encontrar en la Resolución N° 2758-2010/SC1-INDECOPI en la que se analizó un anuncio difundido por América Móvil y se concluyó que, pese a que no existía en la pieza publicitaria denunciada siquiera una mención a Telefónica Móviles S.A., el comportamiento del mercado y su estructura oligopólica permitían presumir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa. En dicho anuncio se podía apreciar al grupo “Líbido” afirmando “Nosotros nos cambiamos a Claro, ¿qué esperas? Cámbiate tú también”. Dicha empresa usó como argumento de defensa que solo buscaba informar acerca de una posición de preeminencia frente al resto de sus competidores (Telefónica y Nextel), sin embargo, era de público conocimiento por esas fechas de que el referido grupo musical había sido la imagen comercial de Telefónica.



Sin embargo, en los años siguientes, la Sala hizo bastante ambigua su posición respecto de las alusiones indirectas por estructura de mercado, señalando que la estructura oligopólica del mercado de telefonía móvil constituía un indicio insuficiente (por sí solo) para acreditar la existencia de una publicidad alusiva. Así, la Sala señalaba que además de la

6 Anxo Tato Plaza, *La publicidad comparativa*, (Madrid: Marcial Pons, 1996), 29-30.

estructura del mercado, debían existir “elementos adicionales” que permitan inferir al órgano resolutorio que existía una alusión inequívoca.

Este cambio de criterio se desarrolló mediante Resolución N° 0835-2014/SDC-INDECOPI. En dicho procedimiento, América Móvil había denunciado a Telefónica por la difusión de dos anuncios en los que pretendía promocionar su Red Privada Móvil (RPM) en los que en uno mostraba una parodia de los personajes de la película 300 y en otra mostraba un festival de Samba en un “Sambódromo” brasileño. Así, tras preguntarse “¿cómo funciona una red privada móvil? Con muchos, con pocos (...)” hacía comparaciones en las que demostraba que mientras más gente en la red, mejor. Dichos anuncios los cerraba con una alegación bastante contundente: “*en grande funciona mejor, así es tu red privada movistar, tu RPM de siempre, la Red Privada Móvil más grande del Perú donde los que formamos parte podemos hablar más pagando menos*”. En ese entonces, solo dos operadores tenían una “red privada”: CLARO (RPC) y MOVISTAR (RPM).

Sin embargo, a pesar de parecer casi obvio que en los anuncios denunciados se aludía a CLARO, la Sala señaló lo siguiente:

33. *como se puede advertir, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria Telefónica gozaba de una posición predominante seguida por CLARO, siendo que sus participaciones en conjunto suman el 95% del mercado. En tal sentido, **la composición del mercado de telefonía móvil constituye un elemento que conduce a considerar que en la publicidad difundida por Telefónica existiría un propósito alusivo a Claro, toda vez que ambos ocupan el primer y***

segundo lugar, respectivamente, siendo competidores directos.

34. *Ahora bien, el referido criterio al ser definido por la doctrina como un “elemento que aumenta la posibilidad de identificar a un competidor en la publicidad” requiere de la concurrencia de **elementos adicionales** para poder concluir que se está frente a una publicidad alusiva. Es por ello que, contrariamente a lo indicado por la denunciante, **no es suficiente la estructura oligopólica del mercado para determinar la existencia de una publicidad alusiva a CLARO.***

Así, la Sala estableció que no bastaba con la estructura del mercado para determinar si existía una alusión indirecta a otro agente económico. Además de este elemento, tenían que presentarse “elementos adicionales”, los cuales lamentablemente no definió, limitándose a citar el caso “Libido”, donde el “elemento adicional” sería el hecho de que dicha agrupación había sido imagen comercial de Telefónica antes de ser la imagen de CLARO en el anuncio denunciado en dicho procedimiento. Por lo tanto, consideró que no existía alusión por lo que confirmó la resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia.

La nota anecdótica de este caso se presentó en que la Sala señaló que la afirmación “la red privada móvil más grande del Perú” se trataba de una alegación de tono excluyente⁷ que de ninguna manera permitía inferir que existía una alusión a sus competidores, cuando era de público conocimiento que solo existían dos redes privadas en el mercado, la de MOVISTAR y CLARO (de hecho NEXTEL si bien podía considerarse una “red privada” lo cierto es que los consumidores la diferenciaban porque se comunicaban a través de

7 Alegaciones que comunican una posición de supremacía de la oferta del anunciante frente al resto de oferta de los competidores.

Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción

radio). Ahí estaba el “elemento adicional” que tanto pedía la Sala.

El tema es sencillo, si utilizas una alegación de tono excluyente en un mercado donde solo concurren 2 agentes económicos, esta alegación es suficiente como para determinar una alusión indirecta al competidor así no lo mencione pues no hay nadie más en ese mercado.

Esta resolución tuvo un voto en discordia del señor Julio Lozano que consideró que en la campaña publicitaria denunciada sí se aludía inequívocamente a la oferta comercial de CLARO, pues no solo la estructura del mercado permitía entender ello sino también el público destinatario del mensaje. Así, dejó constancia de su voto en discordia de la siguiente manera:

Este razonamiento ha sido utilizado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia con ocasión de la emisión de la Resolución 2758-2010/SC1-INDECOPI (...). En dicha oportunidad con las mismas partes intervinientes en el presente procedimiento, se analizó una publicidad difundida por CLARO y se concluyó que, pese a que no existía en la pieza publicitaria denunciada una mención expresa a Telefónica, el comportamiento del mercado, los destinatarios de la publicidad y su estructura oligopólica permitían inferir que se venía aludiendo de manera comparativa a esta empresa.

En el presente caso, de acuerdo a la información publicada por el OSIPTEL, atendiendo al nivel de participación con que cuentan las empresas que brindan el servicio de telefonía móvil en el Perú, se puede advertir que, a la fecha de difusión de la campaña publicitaria, Telefónica gozaba de una posición predominante en

el mercado seguida por CLARO, cuyas participaciones en conjunto sumaban el 95% de participación en el mismo. En tal sentido, la composición del mercado constituye un elemento suficiente que conduce a considerar que en la publicidad difundida por Telefónica existiría un propósito alusivo a la oferta de CLARO, toda vez que ambos el primer y segundo lugar, respectivamente, siendo competidores directos. En otras palabras, no cabe duda que el principal y casi único competidor de Telefónica (a esa fecha) era CLARO.

(...)

En efecto, los consumidores del mercado de telefonía móvil peruano conocen que Telefónica y CLARO son competidores directos no solo porque, dada su participación, ocupan el primer y segundo lugar, sino porque, también, el tercer operador (en ese momento, Nextel del Perú S.A.) se presentaba en el mercado ofreciendo y red privada de radio, más no móvil.

En el año 2018, la Sala sigue utilizando este cuestionable criterio de “elementos adicionales” que deben sumarse a la estructura del mercado para determinar si existe una alusión. Este criterio se siguió aplicando mediante Resolución N° 0030-2018/SDC-INDECOPI el cual se pronunció de forma definitiva en sede administrativa respecto de la denuncia interpuesta por CLARO contra ENTEL por actos de competencia desleal. A decir de la denunciante, la campaña publicitaria de ENTEL, entre otros actos, se compararía de forma ilícita y denigraría a CLARO, pues utilizaba como slogan principal la frase “desenrédate con ENTEL” y en sus anuncios haría una clara alusión a las redes privadas de CLARO y MOVISTAR, pues en los mismos se mostraban a personajes que presentaban problemas para comunicarse entre



ellos, toda vez que no formaban parte de la misma red privada (utilizando las siguientes frases “otra vez se quedó sin saldo”; con tu promo, solo me llamas de madrugada”; “Tú eres de otro operador y no puedes hablar con ninguno de nosotros”; “tú nunca puedes llamar a nadie” “No entiendo, promos, tarifas, ino entiendo nada”) y donde obviamente, la oferta de la denunciada era la solución al presentar el beneficio de poder llamar a todos los operadores. Algunos de los anuncios que se difundieron fueron los siguientes:



Para CLARO, la estructura del mercado era suficiente para determinar la alusión indirecta a su oferta, toda vez que en ese entonces eran solo 3 operadores y solo dos de ellos tenían redes privadas (RPM y RPC)⁸, sin embargo, la Sala señaló lo siguiente:

104. “(...) con relación a la estructura del mercado alegada por América Móvil, si bien es un factor que en otras oportunidades esta Sala ha tomado en cuenta para determinar la alusión inequívoca indirecta hacia algún

competidor, se debe resaltar que en dichos casos se contaban con elementos adicionales, como la procedencia de los personajes principales de las campañas publicitarias (por ejemplo, grupo Líbido para identificar a Telefónica o un grupo de mariachis⁹ para identificar a América Móvil) que permitieron concluir que se estaba frente a una publicidad alusiva, los cuales no se advierten en la presente campaña.

