

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

Pierino Stucchi López Raygada^(**)

1. ¿Qué es publicidad?

Es toda comunicación que, en ejercicio de la libertad de expresión⁽¹⁾, es dirigida a agentes en el mercado cuya finalidad es informarlos y/o persuadirlos para realizar una transacción comercial sobre determinados bienes o servicios. Generalmente, se conoce a la publicidad en su manifestación dirigida a los demandantes, reales o potenciales, de bienes y servicios que, por ser consumidores intermedios o finales, pueden ser informados o persuadidos para realizar una transacción que les permita realizar una adquisición. Sin embargo, también existe publicidad cuando un demandante de bienes y servicios dirige una comunicación a oferentes reales o potenciales para lograr que estos decidan venderle o prestarle los bienes y servicios que requiere. Esta última manifestación, si bien es menos frecuente, ocurre

en el mercado. Para constatar lo anterior, bastará, por ejemplo, una simple revisión de los anuncios publicitarios clasificados de un diario en los que se “ofrece” la compra de determinados bienes o la adquisición de determinados servicios.

A lo largo de la presente entrega, sin embargo, la referencia a los ejemplos o casos presentados se dirigirá sobre la publicidad que realizan los oferentes de bienes y servicios, por ser la publicidad de mayor ocurrencia en la realidad y, en consecuencia, la de mayor incidencia en la jurisprudencia administrativa nacional.

Será publicidad, entonces, la comunicación comercial que permite al anunciante la difusión de un anuncio televisivo, una pauta radial, un panel en la vía pública, un afiche, un tríptico, una comunicación dirigida al domicilio del remitente⁽²⁾, un anuncio en un diario o en una revista, un mensaje de texto dirigido a un teléfono móvil, un globo aerostático, un mensaje

(*) El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. El autor agradece especialmente a la Asociación Nacional de Anunciantes -ANDA- y a Jorge Merino Caballero, su Director Ejecutivo, debido a que ciertas reflexiones presentadas en esta entrega han germinado en diversas contribuciones a la publicación de esta asociación entre los años 2006 y 2007, gracias a su cordial invitación. Asimismo, el autor agradece a los señores Carlos Rodas Ramos, Milenko Barreto Bernuy y Carlos Carbonell Rodríguez.

(**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa en la UPC y de segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP. Profesor del curso Integración Económica y Comercial y Tratados Internacionales en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), así como del curso Derecho Empresarial en la misma casa de estudios. Profesor del curso Derecho Económico Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales y Comercio Internacional en el Instituto de Gobierno.

(1) Cfr. TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Madrid: Marcial Pons, 1996. pp. 97-120.

(2) Pese a que algún sector de la doctrina ha entendido que la publicidad es una comunicación pública, debemos precisar que esta calificación no es un elemento que caracteriza a la publicidad pues existe publicidad que es dirigida al consumidor, en sobre cerrado, al amparo del secreto de las comunicaciones privadas. Al respecto, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, ha considerado, incluso, como agravante dicha circunstancia, al apreciar que “el modo de difusión (...) constituye una circunstancia agravante en el presente caso, ya que al estar dirigido de manera personalizada a los consumidores, en formato de carta, se maximiza el efecto informativo del mensaje que contiene”. Cita textual tomada de la Resolución 032-2005/CCD-INDECOPI (consentida), emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Profuturo AFP contra Unión Vida S.A., tramitado bajo Expediente 068-2004/CCD.

En este sentido, debemos entender que cuando la doctrina refiere a la publicidad como comunicación pública, pretende referir de modo general que la publicidad se despliega frecuentemente a través de comunicaciones estandarizadas o dirigidas al público en general.

a través de correo electrónico o de correo postal, una alfombra sobre el césped en un estadio de balompié, las imágenes e información destacada que posee un envase⁽³⁾, así como cualquier otro medio capaz de dirigirse a agentes en el mercado con la finalidad de informarlos y/o persuadirlos para realizar una transacción comercial sobre determinados bienes o servicios.

Debe observarse que la publicidad es definida como “comunicación” y no como el registro, el instrumento o la vía que permite la comunicación. En este sentido, un conjunto de afiches impresos y aun no colocados a la vista de los agentes del mercado no constituye publicidad, pues aun no se ha producido el proceso de comunicación desde el emisor -anunciante hacia el receptor- destinatario comercial. Debido a ello, la regulación publicitaria no conforma un régimen jurídico personal que recae sobre los anunciantes, sino sobre la conducta concreta que consiste en comunicar mensajes comerciales a través de la publicidad. Por ello, la regulación para exigir el cumplimiento de los principios de licitud que se analizarán a lo largo de la presente entrega, no

requiere que el anunciante sea habitual. Es decir, cualquier anunciante como persona natural o persona jurídica, aunque no sea una empresa, debe cumplir con los principios de licitud que se exigen a la publicidad comercial. En este sentido, incluso, a una comunicación comercial emitida por una entidad del Estado, dado que es publicidad, le son exigibles dichos principios de licitud⁽⁴⁾.

No es publicidad comercial la propaganda, entendida esta como la comunicación dirigida para difundir doctrinas, opiniones, reclamos, exigencias sociales o los resultados de cualquier actividad no comercial, aun cuando la propaganda pueda tener como objetivo persuadir a los destinatarios de dicha comunicación para que se adhieran a una posición positiva acerca de lo que esta difunde. En este sentido, los principios de licitud que se analizarán a lo largo de esta entrega, no son aplicables a la propaganda política, a la propaganda social (cuyo objeto es promover conductas positivas en la sociedad) o a la propaganda estatal (cuyo objeto es informar sobre la actividad o los resultados de la función pública)⁽⁵⁾.

(3) La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha determinado, mediante precedente de observancia obligatoria, que “[l]a promoción de la contratación del producto anunciado puede materializarse a través del simple hecho de destacar algún elemento de la composición del producto que el anunciante considere puede ser percibido como beneficioso o ventajoso por el consumidor. Esto elimina la neutralidad o mera descriptividad del elemento resaltado, convirtiéndolo, por tanto, en parte naturalmente constitutiva de la publicidad en envase”. Cita textual tomada de la Resolución 0197-2005/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios -Aspec- contra Supermercados Santa Isabel S.A. e Industrias Pacocha S.A., tramitado bajo Expediente 112-2004/CPC.

Este precedente se encuentra en sintonía de lo señalado en el artículo 2 del Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -Decreto Supremo 20-94-ITINCI- cuando indica que publicidad en envase es “toda referencia distinta a la información propia de las normas de rotulado, y a la información técnica del producto (...)”.

(4) A los mensajes transmitidos por la publicidad comercial difundida por entidades del Estado le son aplicables las normas contenidas en el Decreto Legislativo 691 -Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor-, siendo el ente estatal responsable por el incumplimiento de los principios de licitud que exige la regulación de la publicidad comercial.

Asimismo, a la actividad publicitaria comercial del Estado le son aplicables también las normas contenidas en la Ley 28874 -Ley que regula la publicidad estatal-, no precisamente en cuanto a los efectos del mensaje transmitido sobre los destinatarios de la publicidad, sino principalmente en los aspectos previos a la difusión publicitaria, tales como: la formación de voluntad al interior del ente estatal para decidir la oportunidad y el alcance del anuncio, las obligaciones del titular del pliego, el destino del presupuesto para dicha finalidad, el impedimento de discriminar o favorecer la contratación de determinados medios para la difusión sin criterios técnicos y la transparencia en la contratación misma, entre otros. El cumplimiento de estas normas se exige a los funcionarios públicos del ente estatal y se encuentra bajo la supervisión del órgano correspondiente del Sistema Nacional de Control.

(5) El artículo 1 del Decreto Legislativo 691 -Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- que contiene los principios de licitud que regulan la publicidad comercial señala, identificando su alcance objetivo, que “[l]a publicidad comercial de bienes y servicios se rige por las normas contenidas en el presente Decreto Legislativo”. Implícitamente descarta comunicaciones distintas a la publicidad comercial. En desarrollo de esta disposición legal, el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -Decreto Supremo 20-94-ITINCI- señala que las disposiciones de dicha Ley “se restringen al ámbito de la publicidad comercial de bienes y servicios, no siendo aplicables a la propaganda política o a cualquier otra forma de comunicación carente de contenido comercial (...)”. En aplicación de lo anterior, por ejemplo, la Comisión ha considerado que “la difusión, por parte de la Municipalidad de Breña, de volantes conteniendo información respecto de una campaña que supuestamente estaría destinada a lograr la regularización en los pagos de los tributos municipales (...) no ha sido difundido para estimular una actividad concurrencial realizada por la denunciada, sino en el marco de las funciones propias de un gobierno local”. Cita textual tomada de la Resolución 048-2006/CCD-INDECOPI (consentida), emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Ever Jesús Márquez Amado contra Municipalidad Distrital de Breña, tramitado bajo Expediente 028-2006/CCD. En otro caso, consideró que determinados “avisos denunciados no configuran un supuesto de publicidad comercial, por cuanto no han sido utilizados para estimular una actividad concurrencial realizada por las denunciadas, sino para identificar los servicios de salud que brindan a los ciudadanos, en vía asistencial, en el contexto de sus funciones de gobierno local”. Cita textual tomada de la Resolución 053-2007/CCD-INDECOPI (consentida), emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Huk Vida Asociación de Consumidores contra Municipalidad de Lima Metropolitana y Sistema Metropolitano de la Solidaridad, tramitado bajo Expediente 053-2007/CCD.

Asimismo, a la propaganda difundida por entidades del Estado le son aplicables las normas contenidas en la Ley 28874 -Ley que regula la publicidad estatal- aun cuando su denominación pareciera circunscribirla únicamente al ámbito de la publicidad comercial estatal, las

1.1. Anuncio como unidad de análisis y criterios de evaluación del mensaje publicitario

Conforme hemos sostenido en otra sede, un anuncio publicitario pone a disposición del consumidor un conjunto de datos o un “paquete de información” que deberían ser comprendidos, en sí mismos, de modo natural, salvo en el caso de campañas publicitarias de intriga⁽⁶⁾. Al respecto, el Decreto Legislativo 691 (en adelante, Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor) señala que las disposiciones que contiene y que expresan los principios de licitud de la actividad publicitaria se aplican “a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros”. Esta exigencia de licitud sobre el íntegro de un anuncio, como vehículo del mensaje comercial que se transmite al consumidor, se complementa con la consideración de que “[l]os anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario”⁽⁷⁾.

Así, el análisis jurídico tiende a determinar si la publicidad -entendida como: (i) un anuncio publicitario, como unidad de comunicación publicitaria; o, (ii) una campaña, como conjunto de anuncios publicitarios con el mismo mensaje, sobre el mismo producto y emitidos por un anunciante en un mismo territorio y marco temporal- cumple con los principios de licitud que serán analizados en la presente entrega requiere considerar cuál es el mensaje que comunica, luego de una evaluación integral y superficial realizada por el destinatario de la publicidad. En este sentido, para evaluar el cumplimiento de los principios de licitud no puede asumirse que los destinatarios del mensaje

publicitario realizan análisis exhaustivos, profundos o detallados de los mensajes comerciales que reciben, tampoco que realizan análisis parciales o específicos sobre determinados elementos de un anuncio, sino sobre el íntegro del “paquete de información”.

En este sentido, será crucial, como eje del análisis integral y superficial referido, determinar: ¿Quién es el consumidor al que se refiere la ley? Al respecto, esta dice: “[l]a palabra ‘consumidor’ se refiere a cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo”⁽⁸⁾. En consecuencia, para la ley, consumidor es sinónimo de destinatario del mensaje publicitario, real o potencial, el que podría ser -como referimos previamente- un oferente o un demandante de bienes o servicios y no únicamente un consumidor final.

De esta manera, para determinar cuál es el mensaje que recibe el destinatario de la publicidad, como consecuencia de la transmisión del “paquete de información” que contiene un anuncio publicitario, la autoridad administrativa debe abstraerse y colocarse en la posición de dicho destinatario. Así, surge como una nueva necesidad de análisis el identificar las condiciones de dicho destinatario. Ello, pues la ley no indica las cualidades del destinatario de la publicidad, ni sus aptitudes como intérprete de mensajes publicitarios. En este sentido, aún cuando un destinatario puede ser experto, razonable, medio o moda⁽⁹⁾, ignorante o descuidado⁽¹⁰⁾, se debe elegir uno como categoría de análisis. Al respecto, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) y la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala), en la consideración de sus pronunciamientos, utilizan la categoría del consumidor razonable definida por

normas sustantivas que contiene también se refieren a propaganda estatal (denominadas por esta ley como publicidad institucional), tal como son las comunicaciones dirigidas a promover conductas que consistan en el pago de tributos, a preservar el medioambiente o el ahorro de energía eléctrica, entre otras conductas de relevancia social.

