

“Papá, papá, ¿el dinero crece en los árboles?”

La publicidad de menores en la jurisprudencia del Indecopi

Teresa Tovar Mena^(*) y Johanna Holz Rincón^(**) (***)

1. Introducción

La publicidad de menores ha estado bajo el escrutinio de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal desde hace un tiempo y ha venido siguiendo una tendencia que se ha tornado más represiva.

En el presente comentario se realiza un análisis de la tendencia establecida en pronunciamientos de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) y la modificación de este criterio a raíz de un reciente pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala).

El tema tiene relevancia porque, de acuerdo con la última resolución emitida por la Comisión y revocada por la Sala, se podía entender que toda publicidad se encuentra dirigida a menores y, por lo tanto, debe adecuarse a la regulación especial de esta materia. Así, entre las normas específicas comprendidas en esta regulación se encuentra aquella que señala que no debe generarse sentimientos de inferioridad. Lo preocupante es que dicha norma ha venido siendo interpretada por la Comisión entendiendo que los anuncios no deben generar sentimientos de inferioridad cuando muestren productos o servicios que no se encuentran al alcance de todos, lo que en la realidad ocurre con la gran mayoría de los productos y servicios ofrecidos en el mercado.

2. Regulación de la publicidad de menores

La publicidad comercial en general se encuentra regulada en el Decreto Legislativo 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Sin embargo, dentro de dicho dispositivo existen normas que regulan de manera especial algunos supuestos específicos, como es el caso de la publicidad dirigida

a menores de edad, ya que se entiende que su falta de experiencia, ingenuidad y susceptibilidad los hace particularmente sensibles a los mensajes publicitarios.

Por ello, en los casos de publicidad dirigida a menores, los anuncios publicitarios se analizan, ya no bajo la óptica de lo que entendería un consumidor razonable, sino considerando que los destinatarios de la publicidad son menores de edad, es decir, consumidores con mayor capacidad de ser influenciados por determinados mensajes o imágenes y a quienes se puede engañar muy fácilmente. Así, existe una finalidad protectora que busca evitar tanto el aprovechamiento indebido de su ingenuidad, inexperiencia, inocencia, etcétera, como que se les muestre en situaciones de peligro o inseguridad que puedan replicar.

De este modo, la publicidad para menores se rige por la siguiente norma:

“Artículo 10. Los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas:

10.1. Ningún anuncio deberá afirmar que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar.

10.2. El uso de la fantasía no debe inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos.

10.3. Deben respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.

10.4. No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido.

10.5. No deben presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados”.

Nótese que esta norma se aplica a toda publicidad dirigida a menores, independientemente de quiénes

(*) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima.

(**) Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Asociación Civil *ius et veritas*.

(***) Las autoras han patrocinado la defensa de AFP Unión Vida en el caso bajo comentario. Sin embargo, las opiniones expresadas en el presente artículo son a título personal.

participan en ella. No debe confundirse este supuesto con el siguiente artículo, que regula la publicidad con la participación de menores, según lo dispuesto a continuación:

“Artículo 11. La participación de los menores en la publicidad deberá tener en cuenta la edad de los mismos en relación a los contenidos y características del producto o servicio promocionado”.

En el primer caso, estamos ante publicidad comercial que se encuentra dirigida a menores, como consumidores directos o indirectos de los productos o servicios que promocionan. En cambio, en el caso normado por el artículo 11, no necesariamente se trata de publicidad que se encuentra dirigida a menores, sino que basta para ser aplicado que el anuncio cuente con la presencia de un menor de edad.

3. Jurisprudencia de publicidad de menores

3.1. Caso New Zealand Milk

Industrias Pacocha denunció a New Zealand Milk Products Peru en mayo de 1996⁽¹⁾ por difundir una secuencia dentro de un programa televisivo (Gisela), que mostraba a una niña peruana llamada Margarita, Margara o Margaracha, que se encuentra descontenta por no haber nacido en Nueva Zelanda, quien consumía margarina, y un niño neozelandés llamado Fernandito que tenía una actitud muy positiva, gozaba de buena salud, y que consumía mantequilla (marca FERN).

Puede advertirse que este anuncio contraría lo dispuesto en el artículo 7 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, que señala que los anuncios no deben denigrar a ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía. Así, en el presente caso se hacen apreciaciones negativas relativas al estado de salud de Margarita por consumir margarina, a diferencia de Fernandito, quien consume mantequilla, menospreciando a las margarinas y a quienes la consumen.