105. En efecto, del análisis de la campaña publicitaria “Experiencia 4G – ENTEL” no se aprecian elementos adicionales al mensaje principal aludido, como imágenes que puedan dar a entender que está haciendo alusión indirecta a los servicios brindados por los competidores o características o signos distintivos que puedan presentar en el mercado al prestar sus servicios”.

Este pronunciamiento tuvo votos en discordia de los vocales Medida Triveño y Juan Espinoza que consideraron que la campaña publicitaria denunciada sí aludía inequívocamente a la oferta comercial de CLARO:

Contrariamente al pronunciamiento de la mayoría, somos de la opinión que la referida campaña publicitaria sí aludía inequívocamente, de manera indirecta, a América Móvil y, por lo tanto, se requería de un análisis sobre el presunto acto de comparación indebida imputado a ENTEL.

Dado que el acto analizado se circunscribe a una presunta comparación indebida, se debe tener en cuenta que la determinación

8 BITEL ingresó al mercado peruano recién en julio de 2015.

9 La Sala se refiere al caso de DIRECTV anteriormente comentado, pero vale aclarar que eso se presentó en una única pieza publicitaria. El resto de anuncios que conformaron la campaña permitían por la estructura del mercado identificar que DIRECTV aludía a TELEFÓNICA y CLARO.

de la alusión inequívoca en este tipo de actos no se encuentra reflejada en la intencionalidad comparativa del anunciante, sino en el resultado concreto que produce en el público consumidor. En el supuesto que el público destinatario, o una parte significativa de este, identifiquen a los competidores como afectados por la comparación publicitaria, existiría publicidad comparativa.

(...)

En el presente caso, la campaña “Entel prepago – Súper Bolsas” transmite el mensaje de que ENTEL está ofreciendo a los usuarios de telefonía móvil la posibilidad de “desenredarse” de los líos que presentan para comunicarse con usuarios prepagos de otras empresas. Esta posibilidad se da a través de la adquisición de un “Súper Chip” el cual, por la compra de cualquier “Súper Bolsa” permitirá al usuario prepago hablar S/. 0.20 el minuto con usuarios de cualquier operador.

Estos líos aludidos en la campaña están enfocados a situaciones particulares de los usuarios: (i) limitación en cuanto al saldo, ya que se consume rápido; (ii) su operadora solo permite comunicarse en horarios restringidos; (iii) resulta costoso comunicarse con usuarios de otro operador; y, (iv) las promociones resultan confusas.

Teniendo ello en cuenta, a diferencia de la campaña “Experiencia 4G – Entel”, la presente campaña está haciendo referencia indirecta, con especial énfasis, a escenarios personales de los usuarios con otros operadores. Por tanto, dicha referencia aunada a otros elementos podría

incentivar a que el público consumidor identifique o relacione dichas alegaciones con un competidor y/o competidores de manera concreta.

Con relación a la estructura de mercado, en el año 2015 –periodo en el que se difundió la campaña- la estructura del mercado de telefonía móvil estaba conformada por Telefónica, América Móvil, Entel y Viettel (...).

Como se puede advertir, si bien Telefónica gozaba de una posición predominante en el mercado, el segundo operador con mayor participación en ese segmento era América Móvil, por lo que la difusión de la publicidad alusiva a un proveedor indeterminado podría ser entendida también respecto de dicha empresa. Si bien América Móvil no era la única competidora de Entel, dada la composición del mercado se advierte que el propósito expansivo a nivel nacional de Entel constituye un elemento que conduce a considerar que en su campaña existía un propósito alusivo a la oferta de América Móvil.

Si bien la estructura del mercado permite desprender una alusión inequívoca a la oferta competidora de América Móvil, debe tomarse en consideración, además, que esta alusión se evalúa atendiendo a la interpretación que de los anuncios pueda efectuar los consumidores, los cuales tenían conocimiento de la composición del mercado y de los competidores que existían en dicho periodo.

Por otro lado, a efectos de difundir el mensaje principal de la campaña, Entel utilizó frases como “otra vez se quedó sin saldo”; “con tu promo, solo me llamas de

madrugada”; “Tú eres de otro operador y no puedes hablar con ninguno de nosotros”; “tú nunca puedes llamar a nadie” “No entiendo, promos, tarifas, ino entiendo nada”.

Luego de exponer dichas frases, los anuncios publicitarios invitaban a los usuarios a “desenredarse con Entel prepago” ¿De qué manera? Adquiriendo un Súper Chip y comprando cualquier de las Súper Bolsas que Entel ofrecía, lo cual les permitía comunicarse a S/ 0.20 el minuto con cualquier operador. Esta invitación presupone la existencia de un servicio que Entel está ofreciendo como solución a los problemas preexistentes que presentaban las demás operadoras del mercado.

Con base en lo expuesto y atendiendo a la estructura del mercado, el mensaje principal transmitido y la agresividad e intensidad en el que el mismo fue difundido somos de la opinión que, al transmitirse la campaña publicitaria “Entel prepago – Súper Bolsas” el público consumidor identificó a América Móvil como una de las operadoras del mercado que ofrecía servicios en términos enredados y confusos dentro de un contexto comparativo con Entel.

De los pronunciamientos antes comentados, nos parece innecesario que la Sala requiera “elementos adicionales” sumados a la estructura del mercado para determinar si existe alusión indirecta, toda vez que es obvio que un anuncio comparativo va a tener muchos “elementos adicionales” en su configuración, pues el único anuncio que podría generar una alusión indirecta comparativa únicamente por estructura de mercado sería uno de tono excluyente (afirmar que se cuenta de forma objetiva con supremacía en el mercado. Por ejemplo: “el más vendido del

mercado”) en un mercado en el que solo existan dos agentes económicos.

Para el resto de casos de mercados concentrados, la estructura solo será un indicio para determinar si existe alusión indirecta o no. Recordemos que la publicidad comercial se analiza de forma integral y superficial poniéndose en los zapatos de un consumidor razonable, por lo tanto, en estos casos siempre va a ser necesario que la estructura del mercado se analice conjuntamente con las alegaciones, imágenes, sonidos y textos con los que pueda contar el anuncio cuestionado. Por ello señalamos que la exigencia de determinar “elementos adicionales” es algo bastante obvio y ya se encuentra contenido en la LRCD en el artículo 21.2.

Lo irónico del análisis de la Sala es que en los casos anteriormente señalados, existían “elementos adicionales” para que se entienda que existía alusión indirecta como son las alusiones a las redes privadas que permitían entender que con ellas se referían a las empresas que presumían de contar con dichas redes por la cantidad de clientes que poseían. De esta forma, la alusión a la red más grande en un mercado en el que solo existían dos agentes que promocionaban sus redes (RPM y RPC) o el uso de la alegación “desenredate” por parte de un nuevo competidor, claramente configuraban “elementos adicionales” que permitían entender a quién se estaba aludiendo.