(6) Cfr. STUCCHI, Pierino. *El principio de veracidad publicitaria y la prohibición de inducir a error al consumidor a través de la publicidad*. En: ESPINOZA, Juan y Pierino STUCCHI (coordinadores). *Normas de la Publicidad*. Lima: Rodhas, 2006. pp. 113 y 114.

(7) Citas textuales tomadas del Artículo 2 del Decreto Legislativo 691 -Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(8) Citas textuales tomadas del Artículo 1 del Decreto Legislativo 691 -Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(9) Al respecto, hemos reflexionado en otra sede: “¿El consumidor medio es el que se revela de los resultados de un estudio demoscópico? ¿El consumidor medio se revela de la ‘moda’ estadística de una encuesta de opinión sobre como entendieron los destinatarios un mensaje publicitario? La respuesta es sí, a ambas preguntas, en alguna medida. Recordemos que la publicidad transmite un ‘paquete de información’ y sobre ese paquete podrán existir diferentes percepciones”, siendo la moda estadística “el dato que en una muestra estadística determinada cuenta con mayor frecuencia, es decir es el dato que aparece mayoritariamente en un conjunto de evidencia fáctica”. Citas textuales tomadas de STUCCHI, Pierino. *Op. cit.*; p. 118.

(10) Tal como hemos sostenido en otra entrega: “El consumidor experto es aquel que conoce un producto determinado en un nivel que supera el nivel de conocimiento que sobre este tiene un consumidor o usuario común. El consumidor experto conoce datos que ignora la mayoría, sea porque la utilización o conocimiento de dicho producto son parte de su actividad profesional, económica, o porque dicho producto pertenece al ámbito de su interés personal, como *hobbie* o por cualquier otra razón. (...) El consumidor razonable es definido como aquel consumidor que, sin contar con un nivel especial de conocimiento, mantiene una actitud diligente a efectos de elegir de entre todas las ofertas posibles, aquella que satisfaga del mejor modo posible sus necesidades. (...) El consumidor medio debería reflejar el estándar real en el mercado. (...) representa, en la realidad, al destinatario de la protección que el ordenamiento jurídico prevé (...) no es negligente ni descuidado, sino que es “normalmente” cuidadoso y precavido(...). El consumidor ignorante es aquel que no cuenta con las herramientas cognitivas ni conceptuales para entender en su integridad un ‘paquete de información’ por ello es más susceptible que se vea inducido a error dado que puede interpretar erróneamente un mensaje, con independencia de si el mensaje es erróneo”. Citas textuales tomadas de STUCCHI, Pierino. *Op. cit.*; pp. 115-119.

los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad emitidos por la Comisión. Los consumidores razonables son definidos como “los que antes de tomar decisiones de consumo, adoptan precauciones comúnmente razonables y se informan adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecen los proveedores”. Dichos lineamientos señalan también que “[e]l consumidor razonable actúa en el mercado con la diligencia ordinaria con que se desenvuelve en la vida diaria, juzgando la información a la cual tiene acceso, principalmente a partir de su experiencia, atendiendo al significado usual de las palabras, frases y oraciones, prefiriendo, de varias interpretaciones posibles, aquella que surge naturalmente a sus ojos”⁽¹¹⁾.

1.2. Tipos de publicidad

Habiendo tomado debida cuenta de qué es la publicidad y cuáles son los criterios de análisis sobre el mensaje que transmiten los anuncios como unidades publicitarias y las campañas publicitarias como conjunto de anuncios, corresponde ahondar en los diversos tipos de comunicaciones publicitarias que las disposiciones vigentes, la doctrina y la jurisprudencia administrativa han identificado. Sobre esta tipología, con relevancia jurídica, desarrollaremos posteriormente el alcance de los principios de licitud.

1.2.1. Conforme permite la identificación del producto anunciado: publicidad directa y publicidad indirecta

Una de las características clásicas de una comunicación publicitaria es que esta identifica expresamente la identidad del bien o servicio anunciado, pudiendo o no identificar al anunciante, productor o comercializador de los mismos. La identificación del bien o servicio anunciado puede producirse aludiendo a la denominación específica o marca del producto, así como presentando la imagen de su envase o apariencia física, concurrente o alternativamente.

Por ejemplo, en un anuncio que publicita un automóvil para su adquisición, lo frecuente es que uno pueda conocer la marca que distingue al automóvil como oferta, tal como serían Toyota, Chevrolet o Peugeot, entre otros, y/o la denominación del modelo, tal como serían Corolla, Astra o 306, respectivamente. Esta es la publicidad directa, la que

alude e identifica expresamente el bien o servicio anunciado.

A diferencia de la publicidad directa, la publicidad indirecta no identifica expresamente la identidad del bien o servicio anunciado, aun cuando podría identificarse al anunciante, sea este el productor o el comercializador de estos. La publicidad indirecta no presenta la denominación, la marca o los signos principales que identifican al producto. Sin embargo, mediante ciertos signos o denominaciones -apreciadas de modo conjunto en determinado anuncio- capaz de transmitir al destinatario del mensaje publicitario, de modo implícito o derivado, la identidad del producto anunciado. Ello, debido a que la publicidad indirecta entrega al destinatario de su comunicación pistas suficientes para que este tenga medios de identificar, posteriormente, el producto anunciado, como consecuencia de una elucubración o razonamiento propio.

Estos tipos de publicidad, directa e indirecta, no son referidos ni definidos por la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Sin embargo, en un reciente pronunciamiento, la Comisión consideró que “[l]a publicidad directa es aquella que, al ser percibida por el consumidor al que va dirigido el mensaje publicitario y como consecuencia de una apreciación integral y superficial, le permite a este conocer instantáneamente, por la decodificación inmediata de los signos que percibe, la identidad del bien o el servicio cuya adquisición o contratación se desea fomentar”. Asimismo, indicó que “[l]a publicidad indirecta es aquella que utiliza signos o imágenes distintivas que sirven como intermediarios que sugieren al consumidor destinatario del mensaje publicitario -como consecuencia de una apreciación integral y superficial-, la identidad del producto promocionado pese a que este o los signos que lo identifican plenamente no son presentados de manera completa o explícita”⁽¹²⁾.

1.2.2. Conforme presenta productos propios o ajenos: publicidad simple y publicidad alusiva

La publicidad simple es la más común, pues es aquella que presenta bienes o servicios sobre los cuales el anunciante desea realizar transacciones. Cuando un oferente de bienes o servicios difunde publicidad simple, esta se refiere siempre a la oferta propia y no a la oferta ajena.

(11) Citas textuales tomadas de los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, aprobados mediante Resolución 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

(12) Citas textuales tomadas de la Resolución 001-2007/CCD-INDECOPI, emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio y denuncia de Unimed del Perú S.A. contra Productos Roche Q.F.S.A., tramitado bajo Expedientes 180-2005/CCD y 027-2006/CCD (acumulados). Las citas textuales presentadas conforman un precedente de observancia obligatoria establecido en primera instancia por la Comisión. Sin embargo, a la fecha, esta resolución se encuentra en revisión por la Sala como consecuencia de su impugnación por la empresa denunciada.

A diferencia de la publicidad simple, 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⁽¹³⁾. Esta alusión, persigue, en la mayoría de los casos comunicar algún mensaje al destinatario de la publicidad que persiga colocar al anunciante o a su producto en una mejor posición que la que tenía en un momento previo a la difusión del anuncio publicitario de que se trate. En este sentido, en aplicación de un principio de eficacia, toda alusión a un producto ajeno -a través de la exhibición de la denominación o marca que lo distingue o presentando su envase o imagen- tiene por objeto mejorar la posición de un producto propio. Dos de los tipos más conocidos de publicidad alusiva son la publicidad adhesiva y la publicidad comparativa.

1.2.2.1. Publicidad adhesiva

La publicidad alusiva del tipo adhesiva se refiere a un bien o servicio propio y además a uno ajeno con la finalidad de comunicar una equiparación de productos. Es decir con la finalidad de informar a los consumidores que determinados bienes o servicios -los propios- comparten determinadas características o atributos con otros -los ajenos o los que corresponden a otro concurrente.

El objetivo de la publicidad adhesiva es comunicar al consumidor la existencia de un producto que comparte la capacidad de satisfacer determinadas necesidades, tal como lo hace otro. Se persigue, por ejemplo, informar al demandante de bienes o servicios que existen otras ofertas en el mercado capaces de proveer la satisfacción de las necesidades que otros productos permiten, mediante una vía que le permite llegar a menor costo al consumidor, pues para definir un producto propio lo remite al conocimiento que este tiene sobre otro.

Es el caso, por ejemplo, de un anuncio dirigido a estimular la venta de una bebida gaseosa del tipo cola negra, denominada X-Cola en el que se refiere que la bebida anunciada tiene un sabor idéntico al de Coca Cola. Con esta alusión no objetiva -dado que la identidad de un sabor o sus características dependen de la percepción de cada individuo⁽¹⁴⁾-, al producto anunciado se le adhiere una

“en ningún caso, la falta de voluntad o conciencia sobre la realización de infracción será causa para evitar responsabilidad”.

característica conocida de otro, tal como es el sabor de Coca Cola, el que podría ser identificado en su escenario subjetivo por cada destinatario de la publicidad. El anunciante se ahorra palabras, imágenes y recursos de inversión, pues dicha información generará sobre el consumidor una expectativa inmediata respecto de un atributo de sabor si decide adquirir X-Cola. Al respecto, en coincidencia, la Sala como autoridad administrativa ha reconocido que “[l]a publicidad adhesiva es aquella modalidad publicitaria en la que el anunciante equipara la oferta propia con la oferta ajena”⁽¹⁵⁾.

La equiparación que genera el efecto adhesivo podría ser también objetiva en caso de que se refiriera en publicidad, por ejemplo, que el arroz embolsado “Y” ha sido cosechado en los mismos valles en que fue cosechado el arroz de marca el Norteño. Con esta alusión objetiva -dado que dicha cosecha podría ser probada por el anunciante- al producto anunciado se le adhiere una característica que podría ser conocida o valorada en otro producto, tal como lo sería el origen.

Cabe señalar que la adhesión publicitaria toma diversas formas, pues la creatividad y las estrategias de mercadotecnia no limitan sus manifestaciones, pero se debe mencionar -sin ánimo de agotar su tipología- que puede manifestarse sobre un producto ante otro producto, sobre un producto ante un género de productos o sobre un género de productos ante otro, entre diversas otras combinaciones posibles.

1.2.2.2. Publicidad comparativa

La publicidad comparativa es aquella en la que el anunciante presenta una confrontación entre productos, siempre que, en este contexto: (i) se identifique o sea posible identificar indubitavelmente a un producto ajeno; y, (ii) dicha comparación tenga

- (13) La Sala ha determinado, mediante precedente de observancia obligatoria, que “[e]n todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace la posibilidad de generar un daño a este”. Cita textual tomada del precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución 0347-2006/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Telefónica del Perú S.A.A. contra Mactel Electrónica E.I.R.L., tramitado bajo Expediente 114-2004/CCD.
- (14) Caso distinto es uno en el que se agreguen las percepciones y se refiera que el 100% de un universo de encuestados, bajo una metodología seria, sin identificación previa de productos, consideraron el sabor de un producto como idéntico al sabor de otro. Esta afirmación sería objetiva respecto del universo que se predica y sería válida para universos mayores si hubiera sido obtenida a través de una metodología probabilística, bajo el rigor estadístico correspondiente.
- (15) Cita textual tomada de la Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI, emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A., tramitado bajo Expediente 051-2002/CCD.

como efecto resaltar las ventajas del producto del anunciante por sobre las características del producto ajeno mostrado o referido. Al respecto, en el mismo sentido, en otras palabras, la Sala como autoridad administrativa ha establecido mediante precedente de observancia obligatoria que “[l]a publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora”⁽¹⁶⁾.

Por ejemplo si en los ejemplos referidos previamente para identificar las características de la publicidad adhesiva encontramos que: (i) en el caso del anuncio de X-Cola en el que se refiere que la bebida anunciada tiene un sabor idéntico al de Coca Cola, además se refiere que X-Cola tiene menos calorías; y, (ii) en el caso del anuncio del arroz embolsado “Y” en el que se informa que este ha sido cosechado en los mismos valles en que fue cosechado el arroz el Norteño, además se refiere que arroz embolsado “Y” tiene un menor precio.

Estos dos ejemplos ampliados son publicidad comparativa pues se identifica indubitablemente a un producto ajeno: Coca Cola y arroz el Norteño, respectivamente; y, dicha comparación tiene como efecto resaltar las ventajas de los productos del anunciante: Cola-X al tener menos calorías y arroz embolsado “Y” al tener un menor precio, respectivamente, características que se suponen positivas ante el consumidor y que no tendrían los productos confrontados pero sí los anunciados.