La Comisión consideró que se encontraba ante publicidad dirigida a menores pues el producto objeto del anuncio (mantequilla) está destinado al consumo familiar y los protagonistas del anuncio son menores de edad, además de estar siendo difundido en un horario destinado a programas de índole familiar (mediodía). Así, en tanto la secuencia del programa contiene frases y alusiones que insinúan

sentimientos de inferioridad en las personas que no consumen mantequilla y en particular en los niños que se identificarían con la niña peruana, la empresa denunciada está contraviniendo el artículo 10.4 de las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor.

En este caso, consideramos que no solo el horario de transmisión, los personajes y el formato del anuncio sino el lenguaje y el mensaje implícito (que llevan a los niños a querer identificarse con el personaje, también un niño, que se presenta como feliz, saludable, “ganador” y querer evitar ser como el “perdedor”) lo hacen particularmente apto para impresionar a los menores y generar sentimientos de inferioridad a los menores que no consumían el producto anunciado.

3.2. Caso *Business*

La Comisión⁽²⁾ inició un procedimiento de oficio en contra de Mercados & Norandina en marzo de 2004 por la difusión de un anuncio publicitario para la revista *Business* que muestra imágenes de un niño pequeño exhibiendo a su hermana durmiendo semidescubierta para satisfacer la curiosidad sexual de otros niños, obteniendo a cambio, una suma de dinero. Así, la Comisión determinó que el artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor contiene una prohibición tácita sobre la participación de menores en anuncios que no sean acordes con su edad, por lo que el mencionado anuncio vulnera la norma al presentar a niños realizando conductas no apropiadas para su edad.

Este caso fue apelado, y en segunda instancia, la Sala⁽³⁾ determinó que “la finalidad de regular la participación de menores en anuncios publicitarios es proteger tanto a los intereses e integridad de los menores que participan en el anuncio, así como de aquellos que puedan apreciarlos”. En consecuencia, consideró que el propósito de la norma es evitar la participación de menores en anuncios que publiciten productos destinados a ser consumidos exclusivamente por mayores de edad, tales como tabaco, bebidas alcohólicas, u otros, o cuando la conducta de los menores no guarde relación con su edad y pueda generarles algún daño.

En ese sentido, la Sala opinó que la participación de un menor en un anuncio de una revista especializada en negocios, por sí sola, no genera perjuicios para él. Sin embargo, en el caso concreto, el menor aparece realizando una conducta antisocial, configurada por obtener una ganancia a

(1) Resolución 037-96-CCD, emitida en el expediente 036-96-CPCD, seguido por Industrias Pacocha S.A. contra New Zealand Milk Products Perú S.A., la misma que declaró fundado este extremo de la denuncia, sancionando a la denunciada con una multa de 1 UIT.

(2) Resolución 079-2003/CCD-INDECOPI, emitida en el expediente 057-2003/CCD, seguido de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra Mercados & Norandina S.A. y Grupo Q Comunicaciones S.A.

(3) Resolución 0079-2004/TDC-INDECOPI.

costa de la invasión a la privacidad de otra persona. Así, si algún menor de edad ve el anuncio, podría considerar que esta conducta es ingeniosa y digna de alabanza, distorsionando su percepción de la realidad pues entenderían que no respetar la privacidad e intimidad de otras personas es correcto.

Consideramos que en este caso se definió correctamente la infracción al artículo 11, pues el anuncio estaría mostrando al menor de edad realizando una conducta que sociablemente no es deseable, afectando también a otros menores como posibles destinatarios del anuncio. Además, la Sala hizo bien en precisar que el artículo 11 no prohíbe toda participación de menores de edad en anuncios de productos para adultos, sino solo aquella que les genera algún daño, criterio que, como veremos, no fue aplicado por la Comisión en el caso Maxifondos.

3.3. Caso BBVA Banco Continental

En noviembre de 2004 la Comisión inició una investigación de oficio en contra de un anuncio difundido por BBVA Banco Continental, que presentaba a un niño señalando: “esta Navidad, el BBVA Banco Continental se encarga de los regalos... Solo dile a tus papis que escriban sus datos en los *vouchers* de Conticash y VIP Electrón... y que los depositen en las ánforas que están en las oficinas del banco”.