Un ejemplo que permite entender mejor lo señalado se presentó en el caso en el que SAPOLIO denunció un anuncio televisivo a través del cual se transmitía el mensaje de que el producto “Ayudín Líquido” “rinde” tres veces más que “los productos en pasta”. SAPOLIO señalaba en su denuncia que se le aludía indirectamente, toda vez que era de público conocimiento que contaba con el 60% del mercado. Así, mediante Resolución N° 0252-2015/SDC-INDECOPI, la Sala en un correcto análisis señaló lo siguiente:

(...) es necesario señalar que de la revisión del expediente no se desprende que Intradevco haya probado que esta tenga el 60% del mercado de lavavajillas. Asimismo, aun en el supuesto que esto sea correcto, no existe algún otro elemento dentro de la publicidad que haga alusión a “Sapolio en pasta”, dado que la “X”, a criterio de este colegiado, hace referencia a las pastas en general e inclusive no se usa un color característico que permita identificar a los productos bajo la marca Sapolio. (...) Por lo expuesto, esta Sala considera que de la publicidad cuestionada no se desprende que se esté comparando el producto “Ayudín Líquido” con “Sapolio en pasta” o dicho producto con “Ayudín en pasta”, sino a este primero con las pastas en general”.

1.2 Confusión de conceptos entre “comparación” y “denigración”

Si bien existen diferencias conceptuales entre la comparación y denigración¹⁰ como actos de competencia desleal, lo cierto es que su aplicación práctica muchas veces dificulta a la Administración diferenciar cuándo se está frente a una figura u otra, generando con ello muchas veces una duplicidad de imputaciones por un solo hecho denunciado, pues por lo general los agentes económicos denuncian por ambos supuestos y la Secretaría Técnica termina imputando por ambos en una clara infracción al principio de tipicidad, como bien lo ha señalado la

Sala en reiterados pronunciamientos¹¹.

Así, mediante Resolución N° 0030-2018/SDC-INDECOPI la Sala declaraba nula la imputación realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión, toda vez que había imputado por denigración y comparación un anuncio de ENTEL en el que utilizando la afirmación “desenrédate” -a decir del denunciante- aludía inequívocamente a su empresa y otros competidores menoscabando su reputación comercial al burlarse de sus usuarios transmitiendo la idea de que estos se encontraría “enredados” con planes tarifarios restrictivos y mostraba la oferta de ENTEL como la solución en la medida que ésta permitía comunicarse con todos los operadores por la tarifa de S/ 0.20. Así, en un correcto análisis la Sala determinó que debió imputarse solo una presunta infracción a los actos de comparación, toda vez que:

(...) la denuncia plantea que los mensajes que difunden las campañas publicitarias “Experiencia 4G – ENTEL” y “ENTEL prepago – Súper bolsas” podrían causar descrédito en la reputación empresarial de América Móvil respecto a la calidad del servicio móvil que ofrece, la señal brindada, la atención al cliente o la posibilidad de conectarse con usuarios de otros operadores. Asimismo, América Móvil indica que esta información se habría difundido contraponiéndola con la oferta de ENTEL, lo cual es un rasgo distintivo de la publicidad comparativa.

10 En esa misma línea, Baylos señala que: “Constituyen competencia desleal según la Ley, los actos de denigración, es decir, las manifestaciones sobre el establecimiento o la actividad de un tercero, aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes; no estimándose tales las referentes a la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada u otras circunstancias estrictamente personales del afectado (...)” Hermenegildo Baylos, *Tratado de Derecho Industrial* (Madrid: Editorial Civitas, 1993), 347. Por su parte, DE LA CUESTA señala que “[L]a denigración exige que se identifique la víctima del descrédito. Pero esto no supone que deba ser mencionada de modo expreso; basta con que los destinatarios de la publicidad puedan reconocerlo por indicios o por referencias indirectas o por otras circunstancias. Por otro lado, el desacreditado no necesariamente ha de ser sólo un agente económico, pueden ser varios” José María De la Cuesta, *Curso de Derecho de la Publicidad* (Pamplona: EUNSA, 2002), p. 180.

11 Ver: Resolución N° 0030-2018/SDC-INDECOPI, Resolución N° 88-2008/SC1-INDECOPI y Resolución N° 301-2013/SDC-INDECOPI.

En tal sentido, el elemento denigratorio no resulta preeminente en el presente caso, sino aquel que permita advertir las supuestas deficiencias del servicio ofrecido por América Móvil frente al de ENTEL.

En la doctrina la posición tampoco es muy pacífica que digamos¹² y es que un anuncio comparativo claramente puede tener elementos denigratorios y esto en virtud de la *exceptio veritatis* que establece que ambos tipos de anuncios serán ilícitos cuando sean impertinentes. Así, en una regulación como la nuestra, el problema se hace más grande, pues divide la impertinencia en una de forma (la cual implica no hacer uso del humor, sarcasmo o sátira injustificada) y otra de fondo (que no es otra caso que la publicidad de tono estrictamente personal que en la doctrina siempre ha sido visto como un acto de denigración). De este modo, tenemos que si un anuncio comparativo tienen elementos de impertinencia de forma o fondo, el funcionario se verá tentado siempre a imputar también por denigración.

Un claro ejemplo de estas confusiones constantes lo podemos encontrar en la Resolución N° 0408-2017/SDC-INDECOPI que sanciona por denigración a una campaña publicitaria de PARAÍSO que aludía a la marca de colchones CISNE refiriéndose al mismo como “enemigo”, indicando que cuenta con “garantías bamba” y estarían rellenos de “basura”

y “pura porquería”. Sin embargo, esta campaña confrontaba ofertas y por más que contaba con alegaciones que podían menoscabar la reputación comercial de la marca CISNE, lo cierto era que resaltaba la ventaja de la oferta de colchones de marca PARAÍSO, por lo tanto tenía que imputarse como publicidad comparativa.



En este contexto, estoy convencido que la diferencia debería ser más simple de lo que creemos, en la medida que las propias definiciones de dichos actos comerciales nos permiten entender que cuando en el anuncio se alude la oferta de otro agente económico con el objeto de mostrar las ventajas de la oferta del anunciante estaremos **siempre** frente a un anuncio comparativo, así contenga elementos que menos caben la reputación comercial del agente aludido. Si existe contraposición de ofertas de ninguna manera podríamos estar frente a un acto de denigración. En este último acto, no existe ninguna referencia a la oferta del anunciante, únicamente se presenta un “ataque” a la oferta aludida, la cual se sancionará si es susceptible de menoscabar su reputación

12 Por ejemplo, LEMA DEVESA discrepando con FERNANDEZ NOVOA señala lo siguiente: “Como indica FERNÁNDEZ NOVOA, con frecuencia, el empresario anunciante únicamente menciona en su publicidad los productos que fabrica o los servicios que presta. Ahora bien, a veces, el empresario anunciante alude a productos o servicios de uno o varios empresarios competidores. Según el citado autor, cuando el empresario anunciante dice –lisa y llanamente– en su publicidad, que la mercancía ajena es de mala calidad o que presenta ciertos inconvenientes, nos encontraremos ante un supuesto de denigración publicitaria. Por el contrario, cuando el anunciante menciona los productos o servicios de los competidores, contraponiendo aquéllos a sus propios productos, con el fin de demostrar la superioridad de sus mercancías, y la inferioridad de las ajenas, nos encontraremos ante un supuesto de publicidad comparativa.

Si bien es cierto que, por regla general, en la denigración publicitaria solo se alude a productos ajenos, mientras que en la publicidad comparativa se alude a los productos ajenos y a los propios, no es menos cierto que también a través de una comparación publicitaria se puede desacreditar a los productos de un rival. Cuando así suceda, nos encontramos ante un supuesto de denigración publicitaria. De suerte que me parece demasiado tajante la división realizada por FERNANDEZ NOVOA, en el sentido anteriormente citado: en la denigración únicamente se alude a los productos ajenos, en la publicidad comparativa se alude a los productos propios y ajenos. LEMA DEVESA, Carlos. Op. Cit. pp. 65-66.

Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción

comercial y siempre que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 11.2 de la LRCD.

Un ejemplo de acto puro de denigración lo tenemos en el caso en el que la Sala sancionó mediante Resolución N° 453-2017/SDC-INDECOPI al señor Felipe por haber difundido comentarios denigratorios en contra de su competidor en el mercado de diseño de páginas web. Las alegaciones que había difundido a través de su página personal en Facebook, así como del blog denominado “Escuela Digital”, ubicado en el portal web <http://escueladigital.pe>, y de la página en Facebook de “Escuela Digital”, eran las siguientes (solo he seleccionado algunas):

- *Vale la pena los cursos de mejorándola? (SIC) La respuesta es no (...) En el siguiente video comentamos nuestra impresión sobre “mejorando.la”, un emprendimiento de educación online que ha recibido bastante atención mediática. Hemos pagado los 29 dólares que cuesta para poder dar una impresión objetiva y estas son nuestras conclusiones”*
- *“Estafando.la ahora es Ratzi” (SIC)*
- *(iii) “Los estafadores de @SoyPlatzi dicen que te puedes certificar de profesional en gestión de bases de datos en 2 semanas (...)”*
- *(iv) “Ahora los losers de Ratzi te enseñan a ser youtuber (SIC). Curioso teniendo en cuenta que sus videos son de mala calidad, no controlan la iluminación, no preparan sus temas e improvisan y su founder se saca los mocos mientras entrevista a un developer de verdad (...) Mañana darán un curso de como (SIC) crear memes (y con certificación). Pobres los niños que pagan por esa basura”*

- *“Del payaso (y sus amiguetes) que nunca en su vida hizo algo más complejo que instalar WordPress llega este curso”.*
- *(vi) “Me llega una notificación de Youtube en que me informa que este (...) me denuncia por copyright. Y que el video es clickbait cuando es una denuncia del mal servicio que dan. Ahora que los hijos de (...) tienen plata no les conviene las posturas contrarias y buscan callarlas. Igual, si por A o B Youtube sale a favor de el (SIC) y me presionan a retirar el video lo retiro pero igual lo subo en otra parte, igual seguirá siendo público. Sinceramente en persona ya le habría roto la cara a patadas a este ignorante.”*
- *Y solo van 8 minutos. No soporto ver el resto. Ojo que me han compartido este video de fb. Yo ni idea ¿Qué dirás? Competidor malintencionado? Jajajja. Noobster.” (SIC)*
- *Sveta Rostova: Sera que quieres conocer al colombiano Jhon Freddy de Platzi? (SIC)*
- *Escuela Digital: Sveta Rostova la única intención que tendría de conocerlo es darle un par de cachetadas. No le veo más utilidad a ese tipo.”*
- *“(...) parece un angry bird. Un angry bird andrógino” (SIC)*

1.3 Problemas en la excepción de veracidad (“exceptio veritatis”) como requisito de licitud de la publicidad comparativa

Como mencionamos al inicio del presente artículo, los anuncios comparativos serán lícitos siempre que cumplan con ser veraces, exactos y pertinentes. Ello en virtud del modelo social de represión de la

competencia desleal por el que prevalecerá el derecho al acceso a la información de los consumidores sobre los perjuicios económicos que se pueda causar a los agentes aludidos. Con esto no queremos decir que cuando dichos anuncios cumplan con los requisitos antes señalados no ocasionarán perjuicio alguno a los agentes aludidos, por el contrario, el daño siempre se generará, pero, cuando este se realice cumpliéndolos, estaremos frente a un daño concurrencial lícito (un aprovechamiento lícito de la reputación comercial de un tercero).

La carga de la prueba de cumplimiento de estos requisitos recae sobre el anunciante, el cual deberá demostrar la existencia y concurrencia de los mismos. Basta con que no se cumpla con uno de ellos para que el anuncio sea considerado infractor. Empezaremos a analizar cada uno de ellos y nos daremos cuenta que en realidad, estos requisitos son los que terminan complicando el uso de esta modalidad publicitaria, pues son tan complejos y en algunos casos ambiguos, que en lugar de incentivar el uso de este mecanismo a fin de hacer los mercados más competitivos, parecen ser restricciones que lo que buscan al final es proteger a las empresas para que no se aluda a sus ofertas a través de la publicidad comercial de terceros, fiel al estilo del modelo profesional que es un modelo supuestamente obsoleto.

a) Veracidad por su carácter objetivo

¿Tan malas son las alegaciones subjetivas?

“(…) en la práctica, las restricciones de la exceptio veritatis hacen que prácticamente sea un “juego de la ruleta rusa” difundir publicidad comparativa, pues su aplicación puede llegar a ser tan discrecional y subjetiva que el solo hacer uso de este recurso publicitario genera un riesgo de sanción inminente”.

El requisito de veracidad consiste en la exigencia que estos anuncios constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad. Esto quiere decir que los anuncios de naturaleza alusiva que sean susceptibles de inducir a error a los consumidores y/o contengan información de carácter subjetivo serán considerados ilícitos¹³. En pocas palabras, se aplica una especie de principio de veracidad reforzado, pues no solo se sanciona el mensaje publicitario objetivo que pueda inducir a error, sino también si el mensaje es subjetivo,

a diferencia del principio de veracidad original contenido en el artículo 8º de la LRCD (el principio de veracidad contenido en dicho artículo no aplica para alegaciones de carácter subjetivo porque justamente no pueden probarse y se entiende que el consumidor los considera simples dicho de parte).

Ahora bien, el reprimir el uso de información subjetiva en la publicidad alusiva nos parece un claro ejemplo de rezago del modelo profesional, pues lo que al final parece proteger la Ley es a la empresa y no al consumidor o al mercado. Y es que son bien contradictorios los argumentos que sustentan por qué los actos de engaño (artículo 8º) no reprimen las alegaciones subjetivas y la regulación de la publicidad comparativa (artículo 12º y 11.2) sí lo hace.

El Indecopi ha señalado en reiterados pronunciamientos que se restringe el uso de alegaciones subjetivas en la publicidad comparativa por el hecho de que no transmiten información para los consumidores. Un argumento totalmente falaz por decir lo menos. Y es que por el hecho de que

13 En este punto se incluye a toda información contenida en el anuncio que no cumpla con el principio de sustanciación previa. Así, si se difunde un anuncio de naturaleza alusiva que no cuenta con sustento probatorio previo a su difusión, no cumplirá con el requisito de veracidad exigido a través de la “*exceptio veritatis*”.

Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción

en un anuncio nos indiquen que un producto es más “rico” que otro o que nos digan que un producto es “tan bonito” como otro, no deja de transmitirnos información, la cual seguro será tomada por los consumidores como una opinión de parte o tendrá relevancia (quién sabe), pero no por ello perderá su naturaleza informativa.

El consumidor no es un idiota que cree todo lo que le dicen en la publicidad comercial. El receptor de la publicidad sabe que se trata de una empresa que le quiere vender un producto o servicio y que por lo tanto, va a tratar de resaltar –de seguro exagerando– las bondades de su oferta.

Además, recordemos que el consumidor no en todos los casos decide realizar una transacción por un menor precio o por las características objetivas que tenga un producto. Muchas veces el consumidor adquiere un producto por el “estatus” que la marca que lo distingue le pueda generar, en otros casos por la confianza que sienta hacia dicha marca o simplemente por tradición (entre otros criterios subjetivos). Por ello, son muchas las marcas que buscan “fidelizar” a sus consumidores a través de campañas publicitarias que en lugar de hablar de las bondades del producto específico, transmiten un valor o generan emociones en los consumidores.