¿La publicidad debe dar una impresión de conjunto sobre los productos comparados? ¿O debe comparar la mayoría de aspectos relevantes sobre los productos que confronta para ser catalogada como publicidad comparativa? Nuestra respuesta es no a ambas preguntas. La publicidad no debe ser exhaustiva o específica sobre los aspectos comparados para ser tal, basta que existan los elementos antes referidos. Es decir, que: (i) se identifique o sea posible identificar indubitablemente a un producto ajeno; y, (ii) dicha comparación tenga como efecto resaltar las ventajas del producto del anunciante por sobre las características del producto ajeno mostrado o referido. Lo que sí puede ocurrir es que, a causa de una comparación metodológicamente absurda, segada o que no corresponda con la realidad de lo que es un producto en su integridad, se considere que un anuncio publicitario comparativo ha infringido alguno de los

principios de licitud que exigen la regulación publicitaria.

¿Existe algún componente adhesivo en la publicidad comparativa? Nuestra respuesta es sí. Siempre. El primer elemento necesario para comparar un producto con otro es haberlos equiparado expresa o implícitamente. Por ello será absolutamente improbable que veamos en publicidad comparativa la confrontación de un *yogurt* ante un servicio de *manicure* o de un servicio de seguridad con un automóvil. Estos productos no tienen literalmente “punto de comparación” pues no tienen algún elemento común, salvo la existencia misma y que son objetos en el comercio. Así, la adhesión que implica la publicidad comparativa puede encontrarse, entre otros, en: (i) la naturaleza, características o apariencia de producto, por ejemplo en la comparación que se puede realizar sobre un automóvil sedán ante otro, al referir que uno es más rendidor en combustible, cuando luego se confronta y refiere que se han equiparado evidentemente como automóviles sedán; (ii) la funcionalidad del producto, por ejemplo en la comparación que se puede realizar sobre el transporte que me permite un automóvil sedán ante una moto, luego de que se han equiparado implícitamente como medios de transporte, cuando luego se confronta y refiere que el traslado es menos riesgoso en el primero que en la segunda; o, también por ejemplo en la comparación que se puede realizar sobre la comunicación que me permite un teléfono móvil ante un teléfono fijo, luego de que se han equiparado implícitamente como medios de comunicación, cuando luego se confronta y refiere que el primero permite desarrollar un traslado físico mientras que se desarrolla la comunicación y el segundo no; o, (iii) la sustituibilidad de un producto respecto de otro por satisfacer la misma necesidad, por ejemplo la comparación que se puede realizar sobre la eliminación de la sed que me permite un refresco ante una bebida gaseosa, luego de que se han equiparado implícitamente como bienes capaces de hidratar, cuando luego se confronta y refiere que el primer traslado permite ello a menor precio que la segunda.

Cabe referir también que hay quienes han sostenido que incluso en la publicidad simple subyace una vocación comparativa debido a que el destinatario del mensaje compara naturalmente, en su entendimiento, la oferta anunciada con las demás ofertas que idénticas, similares o sustitutas son capaces de satisfacer la misma necesidad. De hecho, resulta razonable sostener que un agente en el mercado, bajo la premisa de que este es un

(16) Cita textual tomada de la Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI, emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A., tramitado bajo Expediente 051-2002/CCD.

maximizador de beneficios, siempre compara las opciones para satisfacer sus necesidades al menor costo posible. Sin embargo, este argumento no es capaz de diluir la diferencia en la composición y estructura del mensaje que se transmite al consumidor en publicidad simple y en publicidad comparativa. Los procesos mentales o conclusiones del consumidor luego de recibir el mensaje publicitario no son parte del mensaje publicitario, son su efecto únicamente.

1.3. Publicidad encubierta y publicidad subliminal

Ambos tipos de publicidad guardan coincidencia en que el consumidor no identifica que se encuentra ante ni que recibe un mensaje publicitario. En el caso de la publicidad encubierta -o también llamada disfrazada- el consumidor percibe y considera que se encuentra ante una noticia, un reportaje, una opinión, un editorial o una nota que corresponde al medio de comunicación como parte de su contenido no publicitario. El mensaje que se transmite al destinatario de la publicidad, bajo una forma encubierta, es recibido conscientemente bajo la creencia de que se trata de una opinión periodística o un dato informativo. Dicho mensaje es reconocido como tal pero no identificado como comercial. Por ejemplo, sería publicidad encubierta un anuncio que tuviera forma de noticia y que pese a resaltar las características y atributos de un bien o un servicio, por encargo de la empresa que los ofrece en el mercado, no pudiera ser reconocido por el consumidor como emitido con fines comerciales debido a su disfraz noticioso.

Por su parte, la publicidad subliminal, a diferencia de la encubierta, no es percibida siquiera conscientemente por el destinatario del mensaje publicitario, sino que se pretende comunicar esta a través de una vía no perceptible, aparentemente por los sentidos. La ejemplificación clásica de la publicidad subliminal es aquella que se puede transmitir con parpadeos audiovisuales, al interior de una película o programa, en el que se refleja la denominación del producto anunciado y/o una exhortación a su consumo. Dicho estímulo sensorial, de índole visual, no registrado por el consciente, sería sí capaz de estimular una conducta de consumo desde el inconsciente que sí decodifica el mensaje comercial⁽¹⁷⁾.

Al respecto, en reciente pronunciamiento, la Comisión consideró que la publicidad encubierta o

disfrazada es aquella “no reconocida como tal por los consumidores, por encontrarse oculta bajo la apariencia de noticias, opiniones o material recreativo, sin presentarse de tal forma que sea reconocible como anuncio”; mientras que la publicidad subliminal es “aquella comunicación pública -no percibida conscientemente por su velocidad, brevedad o debilidad- que persigue fomentar en los consumidores, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios”⁽¹⁸⁾.

2. Los principios de licitud exigidos a la actividad publicitaria

Los principios que a continuación se analizan no tienen una determinación legislativa en cuanto a su nomenclatura. Sin embargo, la jurisprudencia administrativa, en aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, permite decantar su configuración al aplicar dichas normas sobre casos concretos.

2.1. El principio de autenticidad

El principio de autenticidad publicitaria exige que los anunciantes y los medios de comunicación presenten los anuncios publicitarios de una manera tal que puedan ser reconocidos como publicidad por los destinatarios de esta. Este principio plantea una exigencia sobre el modo de transmitir el mensaje, pues este debe ser evidentemente percibido como un mensaje comercial. La exigencia de autenticidad en la actividad publicitaria exige que el consumidor sea capaz de conocer la naturaleza publicitaria de todo mensaje que se le transmite con la finalidad de motivarlo a realizar una transacción o un acto de consumo.

Expresando el principio de autenticidad, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor ordena que “los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión”⁽¹⁹⁾.

2.1.1. La prohibición de la publicidad encubierta

Asimismo, en el principio de autenticidad, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor especifica que “cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias,

(17) Cabe señalar, como referencia, que el artículo 7 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, de España define textualmente: “(...) será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida”.

(18) Citas textuales tomadas de la Resolución 001-2007/CCD-INDECOPI, emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio y denuncia de Unimed del Perú S.A. contra Productos Roche Q.F.S.A., tramitado bajo Expedientes 180-2005/CCD y 027-2006/CCD (acumulados). Las citas textuales presentadas conforman un precedente de observancia obligatoria establecido en primera instancia por la Comisión. Sin embargo, a la fecha, esta resolución se encuentra en revisión por la Sala como consecuencia de su impugnación por la empresa denunciada.

(19) Cita textual tomada del artículo 6 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

opiniones, o material recreativo, se presentará de tal forma que sea reconocible como anuncio⁽²⁰⁾.

Esta exigencia del principio de autenticidad presume tácitamente que el destinatario de una comunicación tiene una actitud menos receptiva ante la información que recibe de una empresa anunciante -cuyo objetivo es motivarle a realizar una transacción en favor de su actividad comercial- y actitud más receptiva ante la información que recibe de un tercero como lo es un periodista, comentarista o reportero de un medio de comunicación. Se asume que el consumidor considera que la información que emite un medio de comunicación, generalmente es producto de una previa labor de análisis o de investigación periodística que contrasta fuentes. En este sentido, ante un anuncio publicitario un consumidor puede mantener ciertas reservas naturales sobre el mensaje que recibe, mientras que ante una opinión periodística o una información noticiosa puede ser menos reservado, más crédulo y menos crítico si es que confía en la credibilidad del medio de comunicación.

Como señalamos en el punto correspondiente, la publicidad encubierta -o también llamada disfrazada- es aquella sobre la que un consumidor percibe y considera que se encuentra ante una noticia, un reportaje, una opinión, una editorial o una nota que corresponde al medio de comunicación como parte de su contenido no publicitario. Este tipo de publicidad se encuentra absolutamente prohibido pues no es claramente distinguible como publicidad tal por el destinatario del mensaje comercial.

Al respecto, la Sala ha establecido que se sanciona al anunciante y al medio de comunicación por la difusión de publicidad encubierta: (i) si se encuentra ubicada en "páginas, columnas o espacios informativos característicos del medio de comunicación (...) con similar formato, diseño, caracteres tipográficos, estructura y/o extensión que las notas periodísticas, programas radiales o televisivos, reportajes o entrevistas características del medio de comunicación"⁽²¹⁾; y, (ii) si se considera que su efecto de persuasión sobre el consumidor fue distinto que el que hubiera tenido, si el mismo mensaje hubiera sido presentado como un anuncio publicitario claramente distinguible.

Además de lo anterior, para proceder a aplicar una sanción por la difusión de publicidad encubierta, siempre será necesario que el Indecopi logre verificar que la publicidad encubierta fue difundida: (i) por orden o pedido del anunciante; o, (ii) por causa de un pago al medio de comunicación; o, (iii) con conocimiento y voluntad de dicho medio para efectuar publicidad encubierta. Para ello, la Comisión y la Sala como autoridad de competencia, se valen no solamente de pruebas directas sino de la evaluación de indicios que, en conjunto, pueden revelar la ocurrencia de alguna de las tres situaciones antes descritas.

2.1.2. ¿Los publirreportajes se encuentran permitidos?

Sí, siempre y cuando, pese a resultar similares a las noticias, informes o reportajes periodísticos de determinado medio de comunicación, se coloque en ellos textualmente el término: "publirreportaje" o "anuncio contratado" con el mismo tipo y dimensión de la letra utilizada en la presentación del texto principal⁽²²⁾.

Esta regla permite a los anunciantes desarrollar licencias creativas en el formato de sus anuncios, de manera que puedan presentarlos bajo un formato similar a las noticias o reportajes, cuidando siempre que el destinatario de la publicidad sea capaz de identificar claramente que se encuentra frente a un anuncio publicitario y pueda, en consecuencia, valorarlo como tal según su propio criterio⁽²³⁾.

2.1.3. El fenómeno de la *publicity*

La prohibición de difundir publicidad encubierta no implica que una empresa no pueda organizar válidamente eventos, concursos, programas de ayuda social, foros o cualquier tipo de actividades, de índole comercial o no, que sean capaces de convocar la atención de la prensa y que, en consecuencia genere la cobertura y difusión periodística que corresponda.

De hecho, actualmente, parte de la estrategia integral de comunicación permitida para el posicionamiento de empresas y productos en la mente de los consumidores involucra no solamente la actividad publicitaria (generación de mensajes publicitarios por cuenta del anunciante), sino además

(20) Cita textual tomada del artículo 6 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(21) Cita textual tomada de la Resolución 289-97-TDC, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio contra Editorial Letras e Imágenes S.A., tramitado bajo Expediente 043-97-CCD que constituye un precedente de observancia obligatoria en materia del principio de autenticidad.

(22) Cfr. Artículo 7 del Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -Decreto Supremo 20-94-ITINCI.

(23) Una exigencia adicional que se suele entender como parte del principio de autenticidad se presenta cuando el anunciante contrata los servicios de una agencia de publicidad o publicitario. En cada anuncio elaborado debe figurar el nombre del publicitario (si fuera persona natural) o la denominación de la agencia publicitaria correspondiente (si fuera persona jurídica). En todo caso, como alternativa, a la colocación del nombre o la denominación antes referida, se puede consignar el logotipo o cualquier otro signo que sea capaz de identificar claramente al publicitario o a la agencia de publicidad.

la *publicity* (generación de información que es cubierta por la prensa respecto de las actividades o pronunciamientos corporativos, comerciales o altruistas de una empresa). La *publicity* no estará prohibida ni será sancionable, siempre que se mantenga en el cumplimiento de lo que hemos definido como el principio de autenticidad.

2.1.4. La prohibición de la publicidad subliminal

La Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor no refiere ni prohíbe expresamente a la publicidad subliminal⁽²⁴⁾. Sin embargo, en nuestra opinión, esta se encuentra prohibida absolutamente, de modo implícito, por el principio de autenticidad. Ello, pues la publicidad subliminal es una forma publicitaria que no es reconocida claramente como tal.