En este caso la Comisión resolvió sancionar al Banco pues consideró que, si bien los servicios promocionados en el anuncio (tarjetas de crédito) no están dirigidos de manera directa a los menores de edad, los menores protagonistas sí se dirigen a otros menores a fin que influencien a sus padres para que realicen actos que los lleven a obtener los regalos promocionados en el anuncio. Asimismo, el anuncio no deja en claro que existe un sorteo para poder acceder a los regalos ofrecidos, ni que el servicio de tarjetas de débito no está fácilmente al alcance del presupuesto familiar, e insinúa sentimientos de inferioridad al menor que no logra los regalos ofrecidos en el anuncio, por lo que determina que ha existido una infracción a los artículos 10.1, 10.3 y 10.4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor⁽⁴⁾.

La Comisión ha señalado al respecto que: “(...) dada la condición ingenua de los niños, existe la convicción de que constituyen un público indefenso ante la persuasión publicitaria y, debido a ello, es necesaria una regulación especial que los proteja. Este es el fundamento de lo establecido en las normas de publicidad respecto a los anuncios cuyos mensajes estén dirigidos a menores o donde ellos

sean protagonistas de los mismos, por lo que los anunciantes tienen la especial responsabilidad de proteger a los niños de las percepciones que, por su edad, los hacen más susceptibles a la credulidad”.

Por otro lado, la Comisión ha considerado que se ha decidido utilizar a un menor de edad como protagonista de un anuncio publicitario sobre un servicio que no tiene relación con su edad, “a pesar de que el texto artículo 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor prohíbe que no se tenga en cuenta la edad de los menores en relación con las características del servicio anunciado”. Es así que la Comisión concluye que, al haberse usado a un menor como herramienta para persuadir a consumidores adultos para que adquieran productos que no están dirigidos directa ni indirectamente a los menores, se ha infringido el artículo 11. Este caso fue confirmado en segunda instancia por la Sala.

Al respecto, consideramos que si bien es cierto que el anuncio constituye publicidad dirigida a menores, en tanto el protagonista del anuncio se está dirigiendo directamente a otros menores de edad para que “le digan a sus papis” que escriban sus datos en los *vouchers* de sus tarjetas de débito e ingresen al sorteo, discrepamos con la interpretación de que la participación del menor en este anuncio se encuentra proscrita por el artículo 11. En efecto, la norma no prohíbe la participación de menores de edad como herramientas para lograr y/o persuadir a consumidores adultos para que consuman productos que no están dirigidos directa ni indirectamente a otros menores, sino que únicamente establece que debe tenerse en cuenta la intervención del menor en relación al contenido y las características del producto anunciado. Esta referencia tiene el propósito de evitar que los niños intervengan en anuncios que presenten a estos en situaciones peligrosas o denigrantes o cuando el producto anunciado, por sus características, no deben ser consumidos por los menores, lo que en el presente caso, no ha sucedido.

Así también, vemos que en este caso la Comisión se ha apartado del criterio establecido por la Sala en el caso *Business*, en el que, como ya se dijo, se aclaró que no se impide la participación de menores en anuncios de productos para adultos a menos que dicha participación les genere un perjuicio. En cambio, en el caso BBVA, la Comisión parece interpretar la obligación de “tener en cuenta la edad de los [menores] en relación a los contenidos y características del producto o servicio promocionado” como equivalente a prohibir la

(4) Resolución 042-2005/CCD-INDECOPI emitida en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra BBVA Continental y Duna Euro RSCG S.A.C., tramitado bajo Expediente 023-2005/CCD.

participación de menores en anuncios distintos a aquellos que publiciten productos para menores, lo que no es correcto.

3.4. Caso Speedy

En marzo de 2005 la Comisión⁽⁵⁾ inició una investigación de oficio en contra de los anuncios integrantes de la campaña publicitaria “Ponte *Speedy*” por contener la afirmación: “si no tienes ‘Speedy’ estás en la prehistoria”. Al analizar el anuncio, la Comisión consideró el horario en el cual se difundieron los anuncios y, además, que el servicio ofrecido si bien no es contratado por menores de edad, sí puede motivar que ellos intenten influenciar la adquisición del servicio. En este sentido, concluyó que se trataba de publicidad dirigida a menores.

Por ello, la Comisión consideró que la campaña publicitaria contenía como mensaje principal que los receptores del anuncio entenderían que no adquirir el servicio *Speedy* significaba que se encontraban en una situación desventajosa frente al uso de la tecnología actual.