Muchas veces los elementos subjetivos que acompañan a una marca son los que hacen tomar una decisión de consumo, así como las alegaciones no comprobables que se utilicen en el anuncio (exageraciones publicitarias, juicios estimativos, frases huecas, etcétera). Por ello, su uso no es sancionado como acto de engaño cuando se hace en publicidad simple (no alusiva), pues se entiende que el consumidor tomará esa afirmación subjetiva como una simple opinión de parte, por lo que no será susceptible de inducirlo a error, lo cual es correcto y debería aplicarse también a la publicidad comparativa (a toda modalidad alusiva en realidad).

Si al final existe consenso respecto de que una de las principales características de la publicidad alusiva es el traslado de información y hemos visto que ello se cumple hasta cuando se traslada información subjetiva, no debería imponerse como requisito de licitud que la publicidad alusiva sea objetiva. Además, si el INDECOPI tiene como uno de sus principales objetivos la protección del consumidor y el fomento de la competencia, consideramos que es un total desperdicio de recursos estatales el destinar tiempo y personal para solucionar conflictos netamente empresariales originados porque un anunciante dijo que su producto era “más bonito”, “tan suave” o “más rico” que otro.

A estas alturas, debe ser absolutamente clara nuestra posición sobre el particular: debería permitirse (ser lícito) tanto el uso de información objetiva como subjetiva en la publicidad comparativa, sometiéndose solo la información objetiva al principio de veracidad o actos de engaño (como sucede en la publicidad simple), pues es la única que merece ser sancionada si no se sustenta en datos o pruebas veraces, pues generarán que la decisión de consumo del receptor se realice sobre la base de premisas falsas a diferencia de las alegaciones subjetivas, que si generan algún tipo de preferencias en los consumidores no será por su falsedad o veracidad, sino simplemente por su simpatía en la comunicación. No creemos que un consumidor se incline por un producto que dice ser “más rico” que otro, esperando que ello realmente sea cierto, pues como dice el refrán: de gustos y colores no han escrito los autores.

Sobre esto último consideramos que debe quedar bien claro que la única forma en la que este tipo de anuncios puede realmente afectar el derecho de la información de los consumidores es cuando contiene información que los puede inducir a error. El resto es solo proteccionismo al empresario anunciante.

Ciertamente, creemos que una de las consecuencias de esta restricción, además de generar un proteccionismo innecesario a las marcas que ya se encuentran implantadas en el mercado, es el incentivar la interposición de denuncias por casos de publicidad comparativa. En efecto, las restricciones son tan fuertes y en algunos casos subjetivas o ambiguas (como vamos a ver más adelante), que cualquier agente económico se puede ver seducido a denunciar cualquier anuncio que aluda a su marca, pues las posibilidades de lograr una sanción y retiro del anuncio son grandes.

En nuestra opinión, la única restricción que debería recaer sobre este tipo de anuncios es la del principio de veracidad, pero tal cual como se aplica en publicidad simple, es decir, sin reprimir mensajes subjetivos ya que de esta forma se incentivaría el uso de esta modalidad publicitaria, desatando guerras publicitarias que generarían más información a los consumidores, mejores ofertas e inversión publicitaria.

¿Cómo saber cuándo una alegación es objetiva o subjetiva?

Desde el año 2014, la Sala de Defensa de la Competencia viene aplicando un criterio bastante controvertido para determinar cuándo una alegación publicitaria es objetiva o subjetiva. Ello, con la finalidad de establecer si el anuncio se encuentra sujeto o no al principio de veracidad (actos de engaño). El origen de este criterio, se presentó en un caso bastante controvertido en el que se denunció a ESAN por hacer uso de la alegación “ESAN la mejor escuela de negocios del Perú”¹⁴. La pregunta del millón era establecer si dicha frase era comprobable o no.

El sentido común nos animaría a señalar que dicha afirmación es objetiva en la medida que puede

probarse. Se nos ocurren algunas formas de hacerlo: rankings internacionales, volumen de trabajos de investigación, mayor cantidad de profesores con doctorado, malla curricular, infraestructura, nivel de empleabilidad de sus egresados, entre otras. Sin embargo, ello no es correcto, pues según la Sala, dicha afirmación es subjetiva en la medida que hay muchas formas de probarlo, por lo tanto, no se encuentra sujeta al principio de veracidad de la LRCD.

El criterio desarrollado por la Sala es el siguiente: para que un anuncio publicitario sea calificado como objetivo y por ende, se encuentre sujeto al principio de veracidad, debe cumplir con uno de los siguientes requisitos:

- Que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o,
- Que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.

En aplicación de dicho criterio, como el anuncio de ESAN no tenía en sí mismo un parámetro objetivo de comprobación (no decía en letras pequeñas: “según encuesta realizada por Arellano Marketing a nivel nacional durante el periodo 2013”, por dar un ejemplo) y además, no existía un parámetro objetivo y unívoco de comprobación de su veracidad (porque existían muchas formas de probarlo), el anuncio era subjetivo, por lo tanto, se confirmó la resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia.

Si bien reconocemos la voluntad de la Sala de Defensa de la Competencia de tratar de establecer criterios objetivos para diferenciar las alegaciones subjetivas de las objetivas, lo cual debería ser sumamente útil cuando estamos frente a situaciones límite (“El mejor pañal del Perú”, “El mejor restaurante

14 A mayor detalle, revisar: Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI.

de Lima”, “La mejor escuela de fútbol del Callao”, etcétera), lo cierto es que es un intento inútil y sobre todo ilegal, toda vez que es contradictorio con la forma en la que se debe interpretar la publicidad comercial, conforme a lo dispuesto en el artículo 21.2 de la LRCD (análisis integral y superficial del anuncio); y además, la desnaturaliza, convirtiendo su análisis en uno de cumplimiento de 2 reglas excluyentes, más que un análisis de interpretación que es lo que debería prevalecer, pues recordemos que para realizar un análisis idóneo de la publicidad comercial, la autoridad debe ponerse en los zapatos de los consumidores razonables y obtener el mensaje publicitario que se desprende del famoso análisis integral y superficial del anuncio.

Establecer como criterio que un anuncio no va a ser objetivo (comprobable) si no remite en su mismo cuerpo a un parámetro objetivo de medición, impone un sobrecosto innecesario a los anunciantes y limita su libertad para poder anunciar.

Recordemos que desde el precedente Metro se dice que el anunciante es libre de consignar la información que desee en su publicidad comercial siempre que ésta no sea susceptible de inducir a error a los consumidores ni sirva para perpetrar un acto de competencia desleal. Incluso, este criterio prácticamente modifica el principio de substanciación previa contenido en el artículo 8.4. de la LRCD¹⁵, toda vez que ahora no será necesario que el anunciante cuente con los medios probatorios de las alegaciones objetivas que utilice en su publicidad, ya que si no incluye la fuente de la misma en la publicidad (o si existe más de una forma de probar su alegación),

será un anuncio subjetivo que no se encuentra sujeto al principio de veracidad.

Lo anterior puede generar como efecto que cualquier agente económico afirme tener una posición de supremacía en el mercado (alegación de tono excluyente, como afirmar ser “el número 1 en preferencia de los consumidores”), sin que exista la obligación de contar con medios probatorios que lo confirmen si es que no indica expresamente en su anuncio cuál es la fuente (o, nuevamente, si existe más de una forma de probar su alegación), pues como hemos señalado, los actos de engaño no reprimen alegaciones subjetivas.

El segundo requisito es tan malo como el primero e impacta con la regulación de la publicidad comparativa: exigir que exista un parámetro objetivo y unívoco de comprobación para determinar que una alegación es objetiva abre la puerta completamente a que se puedan usar alegaciones en principio comprobables pero que no se sujeten al principio de veracidad por el solo hecho de que exista más de una forma de probarlo. Este criterio, visto de forma bastante general, podría sonar como una disposición de carácter liberal, en la medida que establecería mayor libertad en los anunciantes para poder alegar cualidades, sin embargo, la medida genera un efecto completamente negativo para el fomento de la competencia por dos aspectos: (i) puede generar como efecto la pérdida de credibilidad en la publicidad¹⁶; y el más importante para efectos del presente trabajo, (ii) limita aún más el uso de publicidad comparativa, adhesiva y denigratoria.