Como habíamos definido previamente, la publicidad subliminal no es percibida conscientemente por el destinatario del mensaje publicitario, sino que comunica su mensaje comercial a través de una vía no perceptible, aparentemente por los sentidos, lo que no permite en caso alguno que un destinatario del mensaje comercial pueda distinguir a la publicidad subliminal claramente como publicidad pues ni siquiera puede percibirla claramente como una comunicación que se le transmite.

En el mismo sentido, la Comisión ha considerado que “[e]n nuestro país, el artículo 6 del Decreto Legislativo 691 -Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- (...) sin aludir expresamente a la publicidad comercial subliminal, también la considera ilícita en todos los casos y la prohíbe bajo una regla general, al exigir a todo anunciante o medio de comunicación social que los anuncios publicitarios se distingan claramente como tales. Esta disposición determina como un ilícito comunicarle al consumidor un mensaje publicitario sin que este pueda percibirlo conscientemente”⁽²⁵⁾.

2.2. El principio de veracidad

Este principio, a diferencia del principio de autenticidad no prohíbe ninguna de las formas de publicidad presentadas en los primeros puntos de esta entrega. Se concentra más bien en el contenido del mensaje que transmite la publicidad, a fin de evitar que esta sea capaz de inducir a error sobre lo ofrecido al destinatario. En consecuencia el principio de veracidad es aplicable y exigible a la publicidad

directa e indirecta, así como a la publicidad simple y alusiva, especialmente a esta última en su forma de publicidad comparativa.

Ha quedado claro que además de ser un instrumento persuasivo, la publicidad cumple con ser un instrumento de información en el mercado. En este sentido, si una empresa anunciante es oferente en el mercado, a través de la publicidad, procurará transmitir al demandante de bienes o servicios aquellos datos que considere que destacan su oferta sobre otras similares o competidoras. Es lógico que, en una economía de mercado, una empresa que es oferente intente presentar a su producto como aquel que genera, para quien lo adquiere, mayores beneficios al menor costo. Para tal efecto, el anunciante podrá referir en su publicidad las características, el precio, la calidad y las condiciones de venta del producto anunciado, entre otros.

El principio de veracidad expresado legislativamente por la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor indica que “los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor”⁽²⁶⁾. Como se aprecia, basta el efecto potencial para que se configure una inobservancia del principio de veracidad.

2.2.1. Aplicación sobre datos objetivos

En la regulación de la actividad publicitaria, el cumplimiento del principio de veracidad exige que el mensaje publicitario no sea capaz de inducir a error al destinatario del mismo, respecto de la oferta anunciada. Este destinatario del mensaje comercial se entiende que es un sujeto razonable, como se ha comentado, y que realiza un análisis integral y superficial del contenido de la publicidad.

El principio de veracidad recae únicamente sobre aquellas afirmaciones o imágenes que son capaces de comunicar datos verificables, mensurables o comprobables. Este principio, en consecuencia, recae únicamente sobre atribuciones objetivas respecto de alguno de los aspectos de la oferta o transacción que se presenta en publicidad. Por esta razón exige que el anunciante sea siempre capaz de probar los datos objetivos que presenta su mensaje.

Por ejemplo, un anuncio publicitario presenta datos verificables, mensurables o comprobables cuando se presentan afirmaciones que indican que un

(24) Cabe señalar, como referencia, que el artículo 3 de la Ley 34/1988, General de Publicidad, de España prohíbe expresamente la publicidad subliminal al señalarla como ilícita.

(25) Cita textual tomada de la Resolución 001-2007/CCD-INDECOPI, emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio y denuncia de Unimed del Perú S.A. contra Productos Roche Q.F.S.A., tramitado bajo Expedientes 180-2005/CCD y 027-2006/CCD (acumulados). La cita textual presentada forma parte de las consideraciones de un precedente de observancia obligatoria establecido en primera instancia por la Comisión. Sin embargo, a la fecha, esta resolución se encuentra en revisión por la Sala como consecuencia de su impugnación por la empresa denunciada.

(26) Cita textual tomada del artículo 4 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

vehículo es de procedencia francesa, que una entidad financiera presta servicios financieros desde hace más de noventa años o que el precio de venta al público de un ordenador portátil es de dos mil dólares americanos. Asimismo, un anuncio publicitario presenta datos verificables, mensurables o comprobables cuando presenta la imagen de cuatro estrellas para promocionar los servicios de hotelería que una empresa presta en el mercado o cuando presenta la imagen de un determinado modelo de bus para promocionar los servicios de transporte interprovincial de pasajeros. En estos casos, el destinatario de la publicidad espera encontrar, en la realidad, aquello que las imágenes atribuyen a la oferta.

2.2.1.1. *¿En qué momento debe ser capaz el anunciante de probar la veracidad de sus afirmaciones publicitarias?*

Luego de la difusión del anuncio, en cualquier momento en que la Comisión como autoridad administrativa lo requiera, sea por la supervisión de oficio que realiza sobre el mercado; o, por denuncia de otro agente en el mercado, una asociación de consumidores o un consumidor individual. El anunciante debe presentar, sin dilación, pruebas idóneas para acreditar afirmaciones o imágenes de carácter verificable, mensurable o comprobable, es decir objetivas. Ello implica, tácitamente, que el anunciante debe poseer dichas pruebas con anterioridad a la difusión del anuncio y no pretender realizarlas al momento mismo en que le son requeridas.

Bajo esta exigencia, por ejemplo, la presentación en publicidad de los efectos positivos que determinado tratamiento puede producir sobre la obesidad de una persona, ofreciendo promedios de reducción de kilogramos, sin ejercicios y sin dietas, debe encontrar respaldo en pruebas imparciales, fehacientes y bajo metodologías científicas en poder del anunciante. La acreditación de afirmaciones como las señaladas no puede respaldarse en teorías o en inferencias.

2.2.1.2. *¿Con qué debe contar un testimonio para ser válido?*

La presentación del testimonio de una persona en publicidad es un recurso que el

anunciante tiene a su disposición. Un testimonio será válido siempre que: (i) sea auténtico, es decir que se cuente con pruebas que acrediten la veracidad de lo afirmado objetivamente por el testigo; (ii) sea relacionado con una experiencia reciente, es decir que se refiera a una ocurrencia de hechos en los que el testigo ha participado directamente, en tiempo cercano; y, (iii) sea autorizado por escrito, es decir expresa y textualmente, bajo registro documental, por el testigo⁽²⁷⁾.

Para que un testimonio cumpla con la exigencia del principio de veracidad, se deberá tener especial cuidado en que el testigo testifique solamente aquello que pueda ser acreditado efectivamente. Se debe evitar, por ejemplo, que un testigo declare que fue curado de una enfermedad por determinado tratamiento cuando no se tienen pruebas sobre su actual estado de salud y además de la existencia de su pasado estado clínico, de modo tal que no sería posible acreditar dicha curación por efecto del tratamiento anunciado⁽²⁸⁾.

2.2.2. La prohibición de omitir información relevante

A efectos de salvaguardar el derecho de información que corresponde al consumidor, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor indica, como citamos antes, que “los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que (...) por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error (...) [l]os anuncios de productos peligrosos deberán prevenir a los consumidores contra los correspondientes riesgos”⁽²⁹⁾.

En interpretación de esta disposición, la Sala consideró en el año 2004 un precedente de observancia obligatoria señalando como necesario que cada pieza publicitaria presente, de manera clara efectiva y comprensible: “las advertencias, riesgos previsibles, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastando la sola indicación de su existencia sino que debe mencionarse expresamente en qué consisten”⁽³⁰⁾. Sin embargo, actualmente la Sala con una conformación de miembros diferente a la que aprobó dicho precedente, ha enviado un primer mensaje al mercado y a la comunidad jurídica, al señalarse en

(27) Cfr. Artículo 5 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(28) En un caso como el descrito, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que “para que el uso de estos testimonios en la publicidad sea lícito, no basta con acreditar su existencia a través de la autorización de la persona que lo brinda, sino que se requerirá que el anunciante cuente previamente con los estudios y pruebas documentales necesarias que respalden el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en él (...)”. Cita textual tomada de la Resolución 0338-2006/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio y por denuncia de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios -Aspec- contra Instituto Científico Naturista S.A.C. y el Sr. Víctor Julián Medina Peña, tramitado bajo Expedientes 027-2005/CCD, 030-2005/CCD y 067-2005/CCD (acumulados).

(29) Cita textual tomada del artículo 4 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(30) Cita textual tomada de la Resolución 0901-2004/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia del Sr. Robert Aguilar Rivas contra Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C., tramitado bajo Expediente 107-2003/CCD.

un voto singular que “las exigencias normativas de consignar necesariamente en todo tipo de anuncios publicitarios información sobre las principales advertencias y precauciones para el uso de estos bienes (...) encarecen los costos de la actividad publicitaria comercial y, de manera indirecta, los costos de transacción en el mercado. (...) generan desincentivos a la actividad publicitaria; la misma que constituye en general un mecanismo importante de transmisión de información a los consumidores”⁽³¹⁾.

Este es uno de los temas más controvertidos de la aplicación del principio de veracidad. Pese a quedar claro que no se puede omitir información relevante en la publicidad, lo difícil es determinar cuál es el límite entre la información relevante y la información no relevante. Es decir, qué debe estar obligatoriamente en un anuncio y qué no. Naturalmente, cada caso concreto trae un análisis concreto y una respuesta particular, más aún cuando el proceso jurisprudencial para lograr determinar la compatibilidad entre el derecho de información de los destinatarios de la publicidad y la libre iniciativa privada es constante.

En todo caso, queda sumamente claro que el principio de veracidad no solo tiene por finalidad impedir el engaño directo o indirecto al consumidor, sino aquel que puede producirse por omisión de información relevante. Es decir, por la omisión de aquella información que limita o condiciona los beneficios de la oferta que se presenta en publicidad y que puede ser determinante para que el consumidor decida su acto de consumo. En esta línea de claridad, el objetivo es evitar que se presenten situaciones tales como que un consumidor, por ejemplo, motivado por un anuncio o campaña publicitaria, se presente en un establecimiento para adquirir una oferta anunciada sobre pasajes aéreos a un precio rebajado, encontrándose en dicho lugar con que el precio rebajado solamente aplica si se adquieren tres o más pasajes; o, que el consumidor consuma, durante el día, un servicio anunciado de llamadas de larga distancia que se le ofrecen en publicidad a tarifa reducida y que se entere luego, con la facturación, que dicha tarifa solamente aplicaba en horario nocturno⁽³²⁾.

2.2.3. Los alcances del principio de veracidad en la publicidad comparativa

Todo lo que se ha referido anteriormente sobre el principio de veracidad se aplica a todos los tipos de publicidad que no se encuentran prohibidos. Sin embargo, cabe realizar algunas precisiones sobre la aplicación de este principio en publicidad comparativa pues, en algunos casos puede tomar algunos contornos singulares. En este sentido, incluso, cuando es obvio que a la publicidad comparativa se aplican todos los principios, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor ha querido dejar expresamente sentado que “[e]s lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores (...)”⁽³³⁾.

El cumplimiento del principio de veracidad en la publicidad comparativa requiere de la máxima atención del anunciante, pues una afirmación que en publicidad general puede considerarse como no verificable, subjetiva o estimativa, en publicidad comparativa -como consecuencia de la apreciación integral del mensaje publicitario- puede convertirse en una frase cuya veracidad debe ser acreditada.

Por ejemplo, en la publicidad de un producto “Equis”, predicar sobre este una afirmación general como “el de mejor calidad”, en principio, no comunicaría al consumidor un mensaje cuya veracidad se deba acreditar. Esta afirmación podría ser apreciada en el contexto de publicidad simple como subjetiva o estimativa, básicamente persuasiva, pero no como objetiva. En cambio, esta misma afirmación predicada sobre el producto “Equis” en un contexto de publicidad comparativa con el producto “Beta” de su competidor, podría sugerir al consumidor que la atribución “el de mejor calidad” sugiere que el producto “Equis” cumple con poseer mayor calidad que el producto “Beta” y que ello debería ser acreditado con algún estudio o prueba empírica que -sobre la base de parámetros objetivos y ejecutada por un tercero imparcial- presente alguna evidencia suficiente al respecto.

En todo caso, cuando se presente un cuestionamiento a un anuncio o campaña publicitaria de naturaleza comparativa, en cada caso concreto, la

(31) Cita textual tomada del voto singular del Sr. Luis José Diez Canseco Núñez en la Resolución 0545-2007/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio contra Novartis Biosciencias Perú S.A., tramitado bajo Expediente N° 093-2006/CCD.