Consideramos que el análisis de la Comisión fue correcto pues tomó en cuenta tanto el horario y oportunidad de difusión de los anuncios que forman parte de la campaña publicitaria (en horarios principalmente dirigidos a menores), como la naturaleza del servicio ofrecido, que si bien no es contratado directamente por los menores, estos sí pueden convertirse en importantes “influenciadores” para lograr que sus padres contraten dicho servicio por el uso generalizado que hacen de este. Así también, analizó el lenguaje utilizado, que por su simpleza es de fácil identificación y comprensión para los niños. Por ello, concluyó adecuadamente que estábamos ante publicidad dirigida a menores, y en tanto genera sentimientos de inferioridad en los menores que no adquieren el servicio, ya que no quieren encontrarse en la “prehistoria”, queda claro que sí se ha infringido el artículo 10.4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

3.5. Caso La Curacao

En junio de 2005 la Comisión⁽⁶⁾ inició un procedimiento en contra de Total Artefactos (La Curacao) por difundir un anuncio que presentaba a una madre y a su hija preparando una receta de cocina siguiendo las indicaciones de un libro. Sin embargo, cuando llegaron a la instrucción de llevar los ingredientes al microondas, se sorprenden

cuando ven un espacio vacío donde debería estar dicho artefacto. En opinión de la Comisión, el anuncio en cuestión se encuentra dirigido a menores, pues “si bien los productos promocionados por Total Artefactos no estarían dirigidos de manera directa al consumo de los menores de edad, (...) la participación de la menor protagonista en el anuncio imputado y la forma como se presenta dicha participación en este, es susceptible de generar una identificación de los menores que perciban el anuncio (...)”. Por ello, la Comisión considera que los menores pueden convertirse en “influenciadores” en la adquisición de microondas.

Así, estableció que el anuncio en cuestión infringió lo dispuesto en el artículo 10.1 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, pues presenta al producto como fácilmente accesible en el presupuesto familiar. Además, se consideró que el anuncio genera sentimientos de inferioridad en los menores que no cuentan con un horno microondas en su hogar, al ver la desilusión de la menor protagonista del anuncio, por no tener dicho artefacto.

Este caso fue apelado y en segunda instancia, la Sala⁽⁷⁾ determinó que no estamos ante un caso de publicidad dirigida a menores, pues un microondas no es un producto ordinariamente utilizado por menores, y tampoco se ofrece ningún beneficio o ventaja dirigido a influenciarlos para que incentiven a sus padres su compra, revocando la resolución de la primera instancia.

Sin embargo, dejó sentado el siguiente criterio: “(...) a efectos de determinar bajo qué parámetros debe evaluarse un anuncio publicitario debe analizarse la presencia de elementos que permitan inferir a quién está destinado el mensaje, es decir, quién es el sujeto al que el anunciante intenta convencer para que realice una compra o incentive la realización de esta, cabe destacar que el incentivo ofrecido puede estar constituido no solo por los beneficios que el consumo directo de cierto producto pudiera producir, sino también por los beneficios colaterales que la adquisición del mismo podría generar”.

No estamos de acuerdo con la resolución de la Comisión en el extremo que entiende que se estaba ante publicidad dirigida a menores cuando ellos no son los interesados, ni directos ni indirectos, en adquirir un artefacto eléctrico para la cocina del hogar. A pesar de considerar que no era publicidad dirigida

(5) Resolución 096-2005/CCD-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal contra Telefónica del Perú S.A.A., Terra Networks Perú S.A. y Pragma de Publicidad S.A.C., tramitado bajo los Expedientes Acumulados 049-2005/CCD y 109-2005/CCD.

(6) Resolución 017-2005/CCD-INDECOPI, emitida en el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, contra Total Artefactos S.A. y Creazone S.A.C., tramitado bajo Expediente 106-2005/CCD.

(7) Resolución 1474-2006/TDC-INDECOPI.

a menores, la Sala interpretó que para determinar quién es el destinatario de un mensaje, no solo debe analizarse a quién se está intentando convencer para que adquiera el producto o servicio, o para que influya su compra, sino también a cualquiera que pueda verse beneficiado por la compra de dicho producto o servicio. Nos parece que esta interpretación extensiva significa que, en la práctica, cualquier anuncio pueda entenderse como publicidad dirigida a menores y, por lo tanto, pueda ser analizado bajo un régimen más estricto.