15 8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

16 Es de público conocimiento que la publicidad comercial es la herramienta más importante con la que cuentan los agentes económicos para competir. Es el mejor mecanismo a través del cual los anunciantes pueden informar a los consumidores acerca de su existencia, sus ofertas y sobre todo, es el mecanismo que genera como consecuencia el incremento de la competencia entre agentes económicos, pues al ser susceptibles de generar demanda por lo atractivas que puedan resultar algunas ofertas, ello genera como consecuencia la respuesta de los competidores invirtiendo y desarrollando ofertas que superen a éstas. Es evidente que quien se beneficia de esta competencia es el consumidor, que si bien es relativamente escéptico frente a la publicidad (pues reconoce por lo general que le están tratando de vender “algo”), esta

En efecto, como ya hemos señalado, uno de los requisitos de validez de la publicidad comparativa implica que los mensajes publicitarios contenidos en este tipo de anuncios además de ser veraces, tienen que ser objetivos (proscribe el uso de mensajes subjetivos). Ahora bien, con este criterio, la mayor cantidad de anuncios comprobables no serán considerados objetivos por el solo hecho de que existan varias formas de probarlo. Así, tenemos como efecto colateral que existirán menos opciones para poder hacer uso de la publicidad comparativa (todo tipo de publicidad alusiva en realidad), pues se incrementa el riesgo de que puedan ser sancionados por ser subjetivos, a pesar de que podrían comprobarse –para su mala suerte- a través de más de un parámetro objetivo.

Como podemos apreciar, este criterio distorsiona completamente la forma como se deben interpretar los anuncios publicitarios conforme a la LRCD y los efectos que puede generar en el mercado son bastante negativos, llegando incluso a generar la pérdida de credibilidad en la publicidad por parte de los consumidores e incrementa las restricciones que existen para el uso de publicidad comparativa, que es una de las formas más efectivas de hacer publicidad y que genera mayores eficiencias para los consumidores y la competencia.

b) Exacto, por claro y actual

Mediante el requisito de exactitud, se dispone que la información contenida en el anuncio debe ser clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente aludido o a su oferta. Por medio de este requisito, debe quedar claro que no basta con que la información contenida en el anuncio sea veraz. Además de ello, estos datos deben ser actuales.

En este punto encontramos un desacierto técnico. La inducción a error por ambigüedad forma parte del principio de veracidad o actos de engaño por lo que debió señalarse en el requisito anterior. El requisito de exactitud solo debería centrarse en que la información que se traslada sea actual. Y este debería estar estrictamente referido a la actualidad de los medios probatorios que sustenten la ventaja comparativa, igualdad de ofertas o alegación de efecto denigratorio que se traslade con el anuncio.

Un ejemplo de falta de exactitud lo podemos encontrar en la Resolución Nº 008-2011-CONAR/CPE que puso fin al procedimiento iniciado por Protisa Perú S.A. contra Kimberly – Clark Perú S.R.L.

es susceptible de persuadirlos a fin de que adquieran sus productos o servicios, sobre todo si hacen uso de alegaciones comprobables que ayuden a convencer al destinatario de la publicidad de realizar transacciones económicas con el agente emisor. Y este es justamente una de las justificaciones de la existencia del principio de veracidad o actos de engaño: reprimir todo anuncio publicitario que sea susceptible de inducir a error a los consumidores, no solo porque podría permitir que un agente económico desvíe la demanda hacia su oferta a través del engaño, sino además, porque es relevante para la competencia que el consumidor no pierda credibilidad en la publicidad.

Así, si tenemos que ahora para que un anuncio se encuentre sujeto al principio de veracidad debe tener un parámetro de comprobación en sí mismo o debe ser probado a través de un parámetro objetivo y unívoco, cualquier anunciante podrá alegar contar con determinada cualidad u ocupar una posición de preminencia en el mercado, sin que sea necesario probarlo si sabe que podría hacerlo a través de más de una forma. Esto va a generar un incremento en el uso de este tipo de alegaciones y el riesgo de que muchas de ellas se hagan sin sustento probatorio, generando como consecuencia, mayor difusión de publicidad engañosa, lo cual lamentablemente, generará como efecto la pérdida de credibilidad en la publicidad.

En este caso en particular, la campaña publicitaria denunciada (difundida en el año 2011) mostraba las presuntas ventajas de los pañales de la anunciante frente a los de su competidora haciendo uso de diversas alegaciones las cuales se sustentaban en el siguiente texto: “Agencia Cazoll. Estudio Home Use Test N 32.756 y N 34.191 entre usuarios del segmento económico. Argentina, Mayo del 2009, donde se testeó en 2500 bebés con rango de peso entre 8 a 12 kg.” (Subrayado agregado)

Sobre el particular, la CPE resolvió lo siguiente:

En el presente punto, la Comisión advierte de los argumentos y medios probatorios de las partes, que la información que se traslada a los consumidores en la campaña publicitaria denunciada no cumple con el requisito de exactitud en publicidad comparativa, toda vez que se ha acreditado que los productos comparados han presentado cambios en diseño y características entre los años 2009 y 2011, presentando una distorsión en cuanto a la actualidad de los mismos que impide que los consumidores hagan una apreciación correcta de la información publicitaria transmitida.

En efecto, de los cuadros proporcionados por la denunciada, se puede apreciar que los productos utilizados en el estudio frente a los productos peruanos presentan variaciones en lo que se refiere a la cantidad de SAM (8.9/8.3) y de pulpa (13.9/13.7). En este punto, es importante precisar a las partes que es irrelevante determinar si la diferencia es significativa o no, pues basta con que exista una diferencia para

que no pueda hablarse de exactitud en la información. Asimismo, la Comisión advierte que se ha acreditado que durante el periodo comprendido en los años 2009 – 2011 los diseños de los productos argentinos y peruanos tuvieron variaciones, las cuales influenciarían en el largo y el ancho del chasis de los pañales.

Por lo expuesto, la Comisión advierte que la información que se trasladó a los consumidores fue inexacta de acuerdo a la información contenida en los estudios de KC presentados en calidad de medio probatorio. En ese sentido, la Comisión considera que la información en la que sustenta KC las afirmaciones analizadas en la campaña publicitaria denunciada son inexactas, con lo cual, dichas afirmaciones no cumplen con el requisito de exactitud de la “exceptio veritatis”.

c) La pertinencia de forma

Tal como lo señala el artículo 11.2, literal c) de la LRCD, la pertinencia de forma implica que en el anuncio comparativo se evite, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias.

Usualmente, para captar mejor la atención de los receptores de la publicidad, los anunciantes la presentan de manera humorística, haciendo uso para esto de la ironía, el sarcasmo o la sátira. Para este tipo de licencias publicitarias la doctrina siempre reclamó un trato benevolente, toda vez que este tipo de expresiones suelen ser interpretadas por los consumidores como simples exageraciones¹⁷, las

17 Sobre el particular, EYZAGUIRRE señala que “[T]iene que existir un incentivo en los ofertantes por anunciar sus productos mediante publicidad, por lo que el uso de frases subjetivas, el humor, incluso la exageración publicitaria no deben, en principio, considerarse como infracciones. El balance está en que –como ya se ha señalado– los consumidores son conscientes de que la publicidad es un “dicho de parte” y tomarán en cuenta la información que brinda la publicidad, pero con algún nivel de precaución o incluso escepticismo.” Hugo Eyzaguirre. Op. Cit., p. 91.

cuales no tomarán en serio pues al contemplarlos solo se limitarán a sonreír sin otorgarles crédito alguno¹⁸.