(32) Asimismo, cabe indicar que en particular, la publicidad de promociones debe siempre indicar el número de unidades de productos disponibles y la duración de las mismas, conforme lo especifica el artículo 11 del Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -Decreto Supremo 20-94-ITINCI. El artículo 4 del Decreto Legislativo 691 -Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor- exige además que siempre que se anuncie precios se deberán presentar los precios totales incluyendo todos los impuestos aplicables (de ser el caso que se presenten en moneda extranjera, deberá indicarse en iguales caracteres y condiciones los precios en moneda nacional). Además, expresamente indica que “cuando se anuncie precios de ventas al crédito deberá incluirse, además el importe de la cuota inicial, el monto total de los intereses y la tasa de interés efectiva anual, el monto y detalle de cualquier cargo adicional, el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad”.

(33) Cita textual tomada del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

autoridad de competencia deberá apreciar el mensaje integral del anuncio publicitario a fin de determinar si ciertos aspectos del mismo deben responder a la verificación que exige el principio de veracidad. El ejemplo antes señalado es útil, únicamente, para mostrar cómo algunos elementos que podrían ser incuestionables en publicidad en general -dependiendo del mensaje publicitario integral-, sí podrían serlo en publicidad comparativa, bajo los alcances del principio de veracidad.

2.2.4. El efecto del principio de veracidad en el proceso competitivo

Al exigir a los anunciantes que el mensaje de sus anuncios no sea capaz de inducir a error al consumidor sobre las características, condiciones o precio de los bienes o servicios anunciados, se permite que el consumidor conozca la existencia de determinadas ofertas en el mercado capaces de satisfacer sus necesidades e intereses. Asimismo, permite al consumidor valorar los bienes o servicios ofrecidos, a efectos de determinar si el conjunto de atributos que presentan es aquel que puede satisfacerlo de mejor manera, entre diversas alternativas.

En consecuencia, con el aseguramiento del principio de veracidad en el sistema publicitario, se estimula que, incurriendo en mínimos costos de acceso a la información, el consumidor pueda observar, analizar, comparar y elegir aquellos productos que le son ofrecidos, a efectos de decidir su consumo sobre el producto que considere más conveniente.

Sin embargo, las exigencias del principio de veracidad no solamente protegen al consumidor de la inducción a error, sino además protegen a las empresas honestas que concurren en el mercado, privilegiando el éxito de aquellas más eficientes. Ello, pues cada elección que un consumidor realiza inducido a error sobre determinado producto, significa una desviación de la demanda en favor de la empresa que realiza publicidad engañosa, perjudicando a las empresas competidoras que ofrecen en el mercado un producto similar o sustituto. El principio de veracidad evita que los consumidores realicen transacciones con empresas que motivan su consumo por información publicitaria que distorsiona su apreciación sobre la realidad de una oferta, en perjuicio de empresas competidoras más eficientes que ven pérdidas transacciones. Esta circunstancia estimula la competencia por eficiencia pues coloca a las empresas anunciantes en el esfuerzo de comunicar al consumidor, respecto de sus productos, las mejores combinaciones de precio y calidad que, adecuadas a la realidad, motiven al consumidor a elegir sus ofertas por sobre otras.

Es posible que un anunciante o su asesor jurídico, en el objetivo de cumplir con el principio de

veracidad, se pregunten ¿Cómo puedo saber si mi mensaje publicitario induce o no a error al consumidor? La experiencia nos permite observar que la pregunta referida es resuelta de manera óptima por algunos anunciantes que -en los tests que realizan a efectos de conocer si el mensaje comercial que desean transmitir es efectivamente comunicado por el anuncio que proyectan difundir- han dedicado esfuerzos para analizar si su mensaje comercial es capaz de inducir a error al consumidor sobre la oferta que presentan, con el objetivo de evitarlo, si fuera el caso.

2.3. El principio de lealtad

El consumidor, cliente o usuario en una economía de mercado, como demandante de bienes o servicios, elige aquellos que, de mejor manera, pueden satisfacer sus necesidades, en mejores combinaciones de precio y calidad. Un consumidor, en una economía de mercado, desea maximizar su bienestar, adquiriendo productos al menor precio posible. En este contexto, se desarrolla un sistema competitivo entre las empresas, pues estas pugnan por lograr la preferencia del consumidor. Las reglas del mercado privilegian a las empresas eficientes, es decir aquellas que, por ejemplo, frente a una misma calidad de producto, lo pueden producir a un menor precio; o, aquellas que frente a un mismo precio de producto pueden producirlo a una mejor calidad.

Las empresas se conducen y actúan conforme a la buena fe comercial cuando compiten bajo parámetros de eficiencia, sin distorsionar la valoración de los demandantes sobre los productos que ofrecen, sin deteriorar la posición competitiva de sus competidores injustificadamente y sin utilizar indebidamente bienes protegidos por la propiedad intelectual. La Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor tiene una norma expresa que señala que todo anuncio o campaña publicitaria “debe respetar la (...) leal competencia mercantil”⁽³⁴⁾. Así, se exige a los anunciantes actuar conforme a la buena fe comercial y dentro del principio de lealtad.

2.3.1. Una necesaria explicación sobre el modelo social de represión de la competencia desleal

Conforme a la doctrina mayoritaria, el conjunto de disposiciones que regulan la actividad publicitaria no solamente tienen una función tutelar del consumidor sino que además contienen principios que cumplen la función de evitar y/o reprimir la competencia desleal en el especial escenario publicitario.

Bajo este entendimiento, como se apreciará más adelante en la profundización sobre el principio

(34) Cita textual tomada del artículo 7 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

de lealtad, existe entre las normas sustantivas contenidas en la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal -Decreto Ley 26122- una relación de complementariedad. En este sentido, es necesario presentar una breve explicación sobre el modelo social que posee nuestro sistema de represión de la competencia desleal. Bajo el modelo social, dicho sistema se encarga de prohibir y sancionar las conductas de un agente que, en el mercado, pretende realizar una transacción logrando la preferencia de quien le compra (demandante) o le vende (oferente), por causas distintas a su propia eficiencia.

En consecuencia, bajo el modelo social, la represión de la competencia desleal tiene como misión principal asegurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia⁽³⁵⁾. Como consecuencia del cumplimiento de dicha misión, se beneficia toda la sociedad pues es de interés general que el consumidor final o intermedio logre satisfacer sus necesidades minimizando costos y maximizando beneficios, al tener a su disposición la oferta que por eficiente le ofrece las mejores combinaciones de precio y calidad⁽³⁶⁾. Asimismo, el aseguramiento del adecuado funcionamiento del proceso competitivo puede, en determinado caso concreto, coincidir con el interés particular de un agente afectado directamente por un acto de competencia desleal, sea una empresa o un consumidor.

En nuestro país, la expresión legislativa para identificar un acto de competencia desleal refiere la contravención a la buena fe comercial como uno de sus componentes. A nuestro juicio, el principal. Esta buena fe no es una buena fe comercial subjetiva. No es la percepción sobre la ilicitud o no de una conducta propia. Por el contrario, es un estándar que, en cada caso, permite evaluar la adecuación de la conducta propia con la buena fe comercial objetiva que se espera de un agente que participa en el proceso competitivo bajo reglas de eficiencia, que es propio de una economía social de mercado. La buena fe comercial objetiva se verifica en aquella conducta concurrencial destinada a lograr o pretender lograr

la preferencia de los demandantes por causa de la eficiencia de los propios bienes o servicios, al ofrecer en ellos mejores combinaciones de precio y calidad que los competidores. La contravención a la buena fe comercial objetiva se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas a la propia eficiencia.

2.3.2. La prohibición de explotar indebidamente la reputación ajena y la prohibición de la publicidad adhesiva y comparativa de índole subjetivo

En publicidad, una de las formas más comunes de la explotación indebida de la reputación ajena se produce cuando un anunciante comunica a los destinatarios del mensaje publicitario que cuenta con un respaldo empresarial o con vinculaciones con otros agentes del mercado que, en realidad, no posee. Así, por ejemplo afirmaciones tales como “en convenio con la universidad A” o “con el respaldo de la empresa B” resultan una explotación indebida de la reputación o del prestigio de la universidad A o de la empresa B, si estas no han suscrito un convenio o respaldan de modo alguno la actividad comercial del anunciante.

El principio de lealtad, en este caso, persigue evitar que los consumidores valoren, en cierta medida, y prefieran determinado producto anunciado, al considerar que el anunciante o el producto poseen un respaldo determinado o merecen el prestigio de un tercero, pese a que ello no es cierto o no ha sido autorizado por dicho tercero.

2.3.2.1. La prohibición sobre la publicidad adhesiva subjetiva

Debe considerarse que, en publicidad, otra de las formas de explotación de la reputación ajena se produce también cuando se alude a un bien o servicio propio y además a uno ajeno con la finalidad de comunicar una equiparación de productos. Es decir con la finalidad de informar a los consumidores que determinados bienes o servicios -los propios- comparten determinadas características o atributos con otros -los ajenos o los que corresponden a otro concurrente. Es decir cuando se realiza publicidad adhesiva.

(35) Luego de la Segunda Guerra Mundial, en lo concerniente a sus sistema de represión de la competencia desleal, “los países europeos consideraron necesario hacer un giro en la disciplina hacia el ‘interés social’, surgiendo la necesidad de derrocar al modelo profesional individualista (...) [e]n lo referido al objeto, se vislumbra una transición hacia una concepción de la protección del orden económico del mercado no solo con respecto a la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino también con respecto a los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado. (...) En cuanto a los criterios de valoración o calificación de la deslealtad, esta ya no se mide exclusivamente en función de la adecuación a los usos y costumbres profesionales, sino en atención a los principios del ordenamiento económico tales como la libre competencia y la tutela del consumidor (...)”. Citas textuales tomadas de GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. *Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004. p. 16.

(36) Se debe precisar que la calidad para el consumidor no resulta únicamente de un atributo o de un conjunto de atributos objetivos que pueden cuantificarse. Puede ser también, por ejemplo, la percepción de elegancia y exclusividad que un consumidor tenga sobre un bien o un servicio, de tal manera que, por dicha causa, le atribuya valor. La herramienta más eficaz para generar la percepción de este valor no cuantificable de modo objetivo es la estrategia integral de comunicación para el posicionamiento de empresas y productos en la mente de los consumidores, la que involucra no solamente la actividad publicitaria (generación de mensajes publicitarios por cuenta del anunciante), sino además la *publicity* antes referida.

¿Esto significa que la publicidad alusiva del tipo adhesiva se encuentra prohibida en todos los casos? No. Únicamente se encuentra prohibida la publicidad del tipo adhesiva que significa una indebida explotación de la reputación ajena al utilizar como elementos de equiparación datos subjetivos, no comprobables.

Recordando los ejemplos utilizados para definir a la publicidad adhesiva, el anuncio de la bebida gaseosa del tipo cola negra, denominada X-Cola, en el que se refiere que la bebida anunciada tiene un sabor idéntico al de Coca Cola significa una explotación indebida de la reputación de esta última. Ello, pues se utiliza y refiere su marca, aprovechando su prestigio e inversión, sin transmitir información comprobable hacia el consumidor pues el sabor o sus características dependen la percepción de cada individuo, lo que no permite una valoración del producto anunciado y menos aun una mejor posición del consumidor para elegir una oferta en el mercado.

De otro lado, el anuncio que refería que el arroz embolsado "Y" había sido cosechado en los mismos valles en que fue cosechado el arroz de marca el Norteño, si bien significa una explotación de la reputación del competidor que fabrica y/o comercializa este último, no tiene naturaleza indebida pues sí transmite información comprobable al consumidor, lo que permite una valoración del producto y una mejor elección por su parte.

La clave para determinar cuando es indebida una explotación de la reputación ajena en publicidad, pasa por el entendimiento del modelo social del sistema de represión de la competencia desleal, pues esta significa una ruptura con los modelos

anteriores, principalmente con el modelo corporativista o de protección profesional que impedía de modo absoluto la alusión o referencia al competidor a otro concurrente para utilizar en beneficio propio su reputación o, peor aún, para denigrarlo⁽³⁷⁾. El modelo social sí permite la referencia al competidor o a otro concurrente en el mercado, aun cuando ello signifique utilizar en beneficio propio su reputación o para denigrarlo, como se verá más adelante, pues este modelo no protege a las empresas sino que estimula el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia. En este sentido, una alusión al competidor que transmite información al consumidor que le permita una mejor evaluación y elección de ofertas -lo que solo es posible con datos verificables u objetivos- no es indebida.

A este respecto la Sala ha considerado que "[d]ebe aclararse que el aprovechamiento indebido de la reputación del competidor es logrado mediante la equiparación de las supuestas características de la oferta propia con aquellas atribuidas al competidor, es decir, a través de una equiparación entablada sobre la base de elementos subjetivos. Por el contrario, la equiparación de ofertas basada en hechos comprobables en la realidad, es decir, objetivos, y que, a la vez, sea veraz, no calificará como un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Esto último debido a la función informativa de dicha equiparación objetiva, la cual tiene un efecto beneficioso para el consumidor, cuyo interés es superior al del competidor bajo el modelo social de represión de la competencia desleal asumido por el ordenamiento nacional"⁽³⁸⁾.