4. Culminación de la tendencia restrictiva de la jurisprudencia del Indecopi

De los casos analizados puede advertirse una tendencia crecientemente represiva iniciada por la Comisión y apoyada parcialmente por la Sala, en dos sentidos.

En primer lugar, se ha pretendido ampliar los supuestos comprendidos como publicidad dirigida a menores. En vía de interpretación, se había definido que deben tomarse en cuenta criterios tales como el lenguaje y la forma de la participación del menor en el anuncio para definir cuándo tiene como destinatarios a los menores, por lo que no era determinante la presencia de menores en dichos anuncios. Sin embargo, según la resolución de la Sala en el caso La Curacao, debe tomarse en cuenta no solo al sujeto a quien se intente convencer para realizar la compra o incentivar la realización de la compra, sino también quién puede beneficiarse por los incentivos colaterales de la adquisición del producto. El concepto de "colateral" es lo suficientemente amplio como para incluir cualquier "beneficio o incentivo" que puede atribuirse a un menor, aunque el anuncio mismo no sea de interés para este y tal beneficio no sea el centro del mensaje publicitario (como veremos que ocurre con las "vacaciones" a las que alude el anuncio de Maxifondos).

Por otro lado, la tendencia jurisprudencial también ha sido ampliar el supuesto establecido en el artículo 11, hasta llegar al punto en que se entiende que los menores de edad no pueden participar en anuncios que no estén dirigidos a menores, a pesar que la *ratio legis* de la norma busca proteger a los menores de situaciones dañinas, inapropiadas, perjudiciales o desagradables. Así, en el caso del Banco Continental, a pesar que los menores de edad no están participando en situaciones como las mencionadas, la Comisión decidió que se está infringiendo el artículo 11, pues se los está utilizando como herramienta para influenciar la compra de productos o servicios. Dicha norma no prohíbe utilizar a los menores como "influenciadores" de compra de los adultos sino que prohíbe hacerlo con un mensaje que los lleva a error, al creer que el resultado ofertado

es más simple de lo que es en realidad (obtener regalos con solo llenar un *voucher*).

Esta tendencia es palpable en la resolución de la Comisión que comentaremos a continuación. A pesar de ello, la Sala, con acertado criterio, ha revocado dicha resolución, cambiando de dirección la tendencia más estricta que se venía observando en la regulación de publicidad dirigida a menores y publicidad en la que participan los menores.

4.1. Posición de la Comisión en el caso Maxifondos

En junio de 2006 la Comisión resolvió iniciar de oficio un procedimiento contra AFP Unión Vida por la supuesta infracción a los artículos 10.4 y 11 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Para la Comisión el anuncio difundido por AFP Unión Vida publicitando el fondo de inversión denominado "Unión Vida Maxifondos" era capaz de generar sentimientos de inferioridad en los menores cuyos padres no pudieran contratar los servicios ofrecidos, y presentaba a un niño en una situación no acorde con su edad.

El anuncio contra el cual se inició el procedimiento fue el siguiente: Un menor se acerca a su padre y le pregunta "Papá, papá, ¿los billetes crecen?", a lo que el padre responde: "No Vicente, no, no crecen". Luego el niño señala: "Pero mamá dice que nuestros ahorros sí" y el padre manifiesta: "Eh... bueno sí, un poquito". Ante ello, el niño pregunta: "Pero, ¿no querías llevarnos de vacaciones?" Y el padre responde: "Sí, ¿por?" A continuación el niño señala: "Si la plata crece poquito, ¿vamos a ir de vacaciones de a poquitos?" El padre no sabe qué contestar.

Luego se presenta al niño conversando con su padre, mientras se escucha la voz en *off* del menor diciendo: "Será que no sabe que ahora existe Unión Vida Maxifondos, tu alternativa de inversión que te da la misma rentabilidad de fondos de AFP Unión Vida. Los retiramos cuando los necesitamos y los usamos cuando queremos; es que son expertos en inversiones y forman parte del grupo Santander". Mientras se escuchan estas afirmaciones, aparece un cuadro de barras, arriba del cual se observa el logotipo "Union Vida Maxifondos" y en la parte inferior se lee las siguientes frases: "Rentabilidad AFP Unión Vida", "Fondo Tipo 2 Mixto" y "Unión Vida Maxifondos Moderado". También se muestran las imágenes de cuatro fotografías, como recuerdos de viajes: en la primera fotografía Vicente aparece con un respirador acuático; en la segunda, aparece posando al lado de un muñeco de nieve, con una leyenda que señala "¡¡¡Brrr. Que frío!!!"; luego aparece Vicente en una montaña rusa, con la leyenda "¡¡¡Uaaaaa!!!"; y finalmente, Vicente aparece en un estadio de fútbol, con una leyenda que dice "4-0".