El uso de estas licencias en la publicidad comparativa requiere que sean justificadas en atención a las circunstancias, lo cual no significa que se encuentren prohibidas o que los anunciantes no puedan hacer uso de ellas, por el contrario, el uso de estas se encuentra permitido, en la medida que no sean susceptibles de menoscabar la reputación empresarial o comercial del competidor aludido, pues se debe tener presente que toda alusión al competidor conlleva cierto descrédito.

El punto de quiebre para determinar cuándo el uso del humor, la ironía, el sarcasmo y la sátira en publicidad comparativa es justificado o injustificado se determinará de acuerdo al tinte humorístico que pueda presentar el anuncio, toda vez que como hemos mencionado, las alegaciones publicitarias de este tipo suelen ser interpretadas por el público como simples exageraciones, con lo cual, en principio, el mensaje publicitario transmitido no tendría la aptitud de generar un menoscabo efectivo en la imagen o reputación empresarial del competidor aludido.

Sin embargo, se considerará que se hace un uso injustificado de este tipo de alegaciones publicitarias cuando sean susceptibles de denigrar

innecesariamente al agente aludido a través de expresiones que desde un punto de vista formal pueden ser consideradas extremadamente agresivas o innecesariamente ofensivas¹⁹, lo cual evidentemente le va a restar tinte humorístico al anuncio y, en consecuencia, va a ser tomado con mayor seriedad por el consumidor.

Como se podrá imaginar el lector, este tipo de análisis resulta, por decir lo menos, complicado, pues el considerar ciertas alusiones como “agresivas” o “innecesariamente ofensivas” va a depender de la manera como lo entiendan las personas encargadas de resolver este tipo de conflictos de naturaleza publicitaria. Y es que no nos imaginamos un criterio realmente objetivo y técnico para establecer cuando un anuncio que alude con sarcasmo a su competidor pueda ser considerado justificado o injustificado. De la forma como está redactado dicho requisito, parece que al final dependerá del estado de ánimo del funcionario público de turno encargado.

Ciertamente, el requisito de pertinencia de forma genera inseguridad jurídica en el mercado²⁰ y considero que es una de las restricciones que más desincentiva el uso de esta modalidad publicitaria, pues es una especie de “moneda al aire” tener la certeza si el INDECOPÍ va a sancionar su anuncio o no y por otro lado, es una clara invitación de denunciar para el agente económico aludido, pues

18 Anxo Tato Plaza. Op. Cit., pp. 37-38.

19 Según Anxo Tato Plaza: “(...) también se puede denigrar innecesariamente al competidor a través de expresiones que, a pesar de estar referidas a los productos o servicios, desde un punto de vista formal pueden ser consideradas excesivas, extremadamente agresivas o innecesariamente ofensivas.” (TATO PLAZA, Anxo. Ídem., pp. 246-247).

20 MORÓN URBINA señala sobre el principio de predictibilidad que “si bien la seguridad jurídica no está enunciada de manera literal en la Constitución Política del Estado ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional como un principio consustancial al Estado de Derecho implícito en la Constitución. Según el mismo Tribunal, la seguridad jurídica consiste en la predictibilidad de las conductas (en especial) de los poderes públicos frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho.

Para el individuo constituye una garantía por la que se da valor jurídico a la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la futura actuación del poder en aplicación del Derecho. Obviamente no se trata de dar valor a meras expectativas subjetivas, sino aquellas que surgen a partir de signos externos o bases objetivas suficientemente concluyentes dadas dentro de la ley por la autoridad, para que los administrados se orienten hacia determinada posición, tales como antecedentes, absolución de consultas, publicación de normas, difusión de requisitos, procedimientos, trámites, autoridades, etc.

no me imagino un escenario en el que el anunciante no considera injustificado el que se utilice el humor, el sarcasmo o la ironía para referirse a su oferta.

Un claro ejemplo de lo señalado lo podemos tomar de la campaña publicitaria “a mí también me ha pasado” analizadas por el CONAR, perteneciente al procedimiento iniciado por denuncia de Telmex Perú S.A. contra Directv Perú S.R.L. En dichos anuncios, se mostraban situaciones jocosas y exageradas sobre ciertos problemas que se suelen presentar con el servicio de cable de dos de las empresas de mayor peso en el país (Telefónica y Telemex), como es el caso del “congelamiento de la señal”, el que un decodificador no grabe todo el contenido que se pretenda grabar, o que se presenten problemas con la señal HD.

La Comisión Permanente de Ética del CONAR consideró, de un análisis integral y superficial de las piezas que conformaban dicha campaña publicitaria, que se hizo uso del humor y la sátira de modo justificado en la medida que se presentaban situaciones exageradas que sería tomada con escepticismo por los consumidores y que no generaría como efecto un menoscabo en la reputación comercial de las marcas aludidas (todas ellas menos la llamada “mariachis” que la comentaremos en el apartado siguiente).

Esta misma campaña fue denunciada por Telefónica ante el INDECOPI, que contrariamente a lo señalado por CONAR, se pronunció de la siguiente manera mediante Resolución N° 303-2013/SDC-INDECOPI: *“A juicio de la Sala, la reputación comercial de Telefónica sí se ve afectada con la difusión de los videos, debido a que los consumidores pueden asumir que esta empresa brinda explicaciones desatinadas o un servicio deficiente ante los reclamos*

formulados por sus clientes. Por tanto, al trasladar al mercado un mensaje de carácter subjetivo que afecta el crédito comercial de un competidor se configura un acto de denigración”.

d) La pertinencia de fondo

Tal como lo señala el artículo 11.2, literal d) de la LRCD, la pertinencia de fondo implica que se evite 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.

El anunciante efectúa alegaciones impertinentes de fondo cuando alude a circunstancias que pertenecen a la esfera privada del competidor; como es su nacionalidad, raza, ideología, etcétera. El problema está en que no queda claro si para que se incumpla con este requisito basta con que el anunciante aluda a algunos de estos aspectos de los titulares o representantes de otra empresa para identificarlos o si dicha referencia tiene que utilizarse como elemento comparativo.

A los anuncios que hacen uso de este tipo de información para referirse a sus competidores la doctrina los denomina como “denigración de tono estrictamente personal”. La Exposición de Motivos de la LRCD señala sobre el particular que *“la denigración de tono estrictamente personal genera una grave distorsión en el mercado al aludir negativamente a un agente del mercado, sin brindar información relevante para el proceso de elección de un producto, desviando las preferencias de los*

Conforme a estos ilustrados criterios jurisprudenciales, la seguridad jurídica constituye un principio de actuación de los organismos públicos que les obliga a ser predecibles en sus conductas y, a la vez, un derecho subjetivo, de todo ciudadano que supone la expectativa razonable de que sus márgenes de actuación, respaldados por el Derecho, no serán arbitrariamente desconocidos o modificados. Juan Carlos Morón Urbina. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General (Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2017), 125-126.

consumidores mediante un accionar ajeno a la eficiencia económica”.

Sobre el particular, De la Cuesta señala que:

(...) en ocasiones, la denigración comercial se intenta mediante manifestaciones afectantes a la persona de un operador económico que, aunque de suyo no sean lesivas para su honor personal, sí afectarán a aspectos de su intimidad. Se habla entonces de publicidad personal, que consiste en la publicidad cuyo mensaje se vincula a las cualidades subjetivas del agente que actúa en el mercado. Dentro de esta publicidad personal, se distingue la de tonos estrictamente personales, que consiste en aquellas comunicaciones publicitarias cuyos mensajes transmiten información relativa exclusivamente a las circunstancias de la persona del operador en el mercado e indiferente para juzgar acerca de sus prestaciones en el mercado. Esta publicidad de tonos estrictamente personales remite al campo del derecho a la intimidad de la persona y de su protección, que fue objeto de estudio anteriormente, y es siempre ilícita, con independencia de su consideración de publicidad desleal (...)^{21 22}.