(37) Se debe considerar que, en la tradición continental, antes de la plena vigencia del modelo social sobre la disciplina de la represión de la competencia desleal, tuvo vigencia el modelo corporativista o de protección profesional. Este modelo previo -evidenciado por ejemplo en la experiencia de la Ley española 10/1963- configuraba a la represión de la competencia desleal en una disciplina protectora de los usos considerados normales y correctos por los gremios empresariales y profesionales. Cfr. ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Libre Competencia y Competencia Desleal*. Madrid: La Ley, 2001. pp. 64-68.

Este modelo corporativista o de protección profesional no aseguraba necesariamente el resguardo del adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia, pues si la autoridad hacía suyas las consideraciones de los usos mercantiles, conforme a la prácticas normales y asumidas como correctas, eventualmente podía dedicarse a proteger las posiciones comerciales de las empresas establecidas desde hace algún tiempo en un mercado, amenazadas por nuevos entrantes o competidores. Este modelo "se desarrolla con la consolidación del liberalismo económico a finales del siglo XIX y principios del XX y se caracteriza por la exigencia, por parte de los sectores profesionales, de una protección generalizada frente a los actos de competencia desleal. Los empresarios demandan la intervención del Estado en defensa de sus intereses adquiridos en el mercado. (...) como comenta el profesor Aurelio Menéndez, se perfila la necesidad de una disciplina común privada, '(...) dotada de una fuerte impronta profesional, encaminada a reprimir aquellas modalidades competitivas que la corporación de los empresarios estimara incorrectas'". Asimismo, "[e]n virtud de la impronta corporativista que impregna esta materia, el acto de competencia desleal se configura como una violación a las reglas de deontología profesional, y el bien jurídico que se protege es el daño causado al empresario por la desviación de la clientela de su empresa hacia la empresa de competidor. En consecuencia, el criterio de calificación de la conducta será la adecuación o no del acto de competencia a los usos y costumbres mercantiles reinantes en la época. Vemos, pues, cómo el hilo conductor de este modelo es la intención de proteger los intereses de los operadores de mercado, y es a través de esta herramienta concedida a aquéllos mediante la cual, por vía indirecta, se tutelan los intereses de los consumidores y de la sociedad en general". Citas textuales tomadas de GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. *Op. cit.*; pp. 13 y 14.

(38) Cita textual tomada de la Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI, emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de The Coca Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A., tramitado bajo Expedientes 051-2002/CCD. Se debe hacer una precisión conceptual, aún cuando en este pronunciamiento la Sala indica que la publicidad adhesiva es siempre ilícita, nos queda claro que quiere decir que la publicidad adhesiva subjetiva es siempre ilícita. Ello, debido a que en una nota a pie de página aclara y coincide con nuestra posición al reconocer que "la simple 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. (...) debido a la función informativa de dicha equiparación, la cual tiene un efecto beneficioso para el consumidor, cuyo interés es superior al del competidor bajo el modelo social de represión de la competencia desleal asumido por el ordenamiento nacional".

2.3.2.2. La prohibición sobre la publicidad comparativa subjetiva

Se debe recordar que el objetivo de un anunciante en la publicidad comparativa es resaltar la oferta propia frente a la ajena. Esto persigue, en mayor o menor medida, detraer la preferencia de los consumidores sobre la oferta del competidor comparado en beneficio de la oferta del anunciante.

En este sentido, la publicidad comparativa es capaz de generar un daño directo sobre el competidor aludido, daño que será lícito en tanto que la comparación transmita al consumidor información objetiva que le permita confrontar las ofertas en cuanto a sus atributos y, en consecuencia, se favorezca la competencia por eficiencia. Naturalmente, dicha información objetiva debe ser susceptible de acreditación por el anunciante, mediante pruebas idóneas.

Lo anterior significa que el principio de lealtad en publicidad comparativa sí permite el daño al competidor, como parte de la acción competitiva misma, pero exige que la comparación se presente sobre información objetiva o verificable. Caso contrario, de presentarse una comparación subjetiva sobre "sabor", "elegancia" o "belleza" -que son elementos que no permiten una medición unívoca ni concreta-, se entenderá que se produce un daño al competidor comparado, sin generar información al consumidor que le permita mejores elecciones en cuanto a atributos verificables y sin favorecer la competencia por eficiencia. Mostrar al competidor para compararlo subjetivamente es aprovecharse indebidamente de su reputación comercial y de la imagen de sus marcas. Así, lo ha entendido con claridad la autoridad administrativa en los últimos años, considerando que la publicidad comparativa es ilícita y, en consecuencia, se encuentra prohibida. Esta prohibición se funda en el entendimiento de que la regulación publicitaria es parte del sistema de represión de la competencia desleal, por lo que es aplicable a la publicidad la consideración desleal e ilícita de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal sobre "el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado"⁽³⁹⁾.

Estas consideraciones guardan sintonía con la vigencia del modelo social que ha permitido verificar que, en nuestro sistema de represión de la competencia desleal, "la ampliación de los intereses protegidos por la disciplina da lugar a que ciertas

actividades anteriormente consideradas como desleales -como la publicidad comparativa (...)-, comiencen a permitirse debido a los efectos beneficiosos que producen desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en el mantenimiento de un mercado altamente competitivo"⁽⁴⁰⁾.

Una norma que resulta de igual modo aplicable a la publicidad comparativa es el artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina - Régimen Común sobre Propiedad Industrial-, la que indica que "[e]l registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, (...) siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público", lo que afianza la permisibilidad de la publicidad comparativa objetiva y la prohibición de la publicidad comparativa subjetiva⁽⁴¹⁾.

2.3.3. La prohibición de confundir al consumidor

La confusión, en publicidad, se produce cuando un consumidor, al apreciar el contenido de un anuncio publicitario, considera que el producto anunciado procede de una empresa distinta que la que elabora, produce o comercializa realmente dicho producto. Ello puede ocurrir por la utilización de marcas ajenas o de signos similares a marcas ajenas, por la presentación de envases idénticos o similares a los ajenos o por una presentación integral del anuncio publicitario -incluidas las imágenes, el texto o la locución-, de manera tal que el consumidor atribuya al producto anunciado un origen empresarial distinto al que en realidad tiene.

En publicidad, la confusión se encuentra prohibida y es sancionada sin importar la intención del anunciante, siendo suficiente para ello que se produzca un riesgo de confusión sobre los destinatarios del anuncio o campaña publicitaria. El principio de lealtad, en este caso, persigue evitar que los consumidores valoren, en cierta medida, y prefieran determinado producto anunciado, por un origen empresarial que no tiene en la realidad.

Al respecto, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor especifica que "[l]os anuncios no deberán imitar el esquema general, el texto, el eslogan, la presentación visual, la música o efectos sonoros que otros mensajes publicitarios nacionales o extranjeros cuando la imitación pueda dar lugar a error o confusión"⁽⁴²⁾.

(39) Cita textual tomada del artículo 11 del Decreto Ley 26122 - Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

(40) Cita textual tomada de ROBLES MARTÍN-LABORDA, Antonio. *Op. cit.*; p. 71.

(41) Para mayores precisiones sobre esta materia acudir a STUCCHI, Pierino. *El uso de la marca ajena en la publicidad comparativa ¿Una limitación al derecho de exclusividad o un acto de competencia desleal?* En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 135. Lima: Gaceta Jurídica, febrero 2005. pp. 261-265.

(42) Cita textual tomada del artículo 7 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

2.3.4. La prohibición de denigrar indebidamente a otra empresa

La Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor señala que “[l]os anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía”⁽⁴³⁾. En un reciente precedente de observancia obligatoria, reconociendo que la regulación publicitaria es parte del sistema de represión de la competencia desleal, la Sala ha determinado que denigrar a otra empresa en algunos casos no es indebido en todos los casos tal como indica la *exceptio veritatis* que establece la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal - Decreto Ley 26122-, siempre que la comunicación que causa la denigración sea veraz, exacta y pertinente⁽⁴⁴⁾.

En consecuencia, como excepción, la denigración se encuentra justificada y, en consecuencia, permitida, si es que las afirmaciones que se comunican en la publicidad, en perjuicio de dicha otra empresa, son: (i) verdaderas: es decir objetivas o verificables, siempre que el anunciante cuente con pruebas idóneas para acreditar la veracidad; (ii) exactas: es decir que además de ser verdaderas se presenten con una claridad que evite la ambigüedad o la imprecisión en la percepción del consumidor sobre la realidad de las condiciones de la otra empresa aludida; y, (iii) pertinentes: en la forma, al evitarse la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo; y, a la vez, en el fondo, al transmitir información que al consumidor le permita evaluar la oferta aludida sobre parámetros de eficiencia. Es preciso indicar que alusiones sobre condiciones estrictamente personales de los titulares o representantes de una empresa, tales como creencias, nacionalidad o ideología, son siempre impertinentes.

Queda claro que sí se encuentra permitido desacreditar a otra empresa -en cualquier tipo de publicidad- siempre que se comunique información verdadera, exacta y pertinente. Lo contrario significaría atentar contra el principio de lealtad. Es preciso considerar que esta tolerancia respecto de la denigración -bajo condiciones de veracidad, exactitud y pertinencia- se basa en la consideración de que se

presume que existe un beneficio mayor en el sistema competitivo que el daño producido sobre la empresa denigrada, si es que los consumidores pueden contar con información objetiva y cierta para mejor elegir sus opciones de consumo.

2.3.5. La prohibición de utilizar indebidamente bienes protegidos por la propiedad intelectual

Los bienes protegidos por la propiedad intelectual cuya utilización puede formar parte del mensaje publicitario de determinado anuncio o campaña publicitaria son, entre otros: (i) los signos protegidos bajo marcas, lemas comerciales o nombres comerciales; y, (ii) las creaciones protegidas bajo derechos de autor o derechos de artistas intérpretes o ejecutantes. Se encuentra prohibido utilizarlos indebidamente.

En el caso de los signos distintivos, la regla general es que su utilización o presentación corresponde a su titular. Sin embargo, conforme a la regulación comunitaria andina vigente, “[e]l registro de la marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, (...) ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos”⁽⁴⁵⁾.

En el caso de las creaciones protegidas bajo derechos de autor, corresponde indicar que, como regla general, la utilización de canciones u obras de arte de cualquier índole, en la composición o creación de un anuncio publicitario, requiere de la autorización del titular de los derechos patrimoniales de dicha obra para su uso y difusión.

En ambos casos, tanto para signos distintivos como para obras protegidas por derechos de autor, se sugiere a los anunciantes y a sus asesores legales, realizar un análisis detenido de las normas especiales en estas materias, para decidir su

(43) Cita textual tomada del artículo 7 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(44) El artículo 11 del Decreto Ley 26122 -Ley sobre Represión de la Competencia Desleal- determina que “[s]e considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”. En aplicación de esta disposición a la actividad publicitaria, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha determinado, mediante precedente de observancia obligatoria, que “[l]a prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el artículo 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado”. Cita textual tomada del precedente de observancia obligatoria establecido por la Resolución 0347-2006/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Telefónica del Perú S.A.A. contra Mactel Electrónica E.I.R.L., tramitado bajo Expediente 114-2004/CCD.

(45) Cita textual tomada del artículo 157 de la Decisión 486 de la Comunidad Andina - Régimen Común de Propiedad Industrial.

utilización en un anuncio o campaña publicitaria, siendo sumamente recomendable -para evitar una infracción- determinar, previamente, si dicha utilización es permitida o se encuentra autorizada, a efectos de asegurar el cumplimiento del principio de lealtad.

2.4. El principio de legalidad

La Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor contiene una disposición general que señala que los anuncios publicitarios deben “respetar la Constitución y las leyes”. Esta sencilla obligación oculta, sin embargo, una diversidad de exigencias que -dependiendo del tipo de bien o servicio que se anuncia- deben ser cumplidas.

En resumen, el anunciante, la agencia de publicidad y sus asesores jurídicos, dependiendo del sector económico al que pertenece el bien o servicio anunciado, deben mantenerse al tanto de que, además de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, a veces existen normas que establecen exigencias adicionales para difundir publicidad sobre bienes o servicios de determinado sector.

Generalmente, los sectores en los que se establecen exigencias publicitarias específicas adicionales serán aquellos en los que la importancia del consumo de los productos o servicios sea significativa por sus posibles efectos en la salud o por sus posibles efectos en las expectativas financieras del consumidor. Así en algunos sectores, además de las normas que contiene la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, el anunciante debe cumplir con otras normas que establecen exigencias adicionales para su actividad publicitaria. Este es el contenido del principio de legalidad, por lo que determinar sus fronteras es crucial, dependiendo del sector en el que se desenvuelve el anunciante. A continuación presentamos los sectores que poseen mayor regulación especial, dejando claro que no son los únicos.