A pesar de los argumentos presentados por AFP Unión Vida, en torno a que no se estaba ante un

anuncio dirigido a menores en tanto el servicio ofrecido (fondo de inversión) no está destinado a los niños, ni tampoco presentaba a un niño en una situación que afectara su integridad física o moral, la Comisión resolvió declarar fundadas las imputaciones planteadas en su contra⁽⁸⁾.

La decisión de la Comisión se sustentó en que el anuncio: (i) tenía por intención influenciar a los menores para que motiven a sus padres a que adquieran los servicios ofrecidos y así puedan, a través de ellos, acceder a las vacaciones que se mencionan en el anuncio, cuando la contratación del fondo de inversión no necesariamente se encuentra al alcance de todas las familias ni conlleva tan sencillamente el resultado planteado en el anuncio (las vacaciones), por lo que se genera sentimientos de inferioridad en los menores que no logran irse de vacaciones con actividades especiales o viajes; (ii) coloca al menor en una situación que no tiene en consideración su edad, pues es utilizado como herramienta para lograr y/o persuadir a consumidores adultos para que consuman productos financieros que no están dirigidos directa ni indirectamente a los menores.

4.2. Nuestra visión de la interpretación realizada por la Comisión

En primer lugar, la Comisión ha considerado que estamos ante un caso de publicidad dirigida a menores, pues estima que el menor protagonista se dirige a otros menores para convertirlos en impulsores del servicio. Ello resulta sumamente discutible si tomamos en cuenta el servicio ofertado, el horario de difusión del anuncio, el lenguaje utilizado y la participación del menor en el anuncio. Lo cierto es que el mensaje no se dirige a los menores sino a los padres. En efecto:

a) El lenguaje no está enfocado para captar la atención de los niños (más bien apela al adulto instruido) ni se tratan temas de su interés (precisamente porque no es un tema que conozcan los menores, como admitió la Comisión);

b) El menor participa en forma coyuntural y no expresando un interés en el producto promocionado sino todo lo contrario, mostrando interés en un producto no promocionado que es irse de vacaciones;

c) El producto es un fondo de inversión que no se encuentra dirigido a menores;

d) El horario y programación en que fue difundido el anuncio fue dirigido a mayores. Por tanto, no busca que los menores incentiven a sus padres a comprar el producto (ya que no es un tema que conozcan) sino que está dirigido a los padres que quieren llevar

de vacaciones a sus hijos, ni tampoco hay una invocación a los menores para que les digan a sus padres que contraten el servicio anunciado.

Por lo tanto, no puede establecerse que se trata de publicidad dirigida a menores. Nótese la diferencia con el caso del Banco Continental, donde sí es palpable la petición directa que hace el menor de edad al comunicarle a los destinatarios del anuncio, que “le digan a sus papás”. En este caso, es difícil de concebir que los menores de edad intentarán convencer a sus papás que contraten el fondo de inversiones de Unión Vida. En todo caso, lo que les podría interesar a los menores son las vacaciones que se mencionan en el anuncio, pero ese no es el servicio ofrecido al público.

Aun en el caso que estuviésemos ante publicidad dirigida a menores, no es correcto señalar que el anuncio en cuestión genera sentimientos de inferioridad en los menores que lo ven, porque “la contratación de los servicios de Unión Vida Maxifondos no necesariamente se encuentra al alcance de todas las familias del país” o por “la facilidad con la que se presenta el hecho de lograr vacaciones con actividades especiales o viajes”, como lo ha señalado la Comisión.

En este caso, la Comisión consideró que el anuncio genera sentimientos de inferioridad, al presentar un servicio como fácilmente accesible y al alcance de cualquier presupuesto familiar. Como se puede ver, se ha mezclado los supuestos normados en el artículo 10.1 y 10.4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Esto es incorrecto pues, tal como lo establece reiterada jurisprudencia y doctrina, para sancionar un anuncio por insinuar sentimientos de inferioridad, este debe transmitir el mensaje de que si un menor no adquiere el servicio o producto ofertado, es inferior a aquel que sí lo adquiere, y no existe relación alguna con la facilidad o dificultad en la adquisición del producto o servicio ofertado.