Por ejemplo, el CONAR considera que basta con la referencia a un aspecto personalísimo para que exista infracción. En efecto, dentro de la misma campaña publicitaria comentada en el apartado correspondiente a la impertinencia de forma, la Comisión Permanente de Ética del CONAR consideró que una pieza publicitaria en la que se mostraba a una señora amarrada mediante una soga a tres mariachis acompañada de la afirmación “¿Amarrado a tu paquete de tres?” era un anuncio denigratorio impertinente de fondo, como mostramos a continuación:

(...) la Comisión advierte que se ha hecho alusión a la nacionalidad de los titulares de TELMEX al presentar un trío de mariachis amarrados a una usuaria, toda vez que es de público conocimiento: (i) que una de las ofertas de la denunciante en el mercado es el producto denominado “3PLAY”, que consisten en promociones de servicios de telefonía, cable e Internet ofrecidos de manera conjunta (en “paquete de tres”), (ii) que los mariachis son un conjunto musical típico de origen mexicano; y, (ii) que el origen empresarial de TELMEX es mexicano.

Así, conforme hemos comentado en párrafos anteriores, el sólo hecho de indicar la nacionalidad de los titulares o representantes de otro agente económico es suficiente para que se configure un acto de denigración por impertinencia de fondo, toda vez que dicha indicación de nacionalidad es un acto contrario a la

21 José María De la Cuesta Rute. Ob. Cit., p. 180.

22 En ese mismo sentido, sobre el artículo 21º del Código de Ética Publicitaria de Autocontrol (sistema de autorregulación publicitaria español), PATIÑO señala que “(...) la norma deontológica 21 CCP contempla una ulterior modalidad: la publicidad de tono estrictamente personal. A través de esta figura, el anunciante alude a circunstancias que pertenecen a la esfera privada del competidor; a saber: su nacionalidad, su raza, su ideología, etc. Según el CCP, una manifestación sobre las circunstancias personales del empresario o de su empresa se considerará siempre impertinente.” Beatriz Patiño. Op. Cit., 420.

competencia por parámetros de eficiencia, que será susceptible de generar como efecto que los consumidores evalúen la oferta del agente aludido por la nacionalidad de sus titulares y no por la calidad o el precio de los productos ofertados.

Sobre este mismo hecho, que también fue denunciado por América Móvil ante el INDECOPI, la Sala consideró calificarlo como un incumplimiento a la excepción de veracidad por impertinencia de forma y no de fondo, como podemos apreciar a continuación:

Ciertamente, la sola presencia de mariachis en anuncios publicitarios únicamente podría tener una connotación inocua. Sin embargo, la participación de estos personajes en un número determinado (3), atados por una soga a una usuaria, como se advierte en el presente caso, denota una situación que rebasa los límites que el sistema de represión de la competencia desleal acepta como licencias publicitarias.

La representación publicitaria no recurre al humor y la exageración publicitaria, tal como afirma la imputada, sino que logra causar un efecto que expone a la burla la situación del vínculo contractual (“paquete de tres”, evocado por la presencia de tres mariachis) que une a la usuaria con América Móvil, aspecto que puede ser advertido considerando que precisamente un producto empaquetado en tres servicios (telefonía fija, internet y televisión por cable) que ofrece América Móvil se denominada ‘3PLAY’.

En atención a las circunstancias presentes en el mercado del servicio de televisión por cable, esta exposición a la burla de

un producto de la competencia resulta injustificada por sí misma, pues de lo contrario resultaría permisible que los agentes recurran a este tipo de medios para captar la demanda de sus clientes, en lugar de posicionarse en el mercado en virtud de condiciones de eficiencia.

Considerando que la presentación de la publicidad se ha realizado recurriendo a situaciones de burla sin justificación que la respalde, no corresponde efectuar el análisis de la concurrencia de los requisitos de veracidad, exactitud ni pertinencia en el fondo de la información que menoscaba la reputación comercial de América Móvil. Basta con el análisis efectuado previamente para concluir que Directv ha incurrido en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de denigración.

Como se puede apreciar, este es un punto adicional que aún le queda por aclarar a la Administración. Desde nuestro punto de vista, nos inclinamos a decir que debería sancionarse por impertinente de fondo si el anuncio utiliza un aspecto estrictamente personal del agente aludido o sus representantes para presentar la ventaja de su oferta, pues justamente lo que se busca promover es que las comparaciones se realicen sobre la base de aspectos de eficiencia. Así, la sola identificación de un agente por la alusión a su nacionalidad, por ejemplo, sin que ello se realice mostrándolo como una desventaja no debería sancionarse por impertinencia de fondo.

Consideraciones finales

En el presente artículo, se han presentado algunas de las más importantes oportunidades de mejora que tiene la regulación de la publicidad comparativa en el Perú, que el Estado debería subsanar en virtud de las demostradas eficiencias que genera el fomento en el uso de publicidad comparativa, pues

como se ha detallado, la publicidad comparativa no solo reduce costos de transacción (costos de búsqueda) en los consumidores, sino además, fomenta la competencia. Sin embargo, como hemos demostrado, las restricciones que se han establecido en la LRCD son tan imprecisas o ambiguas que generan inseguridad jurídica, lo cual produce como consecuencia que los anunciantes inviertan cada vez menos en difundir publicidad comparativa.

De esta manera, a través de la presente investigación, se ha dejado claro que la estructura del mercado si bien puede ser un indicio para acreditar la existencia de una alusión indirecta debe ser evaluado conjuntamente con el mensaje publicitario que se desprende del anuncio, de acuerdo a un análisis integral y superficial del mismo que exige el artículo 21.2 de la LRCD. Dejando de lado el vacío criterio de “elementos adicionales” que lo único que hace es generar inseguridad jurídica por lo gaseoso y subjetivo que resulta.

Asimismo, se ha demostrado que la mejor forma para cesar la confusión entre publicidad comparativa y la publicidad denigratoria al momento de imputar las presuntas infracciones, en virtud del principio de tipicidad, es bastante simple: recurrir a las definiciones propias de cada una de estas figuras en la LRCD. Así, basta con que del anuncio se desprenda alguna ventaja de la oferta del anunciante respecto de la oferta del agente aludido para que estemos frente a publicidad comparativa, así contenga algún elemento susceptible de menoscabar la reputación comercial del aludido.

Finalmente, concluimos que si bien la regulación de la publicidad comparativa parece ser bastante permisiva, lo cierto es que los requisitos de la *exceptio veritatis* contenidos en el artículo 11.2 de la LRCD son los que hacen que sea bastante riesgoso difundir publicidad comparativa en el Perú y posiblemente sean los culpables del poco uso de esta herramienta de competencia, en la medida de que son tan

ambiguos, imprecisos o discrecionales que generan inseguridad jurídica en los pronunciamientos del INDECOPI.

Bibliografía

Baylos, Hermenegildo. *Tratado de Derecho Industrial*, Madrid: Editorial Civitas, 1993.

Cabanella de las Cuevas, Guillermo y otros. *Derecho de la Competencia Desleal*, Buenos Aires: Editorial Heliasta SRL, 2014.

De la Cuesta, José María. *Curso de Derecho de la Publicidad*, Pamplona: EUNSA, 2002.

Lema Devesa, Carlos. *La regulación contra la competencia desleal en la Ley de 10 de Enero de 1991*, Madrid: Cámara de Comercio e Industria de Madrid, 1992.

Morón Urbina, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima: Gaceta Jurídica S.A., 2017

Patiño, Beatriz. *La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español* Barcelona: Editorial Bosh, S.A., 2007.

Stucchi, Pierino, “Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial - Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal”, *Ius Et Veritas* N° 34: 183.

Tato Plaza, Anxo. *La publicidad comparativa*, Madrid: Marcial Pons, 1996.

Tushnet, Rebecca and Eric Goldman, *Advertising & Marketing Law: Cases and Materials*, Lexington, KY, 2016. 