2.4.1. La publicidad de productos farmacéuticos o naturales de uso en salud

Uno de los casos de regulación sectorial más intensa es el sector salud. La regulación es diferente, en cuanto el producto sea de venta con o sin receta médica.

2.4.1.1. *Productos de venta sin receta médica*

La publicidad de estos productos puede ser dirigida al público en general, sin embargo el

anunciante deberá evitar cuidadosamente que la publicidad no induzca a error al consumidor sobre las propiedades del producto anunciado.

Así, “el anuncio publicitario destinado al público en general, no deberá contener exageraciones sobre sus propiedades que puedan inducir a error a los consumidores”⁽⁴⁶⁾ y deberá indicar sus principales advertencias y precauciones, de modo que pueda ser percibidas, escuchadas o leídas por el consumidor.

2.4.1.2. *Productos de venta con receta médica*

En este caso, “la publicidad (...) se encuentra restringida a los profesionales que los prescriben y dispensan”. Asimismo, “en el caso de tratarse de publicidad gráfica podrá hacerse únicamente a través de revistas especializadas, folletos, prospectos o cualquier otra forma impresa que contenga información técnica y científica”⁽⁴⁷⁾.

Únicamente por excepción es permitido difundir anuncios publicitarios de introducción y recordatorios dirigidos a dichos profesionales, a través de medios al alcance del público en general, difundiéndose únicamente la información mínima permitida por la autoridad de salud, tal como: nombre del producto, principio activo, forma farmacéutica y concentración, entre otros⁽⁴⁸⁾.

Estas exigencias de las normas de salud se fundamentan en la necesidad de proteger al consumidor final de que sea inducido a error respecto de los reales efectos del producto farmacéutico o natural de uso en salud, así como para evitar que decida automedicarse en el caso de los productos de venta con receta médica.

2.4.2. La publicidad de administradoras privadas de fondos de pensiones

Otro de los casos de regulación intensa es el sector previsional. Las administradoras privadas de fondos de pensiones (en adelante, AFP) se encuentran bajo una estricta reglamentación sectorial impuesta por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS). Entre otras exigencias, al realizar actividad publicitaria, deben cumplir con lo siguiente: (i) si se presentan cifras estadísticas, estas solamente deben provenir de fuentes oficiales determinadas por la SBS, debiendo tener en cuenta su secuencia cronológica y citando expresamente la fuente de modo que pueda ser identificada; (ii) si se presentan referencias a la rentabilidad, estas deben corresponder únicamente a la última información de fuentes oficiales, publicada en los boletines oficiales de la SBS; y, (iii)

(46) Citas textuales de la Ley 26842 - Ley General de Salud.

(47) Citas textuales de la Ley 26842 - Ley General de Salud.

(48) Tomado del Decreto Supremo 010-97-SA. Se recomienda revisarlo para obtener mayores detalles sobre esta regulación.

si se presenta la rentabilidad de una AFP, debe presentarse obligatoriamente y de manera destacada la frase: “La rentabilidad de los distintos tipos de Fondo de Pensiones es variable, su nivel en el futuro puede cambiar en relación con la rentabilidad pasada”, de modo que pueda ser percibida, escuchada o leída por el consumidor⁽⁴⁹⁾.

En este caso, las exigencias adicionales tienen como fundamento evitar que los afiliados actuales o potenciales puedan verse inducidos a error respecto de los atributos principales del servicio que le ofrece una AFP, como son la rentabilidad y el cobro de comisiones, entre otros, estableciendo para tal efecto la obligación de utilizar cifras oficiales y la obligación de informar que los niveles de rentabilidad pueden variar en cualquier momento.

2.4.3. La publicidad de bebidas alcohólicas

En este caso, se encuentra vigente una reciente ley que exige que los anuncios publicitarios sobre estos productos cumplan estrictamente con lo siguiente: (i) los anuncios escritos deberán consignar, en caracteres legibles y en un espacio no menor del 10% del área total del anuncio, la frase “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino”; (ii) la publicidad audiovisual transmitirá en forma visual la frase antes referida, por un espacio no menor a tres (3) segundos; (iii) cuando se trate de publicidad radial, al final del anuncio se deberá expresar en forma clara y pausada la frase: “Tomar bebidas alcohólicas en exceso es dañino”; y, (iv) no se podrá utilizar argumentos que induzcan el consumo por parte de menores de edad⁽⁵⁰⁾.

Asimismo, se encuentra prohibida la promoción o distribución: (i) de bebidas alcohólicas, gratuitamente, en actividades destinadas a menores de edad; y, (ii) de juguetes que tengan forma o aludan a productos de bebidas alcohólicas⁽⁵¹⁾.

Es preciso indicar además que los anuncios de bebidas de alto grado alcohólico (aquellas que excedan de 15 grados Gay Loussac o 30 grados Proof), en cualquier medio de difusión deben: (i) estar siempre dirigidos a adultos; (ii) no deben dar la impresión de que su consumo es saludable; y, (iii) no deben dar la impresión de que su consumo es necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social⁽⁵²⁾.

2.4.4. La publicidad de cigarrillos o productos de tabaco

En este caso la regulación sectorial es de una magnitud similar a la que corresponde a la publicidad de bebidas alcohólicas. También existe una reciente ley que exige que los anuncios publicitarios sobre estos productos cumplan estrictamente con lo siguiente: (i) consignar frases de advertencia que ocupen el quince por ciento (15%) del espacio publicitario, variándose con una periodicidad de seis (6) meses, según lo dispuesto por la reglamentación en la materia; y, (ii) en medios gráficos solamente pueden difundirse si estos tienen como público objetivo personas mayores de edad, pero no en la carátula o contra carátula de estos medios⁽⁵³⁾.

Esta regulación exige también al anunciante: (i) no dirigirse a menores de edad; (ii) no mostrar a una persona menor de edad; (iii) no sugerir que la mayoría de personas son fumadores; (iv) no dar la impresión de que su consumo es saludable; y, (v) tampoco dar la impresión de que su consumo es necesario o conveniente para lograr el éxito personal o la aceptación social⁽⁵⁴⁾.

Asimismo, esta regulación prohíbe expresamente la publicidad directa y la publicidad indirecta de productos de tabaco en:

1. Medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro medio similar.
2. Establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados y en las dependencias públicas.
3. Publicidad exterior en los alrededores en un radio de 500 metros de centros educativos de cualquier nivel o naturaleza.
4. Actividades deportivas de cualquier tipo.
5. Exhibiciones, espectáculos y similares en los que esté permitido el ingreso de menores de 18 años.
6. Prendas de vestir⁽⁵⁵⁾.

De manera similar al caso de bebidas alcohólicas, se encuentra prohibido expresamente patrocinar con la marca de cualquier producto de tabaco un evento o actividad destinado a menores de edad⁽⁵⁶⁾.

2.4.5. Los alcances del principio de legalidad en la publicidad indirecta

Como hemos señalado en un punto precedente, la publicidad indirecta no identifica

(49) Las exigencias expuestas en estos literales se encuentran establecidas por el Título IV del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

(50) En este párrafo se presentan paráfrasis de la Ley 28681 - Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas.

(51) En este párrafo se presentan paráfrasis de la Ley 28681 - Ley que regula la comercialización, consumo y publicidad de bebidas alcohólicas.

(52) En este párrafo se presentan paráfrasis del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(53) En este párrafo se presentan paráfrasis de la Ley 28705 - Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.

(54) En este párrafo se presentan paráfrasis de la Ley 28705 - Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.

(55) Cita textual tomada de la Ley 28705 - Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.

(56) En este párrafo se presentan paráfrasis de la Ley 28705 - Ley General para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.

expresamente la identidad del bien o servicio anunciado, aun cuando podría identificarse al anunciante, sea este el productor o el comercializador de estos. En consecuencia, la publicidad indirecta no presenta la denominación, la marca o los signos principales que identifican al producto, aun cuando, mediante ciertos signos o denominaciones -apreciadas de modo conjunto en determinado anuncio- es capaz de transmitir al destinatario del mensaje publicitario, de modo implícito o derivado, la identidad del producto anunciado.

Por lo anterior, es posible que la publicidad indirecta sea el modo en que los anunciantes de productos farmacéuticos o naturales de uso en salud de venta con receta médica, de bebidas alcohólicas y de cigarrillos o productos de tabaco persigan eludir las estrictas limitaciones que las disposiciones antes referidas les significan. En consecuencia, es necesario dejar en claro, coincidiendo con la Comisión, que “[l]a publicidad indirecta -tal como ocurre con la publicidad directa- es ilícita cuando a través de ella se realiza indebidamente la promoción de un bien o un servicio sobre el cual recae una prohibición absoluta o relativa, tal como es el caso de la publicidad de productos de tabaco, de bebidas alcohólicas o de productos farmacéuticos y recursos naturales de uso en salud de venta bajo receta médica”⁽⁵⁷⁾.

Queda claro que la publicidad indirecta no es un medio idónea para eludir la regulación publicitaria que restringe la publicidad de determinados bienes o servicios, pues debe cumplir con las mismas exigencias que todos los demás tipos de publicidad.

2.5. El principio de adecuación social

La creatividad es uno de los valores más destacables en la actividad publicitaria. Es necesario, sin embargo, que la creatividad en el proceso de comunicación publicitario respete los valores que sustentan la sociedad, evitando que su mensaje pueda afectar la percepción de los ciudadanos sobre el alcance de sus obligaciones y la naturaleza de sus deberes como miembros de la sociedad⁽⁵⁸⁾.

Reconociendo el significativo poder de comunicación que posee la actividad publicitaria, el artículo 3 de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor expresa en sus párrafos segundo y tercero el principio de adecuación social, mediante el cual prohíbe que la comunicación, a través de un anuncio o campaña publicitaria de cualquier tipo -directa, indirecta, simple o alusiva- sea

capaz de afectar negativamente los valores que sustentan la convivencia social, enfatizando, en este contexto, una protección especial sobre los menores.

El cumplimiento del principio de adecuación social en la actividad publicitaria obliga a que las empresas, en cumplimiento de su responsabilidad social, sean cuidadosas al difundir anuncios o campañas publicitarias que, siendo poderosos instrumentos de competencia en el mercado, pueden ser capaces de comunicar mensajes que contribuyan a afectar los valores de convivencia social.

2.5.1. La obligación de evitar la ofensa y la discriminación

Al momento de desplegar la creatividad en publicidad o utilizar el tono humorístico, debe considerarse que una de las bases constitucionales de los derechos humanos exige que ningún ciudadano sea discriminado sobre la base de consideraciones raciales, sexuales, políticas, religiosas o de cualquier otra índole. Es por lo anterior que la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor exige que ningún anuncio o campaña publicitaria sea capaz de favorecer o estimular alguna ofensa o discriminación sobre los ciudadanos.

El objetivo es evitar que en la sociedad se estimulen condiciones de exclusión que atenten contra la igualdad de trato y de oportunidades que corresponde a todo ciudadano. En este contexto, un anuncio que presente o refiera a una persona en una condición denigrante u ofensiva, por el hecho de poseer una condición religiosa o racial determinada, es capaz de estimular ofensas contra ciudadanos que formen parte de dicho grupo religioso o étnico, respectivamente.

A manera de ilustración sobre el alcance de este deber, cabe referir que en un anuncio publicitario, una empresa señaló que la oferta o promoción de lanzamiento de su competidor implicaba que este pretendía “hacer cholitos” a los consumidores. Al respecto, la Sala consideró este anuncio como infractor, al apreciar que esta afirmación era capaz de favorecer una ofensa o discriminación, racial o social. Ello, pues aunque “la expresión ‘hacer cholitos’ sea parte del argot popular no puede ser utilizada (...) para validar el uso en la publicidad de una frase con evidente contenido discriminatorio”. En su oportunidad, en mayoría, la Sala consideró que su utilización implicaba “la delimitación de un sector de la población peruana como ‘cholitos’, y la

(57) Cita textual tomada de la Resolución 001-2007/CCD-INDECOPI, emitida en primera instancia en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio y denuncia de Unimed del Perú S.A. contra Productos Roche Q.F.S.A., tramitado bajo Expedientes 180-2005/CCD y 027-2006/CCD (acumulados). La cita textual presentada conforma un precedente de observancia obligatoria establecido en primera instancia por la Comisión. Sin embargo, a la fecha, esta resolución se encuentra en revisión por la Sala como consecuencia de su impugnación por la empresa denunciada.

(58) Cfr. MUGUILLO, Roberto. *Publicidad*. Buenos Aires: Astrea, 2005. p. 12.

atribución a los mismos de las características de ingenuidad o la facilidad con que pueden ser engañados”, siendo capaz de contribuir a generar efectos de exclusión en la sociedad⁽⁵⁹⁾.