En este sentido se ha señalado que: “La base de la publicidad es hacer que la gente sienta que sin el producto es un perdedor. Los niños son muy sensibles a eso. Si se les dice simplemente que compren algo no obedecerán, pero si se les dice que serán unos parias si no lo compran se habrá conseguido su atención”⁽⁹⁾.

Así, podemos ver lo peligroso del razonamiento de la Comisión, al establecer que prácticamente toda publicidad se encuentra dirigida a menores (pues entiende como destinatario a cualquier “influenciador” de un producto o servicio que pueda generarle beneficios colaterales al menor de edad) y, además,

(8) Mediante Resolución 185-2006/CCD-INDECOPI de fecha 29 de noviembre de 2006.

(9) LEÓN, José Luis. *Los efectos de la publicidad*. Citado por: CHÁVEZ, Jessica. *Publicidad dirigida a menores*. En: ESPINOZA ESPINOZA, Juan y Pierino STUCCHI LÓPEZ RAYGADA (editores). *Normas de la publicidad*. Lima: Rodhas, 2006. p. 281.

que toda publicidad genera sentimientos de inferioridad si muestra productos o servicios que no se encuentran fácilmente al alcance de toda la población (lo que ocurre en prácticamente todos los casos).

Por otro lado, se reitera la posición de la Comisión de prohibir la participación de menores en anuncios que promocionen productos o servicios no dirigidos a ellos, aun cuando no sean dañinos para los menores. Consideramos que esta es una interpretación incorrecta del artículo 11, que no prohíbe la participación de menores en anuncios que promocionen artículos dirigidos a mayores, a menos que ello los coloque en una situación dañina o inmoral.

4.3. Posición de la Sala en el caso Maxifondos

Prima AFP (sucesora procesal de AFP Unión Vida), interpuso un recurso de apelación contra la resolución de la Comisión, que fue declarado fundado por la Sala⁽¹⁰⁾.

La Sala ha considerado que la finalidad de regular la participación de los menores en anuncios publicitarios, según lo dispuesto en el artículo 11, no puede ser evitar la sola aparición de menores en situaciones que, aun cuando en estricto no sean acordes con su edad, no los afectan ni dañan en forma alguna. Más bien, para la Sala, la finalidad del mencionado artículo es evitar que los menores participen en anuncios que promueven productos destinados exclusivamente para mayores de edad y que, a la vez, su uso no corresponda o sea nocivo para menores, como ocurre en los casos del consumo de tabaco, bebidas alcohólicas, juegos de cartas, etcétera, o con actividades que ponen en peligro su salud, integridad o desarrollo psíquico. De esta forma, el anuncio de Maxifondos, si bien muestra al menor manejando conocimientos atípicos en alguien de su edad, no lo coloca en una situación peligrosa ni lo muestra realizando una conducta antisocial, por lo que no puede ser sancionable bajo el artículo 11.

Por otro lado, al analizar si estamos ante un anuncio que genera sentimientos de inferioridad, supuesto sancionable solo si la publicidad se encuentra dirigida a menores, la Sala nuevamente modificó lo dispuesto por la Comisión en primera instancia. La Comisión consideraba que el anuncio de Maxifondos se encontraba “dirigido” a menores de edad pues, si bien no trata de servicios directamente adquiridos por ellos, se encuentra dirigido a captar su atención para influenciar en sus padres que los adquieran y así, poder obtener los beneficios publicitados (las vacaciones).

En cambio, la Sala considera que no estamos ante publicidad dirigida a menores, pues los fondos de inversión únicamente pueden ser adquiridos por personas adultas afiliadas a una entidad previsional. Así, establece límites a lo que puede entenderse como “publicidad dirigida a menores”, debiendo tenerse en cuenta factores tales como el lenguaje y horario de difusión, revirtiendo lo señalado en el caso La Curacao⁽¹¹⁾ que, como señalamos, amplió indebidamente lo que constituía el destinatario del mensaje, de quien se beneficiaba directa o indirectamente por el consumo del producto o servicio ofrecido, para incluir también a quien se beneficia por los efectos “colaterales” de la adquisición del producto o servicio ofrecido.

4.4. Nuestra posición respecto de la interpretación de la Sala

Consideramos que en el presente caso se ha revertido la anterior tendencia que comentábamos, por la cual: (i) se amplió lo que se entendía como publicidad dirigida a menores; y, (ii) se limitó indebidamente los supuestos en los cuales los menores de edad pueden participar en anuncios publicitarios.

Así, la Sala ha reafirmado los límites de lo que se entiende como publicidad dirigida a menores, recortando la interpretación extensiva que proponía la Comisión que como ya se anotó incluía no solo a los anuncios de productos o servicios dirigidos directamente a menores o indirectamente cuando se busca que influyeran la decisión de compra de los padres para que les compren el producto o servicio ofertado, sino también a aquellos anuncios que a pesar de no ofertar productos o servicios dirigidos a menores, les vinculaban beneficios indirectos que podrían agradecerles. Según la interpretación de la Comisión, prácticamente cualquier anuncio sobre productos o servicios que pudieran tener beneficios que agradasen no solo a los adultos sino también a los niños, constituiría un supuesto de publicidad dirigida a menores, lo que es incorrecto.

Por otro lado, la Sala también elimina la interpretación de la Comisión que vetaba, en la práctica, la participación de menores en anuncios que no tuvieran productos o servicios dirigidos a ellos, aun cuando no se afectaba su integridad física o moral. Ello, porque de lo afirmado por la Comisión quedaba la duda respecto de cuándo se consideraría que estamos ante situaciones acordes con la edad de los niños, lo que terminaría por desalentar a los proveedores, quienes para evitar una sanción, se

(10) Resolución 0402-2007/TDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2006.

(11) En la Resolución 1474-2006-TDC-INDECOPI, en el procedimiento seguido de oficio contra Total Artefactos S.A. y Creazone S.A.C.

abstendrían de emitir anuncios mostrando a niños que no actúen como niños, aun cuando no les genere ningún perjuicio.

Sin embargo, consideramos que la Sala desperdió una oportunidad de delimitar correctamente la regulación contenida en el artículo 10, pues no analizó si el anuncio generaba sentimientos de inferioridad, entendiendo que no era necesario al no tratarse de un anuncio dirigido a menores. Sin embargo, pudo dejar en claro que los supuestos tipificados en los artículos 10.1 y 10.4 no son idénticos. En efecto, como ya lo señalamos, la Comisión en primera instancia sancionó a Unión Vida porque su publicidad “generaba sentimientos de inferioridad” ya que el servicio ofrecido “no está fácilmente al alcance de todos”, mezclando así los supuestos en que se prohíbe generar sentimientos de inferioridad a los menores, con la publicidad que transmite que un producto o servicio se encuentra fácilmente al alcance del presupuesto familiar. Al margen de la trasgresión al debido procedimiento administrativo que implica extender analógicamente la tipificación de la conducta sancionable, estamos ante dos conceptos distintos que no deben mezclarse.

Para sancionar un anuncio por insinuar sentimientos de inferioridad, este debe transmitir el mensaje de que si un menor no adquiere el servicio o producto ofertado, es inferior a aquellos que sí lo adquieren. No existe una relación con el presupuesto

familiar, ni la facilidad o dificultad de adquirir el producto. En cambio, el artículo 10.1 está relacionado con el principio de veracidad, pues busca que el anuncio no realice afirmaciones que puedan inducir a error a los menores, sobre la posibilidad de que sus padres puedan adquirir el producto o servicio ofertado. Es decir, se analiza la información transmitida sobre el precio y las condiciones de venta del producto y/o servicio, y no se analiza que los menores consideran que la no adquisición del producto, los convierte en perdedores.

Sin perjuicio de ello, consideramos acertada la decisión de la Sala, ya que reafirma el derecho de los proveedores de incluir a menores de edad como protagonistas de sus anuncios, cuando su participación no les genera ningún perjuicio y salvaguarda la libertad de creación de los publicistas, sujeta a los mismos límites, esto es, la prohibición de generar daño a los menores. En efecto, no podemos dejar de coincidir con la Sala en que “sancionar una publicidad como la empleada por Prima y 121 Relationship para promocionar su producto ‘Unión Vida Maxifondos’, en las circunstancias particulares de este caso, implicaría una grave limitación a la creatividad publicitaria”. Por último, establece criterios adecuados para delimitar cuándo estamos ante publicidad dirigida a menores, evitando la innecesaria extensión que había establecido la jurisprudencia anterior. ¹⁵