Atendiendo a esta obligación, los anuncios y las campañas publicitarias deben evitar generar afectaciones a la igualdad social en la realidad, provocando efectos de exclusión o de aislamiento de minorías, menos aun sátiras, burlas o minimización sobre determinada condición sexual o política. Conviene que los anunciantes y las agencias de publicidad se mantengan siempre vigilantes para evitar que la creatividad o el humor puedan, involuntariamente, contribuir a generar un efecto nocivo en la sociedad por ofensa o discriminación.

2.5.2. La obligación de no inducir, estimular o enaltecer actividades antisociales

Una actividad antisocial es toda aquella que atenta contra los valores esenciales que permiten el desarrollo de una convivencia social pacífica perdurable. Es antisocial, en consecuencia, cualquier conducta deshonesta, contraria a la verdad o violenta, entre otras que sean capaces de deteriorar las condiciones de convivencia. Se encuentran incluidas en la categoría de conductas antisociales aquellas que implican la violación de una norma jurídica o la realización de un crimen o delito.

La Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor exige que los anuncios o campañas publicitarias no presenten contenidos que sean capaces de inducir actividades antisociales o que parezcan apoyar, enaltecer o estimular dichas actividades.

A manera de ejemplo, debemos referir que, algunos casos en los que Indecopi ha tenido que intervenir para detener anuncios o campañas publicitarias cuando, entre otros: (i) se ha mostrado a un joven propinando una incesante golpiza a determinados personajes de fantasía⁽⁶⁰⁾; (ii) se ha sugerido que el protagonista de un anuncio hurtaba a un ciego las limosnas que este había recolectado⁽⁶¹⁾; y, (iii) se ha mostrado a un conocido personaje deportivo patear un dispensador de latas de gaseosa

para obtener una de estas, sin pagar⁽⁶²⁾. A juicio de las autoridades del Indecopi, todos estos anuncios tenían, en común, conforme a una apreciación integral y superficial, la capacidad de inducir, estimular o enaltecer actividades antisociales, incumpliendo con el principio de adecuación social.

En estos casos, también conviene que los anunciantes y las agencias de publicidad se mantengan vigilantes para prevenir y evitar que las conductas mostradas en los anuncios o campañas publicitarias contribuyan, involuntariamente, a provocar un deterioro, por ligero que este sea, en las condiciones de convivencia social.

2.5.3. La obligación de no afectar a los niños y adolescentes

Considerando que los menores merecen una especial protección, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor es muy exigente pues, en el objetivo de impedir su afectación, exige que todo anuncio o campaña publicitaria dirigidos a un menor, niño o adolescente, evite: (i) comunicar que un producto se encuentra al acceso del consumo familiar de manera sencilla e inmediata; (ii) utilizar la fantasía de modo tal que se les induzca a error sobre las características o funcionalidad reales de los productos; (iii) vulnerar su ingenuidad, credulidad, inexperiencia o lealtad; (iv) generarles o insinuarles sentimientos de inferioridad en caso de no consumir los productos anunciados; y, (v) mostrarlos en circunstancias o lugares que atenten contra su seguridad⁽⁶³⁾.

Debe tenerse en cuenta, a efectos de prevenir adecuadamente la difusión de anuncios que no cumplan con las exigencias antes señaladas, que el Indecopi ha sido muy escrupuloso en la protección del menor, considerando en algunos casos que un anuncio publicitario se dirige a un menor, pese a que el producto no sea de su consumo directo, si dicho anuncio se encuentra a su alcance por el horario difundido y por la ubicación de pauta publicitaria en programas que lo convocan como audiencia, tales como dibujos animados.

Además, bajo esta obligación se protege al menor como modelo que participa en la realización de un

(59) Cita textual tomada de la Resolución 0979-2006/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A., tramitado bajo Expediente 003-2005/CCD.

(60) Al respecto, consultar la Resolución 0667-2006/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio contra Corporación Radial del Perú y Pragma Publicidad S.A.C., tramitado bajo Expediente 173-2005/CCD.

(61) Al respecto, consultar la Resolución 034-2006/CCD-INDECOPI (consentida), emitida en primera instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio contra Arcor de Perú S.A. y Leo Burnett del Perú S.A., tramitado bajo Expedientes 006-2005/CCD y 163-2005/CCD (acumulados).

(62) Al respecto, consultar la Resolución 216-1998/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por denuncia de Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer contra Compañía Embotelladora del Pacífico S.A., BBDO Perú S.A. y Pepsico Inc. sucursal del Perú, tramitado bajo Expedientes 022-1998/CCD y 033-1998/CCD (acumulados).

(63) En este párrafo se presentan paráfrasis del artículo 10 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Para mayor información sobre las exigencias en publicidad de juguetes, consultar los artículos 5 y 6 del Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor -Decreto Supremo 20-94-ITINCI.

anuncio publicitario. Para tal actividad, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor exige que se tome en cuenta su edad “en relación a los contenidos y características del producto o servicio promocionado”⁽⁶⁴⁾.

A manera de ejemplo, cabe señalar que en su oportunidad, la Sala consideró que un anuncio gráfico era infractor debido a que, en la presentación de dos niños dándose un beso, podía apreciarse que estos “asumen poses y actitudes de personas adultas, las cuales, bajo ningún supuesto, podrían ser consideradas como propias de dos niños de la edad de aquellos que participan en el anuncio (...) la imagen objeto de observación es la de una pareja de niños que asumen la actitud de una pareja de adultos”⁽⁶⁵⁾.

3. Notas finales sobre la aplicación administrativa en nuestro país

El Indecopi, a través de la Comisión, se encuentra permanentemente supervisando la actividad publicitaria, a efectos de constatar que la difusión de anuncios y de campañas publicitarias cumpla con los principios de veracidad, de legalidad, de autenticidad, de lealtad y de adecuación social que hemos expuesto y analizado.

En consecuencia, cuando se aprecia que es posible que un anuncio o una campaña publicitaria no cumple con las exigencias de los citados principios, la Comisión se encuentra facultada a iniciar una investigación, con el objetivo de determinar si la posibilidad de incumplimiento de alguno de los principios de regulación publicitaria es efectivamente probable o no. Es decir, para acercarse a determinar si existe o no una infracción contra dichos principios. La investigación de un caso también puede iniciarse cuando un ciudadano en su calidad de consumidor, una empresa en su calidad de concurrente en el mercado, las asociaciones de consumidores o de empresas agremiadas informan a la Comisión sobre la existencia de un anuncio o una campaña publicitaria que, a su criterio, no cumple con alguno de los principios de la regulación publicitaria. También una entidad del Estado, encargada de la supervisión sectorial de una actividad económica, puede informar a la Comisión la existencia de un anuncio o una campaña publicitaria que considera contraria a la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

En todo caso, sea porque la investigación se ha iniciado por una supervisión propia de la Comisión o porque se ha iniciado a causa de una información

presentada por un consumidor, una empresa o una entidad del Estado, dicha investigación puede concluir al determinarse que no existe evidencia alguna sobre la existencia de una posible infracción. Sin embargo, también es posible que la investigación se transforme en lo que se denomina el inicio de un proceso sancionador de oficio cuando sí existe dicha evidencia.

3.1. Apuntes sobre el proceso sancionador ante la Comisión

El proceso sancionador ante la Comisión constituye el análisis formal de un anuncio o una campaña publicitaria en el que se notifica al anunciante como posible responsable de una infracción contra los principios de la regulación publicitaria. Con dicha notificación se le requiere que sustente su defensa y sus consideraciones al respecto de una difusión publicitaria que se considera posiblemente infractora. Este análisis es de naturaleza sancionadora debido a que, si se determina la existencia de una infracción, la autoridad coloca una sanción a quienes resulten responsables. Esta puede ser una amonestación o una multa de hasta cien (100) Unidades Impositivas Tributarias.

Existen dos modalidades de estos procesos: (i) uno iniciado de oficio luego de una investigación, conforme se ha descrito previamente; y, (ii) otro iniciado a pedido de parte cuando un ciudadano, una empresa o una asociación -en lugar de solamente informar a la Comisión sobre una posible infracción a la regulación publicitaria- denuncia formalmente al anunciante. En cualquiera de sus modalidades, dichos procesos se tramitan bajo lo indicado en el procedimiento único regulado por el Decreto Legislativo 807 -Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi- y, supletoriamente, por la Ley 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.2. Responsables ante una infracción

Siempre que se incumple alguno de estos principios es responsable el anunciante, bajo el entendimiento de que es quien conduce los objetivos de la actividad publicitaria y quien goza de sus beneficios cuando esta es eficaz.

Asimismo, la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor señala que “[e]n el caso de las normas de difusión será responsable el titular del medio de comunicación social” y que “[p]or ser la publicidad un servicio profesional, existe responsabilidad solidaria entre el anunciante y la agencia de publicidad, o quien haya elaborado el

(64) Citas textuales tomadas del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

(65) Cita textual tomada de la Resolución 0840-2005/TDC-INDECOPI, emitida en segunda instancia administrativa en procedimiento administrativo tramitado por imputación de oficio contra Jorsa S.A., tramitado bajo Expediente 024-2005/CCD.

anuncio, cuando la infracción se encuentre en un contenido publicitario distinto de las características propias del producto anunciado”⁽⁶⁶⁾.

En consecuencia, por ejemplo, cuando se trate del incumplimiento del principio de legalidad que incluye normas de difusión sobre publicidad de productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas y productos de cigarrillos o productos de tabaco en medios u horarios de difusión prohibidos, será responsable también el medio de comunicación. Asimismo, por ejemplo, cuando se trate de publicidad contraria al principio de adecuación social, debido a que se presentan contenidos violentos o capaces de generar efectos de discriminación sobre los miembros de la sociedad, será responsable también la agencia de publicidad o quien haya elaborado el anuncio de que se trate.

Cabe señalar que, en ningún caso, la falta de voluntad o conciencia sobre la realización de una infracción será causa para evitar responsabilidad, pues la infracción se determina como tal por los efectos negativos que es capaz de producir en proceso competitivo y en los consumidores, mas no por la existencia de intención para realizarla. Asimismo, no será necesario para que se determine una infracción que exista la comprobación de que algún consumidor o empresa ha resultado afectado efectivamente por el anuncio o la campaña publicitaria analizada, pues bastará acreditar un efecto potencial.

3.3. Mandatos que puede emitir la autoridad administrativa

Durante una investigación, la Comisión puede solicitar a quienes son los posibles responsables de una infracción la presentación de las piezas publicitarias que se investigan, los *briefs* que las respaldan, el señalamiento del público al que se han dirigido y algunas pruebas sobre las características de los productos y sus atributos si es que lo que se investiga es, por ejemplo, si se ha cumplido con el principio de veracidad en el mensaje de determinado anuncio publicitario.

Además, luego de iniciarse un procedimiento sancionador, la Comisión puede citar a las partes a una audiencia de informe oral para presentar, de

mejor manera, sus argumentos, puede requerir documentación o pruebas adicionales para completar su análisis e, incluso, en el caso de un proceso sancionador por denuncia de una empresa o de un consumidor puede citar a conciliación en cualquier momento del proceso.

En caso de que el análisis del anuncio o campaña publicitaria determine que no existe infracción alguna, el caso concluye sin mandato alguno. Sin embargo, si se determina que ha existido una infracción contra alguno de los principios que regulan la actividad publicitaria, además de imponer una sanción, la Comisión se encuentra facultada, entre otros, a ordenar el cese de la difusión publicitaria que ha significado la infracción para evitar que esta continúe afectando al proceso competitivo, a los consumidores o a las demás empresas concurrentes.

Cabe señalar que una vez iniciado el procedimiento sancionador, la Comisión puede ordenar, como medida cautelar, el cese preventivo de la difusión del anuncio o de la campaña bajo análisis cuando tiene fuertes elementos para considerar que la existencia de una infracción es muy probable y que dicha difusión puede afectar gravemente a los agentes en el mercado.

Considerando que el daño que una infracción provoca no puede ser efectivamente reparado en todos los casos, las amonestaciones o multas que se aplican por la difusión de publicidad contraria a la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor cumplen con un efecto disuasivo para que en el futuro el anunciante infractor y quienes también hayan resultado responsables, o cualquier otro agente en el mercado, no se vean estimulados a difundir publicidad de contenido similar.

Cabe señalar que, como ocurre en un Estado de Derecho, los pronunciamientos de la Comisión en un procedimiento siempre pueden ser apelados ante la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi por aquel participante en el procedimiento que considere que estos deben ser revisados. Asimismo, incluso las decisiones de esta Sala pueden siempre, luego, ser revisadas en el Poder Judicial.¹⁵

(66) Cita textual del artículo 13 del Decreto Legislativo 691 - Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.