

EL PRINCIPIO DE VERACIDAD Y LA "SUBSTANCIACION" PREVIA EN MATERIA PUBLICITARIA* **

Carlos A. Patrón Salinas
Bachiller en Derecho
Exmiembro del Comité Directivo de
THĒMIS - Revista de Derecho

I. INTRODUCCION

Desde los inicios de la presente década, la legislación destinada a fomentar el desarrollo de un mercado basado en los principios de la leal y libre competencia y en el respeto de los derechos del consumidor y de la propiedad intelectual, ha experimentado un notable desarrollo en nuestro país. Hoy en día, el modelo implantado por el actual gobierno ha generado expectativas de futuro crecimiento y desarrollo económico; y, se vislumbra, la decisión política de fortalecer las instituciones llamadas a supervisar el funcionamiento adecuado del mercado¹. Dentro del contexto de esta significativa reforma legislativa cobran singular importancia las normas dirigidas a la protección del consumidor; entre las cuales destacan el Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección al Consumidor, y el Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, en el Perú coexistían una serie de dispositivos legales disímiles e incluso contradictorios en materia de actividad publicitaria. Esta dispersión trascendía a las distintas dependencias gubernamentales encargadas de supervisar tal actividad, generándose "una suerte de incertidumbre jurídica que era preciso erradicar"². Quizás el principal mérito del Decreto Legislativo N° 691 radica precisamente en haber reunido en un único y ordenado cuerpo legal los principios que rigen la publicidad comercial y en haber concentrado su supervisión en una sola autoridad estatal³.

* A Luz Israel y Ramón Vidurizaga, por su amistad.

** Agradezco los comentarios proporcionados por Ana María Patrón y Alfonso Rivera.

¹ Ver discurso pronunciado por el Presidente de la República, Ingeniero Alberto Fujimori Fujimori, en CADE '95. En: Diario Oficial El Peruano, 7 de noviembre de 1995, Separata Especial.

² DELGADO ZEGARRA, Jaime y Crisólogo CÁCERES VALLE. Publicidad. Régimen Jurídico y Práctica Comercial. Lima: Instituto de Derecho del Consumidor, 1993, p. 22.

³ Si bien existen otras dependencias gubernamentales que, por razón de especialidad, supervisan la actividad publicitaria, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal es la única autoridad que puede aplicar sanciones administrativas en esta materia (Ver artículo 29° del Decreto Legislativo N° 691).

No cabe duda que hoy la “publicidad se manifiesta (...) como una de las actividades más importantes a través de la cual el empresario se pone en contacto con la gran masa de consumidores, a fin de lograr un mayor número de contratos para sus bienes o servicios”⁴. De esta manera, la publicidad se presenta como una herramienta indispensable en un mercado que pretende inspirarse en los principios de la libre competencia.

El presente comentario pretende trazar de manera preliminar los fundamentos que subyacen al principio de veracidad en materia publicitaria. Por otro lado, pretendemos establecer algunos criterios a partir de los cuales resulte posible determinar sobre quién debe recaer la carga de probar la veracidad o no de las afirmaciones diseminadas a través de la publicidad comercial. Para ello, nuestro enfoque se limita a comparar las opciones de imponer dicha carga ya sea en los consumidores o en los anunciantes, excluyendo del análisis, en esta oportunidad, el rol que la administración pública podría desempeñar en esta materia.

La resolución materia de comentario ha sido elegida, más que por su resonancia en los medios de comunicación o por la importancia de las partes involucradas en la misma, por razón a que ésta resulta ser clara y didáctica, a la vez que establece algunos precedentes administrativos de suma relevancia para la actividad publicitaria.

II. ¿QUE SUCEDIO?

El día 8 de agosto de 1995, la empresa COAINSA COMERCIAL S.A. denunció a UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. ante la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, por haber incurrido en actos de engaño tipificados en el artículo 9º del Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, al difundir información incorrecta respecto a la composición química del

fertilizante VERDEggio, producto elaborado por esta última empresa.

La denuncia presentada por COAINSA COMERCIAL S.A. se sustentaba en el hecho que en folletos que promocionaban el fertilizante VERDEggio y en los envases (sacos de polipropileno) del mismo se había consignado que éste estaba compuesto principalmente en un 15% de nitrógeno, en un 15% de fósforo, en un 17% de potasio, en un 12% de calcio y en un 2% de magnesio. Los altos porcentajes publicitados por UNION AGROQUIMICA S.A. llamaron la atención de su competidor, despertando sospechas que posteriormente llevaron a la denunciante a verificar la veracidad de los mismos. En este sentido, COAINSA COMERCIAL S.A. acudió a SGS DEL PERU S.A., laboratorio de ensayo acreditado ante el INDECOPI, a fin de realizar los ensayos químicos pertinentes sobre una muestra del referido fertilizante. Los ensayos practicados arrojaron como resultado que el producto VERDEggio estaba compuesto en un 3.11% de nitrógeno, en un 5.4% de fósforo, en un 1.09% de potasio, en un 12.5% de calcio y en un 1.8% de magnesio.

Recibida la denuncia, y atendiendo a la naturaleza de los medios empleados para difundir la composición química controvertida, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI (en adelante la Comisión) decidió tramitar ésta en la vía procedimental prevista por el Decreto Legislativo N° 691.⁵

Posteriormente, durante la tramitación del proceso, la Comisión requirió de oficio a la empresa denunciada para que acreditase, mediante la presentación de un informe de ensayo practicado por un laboratorio debidamente acreditado ante el INDECOPI⁶, la veracidad de la composición química diseminada en los anuncios materia de denuncia, en ejercicio de la potestad conferida a aquélla por el artículo 15º del Decreto Legislativo antes mencionado.

⁴ LEMA DEVESA, Carlos. En torno a la Publicidad Engañosa. En: Actas de Derecho Industrial, Tomo IV, 1977, p. 294.

⁵ Mediante el Decreto Legislativo N° 788, de fecha 31 de diciembre de 1994, se fusionaron en la actual Comisión la Comisión Nacional de Supervisión de la Publicidad (CONASUP) y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal. Así, en el plano funcional, la actual Comisión es competente para conocer dos procesos administrativos diferenciados (el contenido en el Decreto Ley N° 26122 y el previsto en el Decreto Legislativo N° 691), siendo su potestad adaptar las denuncias presentadas a la vía procedimental que considere apropiada.

⁶ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 26º del Decreto Ley N° 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones Paarancelarias del INDECOPI se encuentra facultada para acreditar Laboratorios de Ensayo. Actualmente se encuentran acreditados los siguientes laboratorios: *International Analytical Services S.A.* (INASSA), *SGS del Perú S.A.*, *Certificaciones del Perú S.A.* (CERPER S.A.) y *ARPL Tecnología Industrial S.A.*

La empresa UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. presentó un informe que contenía el resultado de un análisis por difracción de rayos X practicado por el Laboratorio de Espectrometría de la Facultad de Ingeniería Geológica Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería. Este análisis concluyó que la muestra materia de estudio estaba compuesta principalmente en un 14% por urea [CO(NH₂)₂], en un 15% por superfosfato de calcio simple [Ca(H₂PO₄)₂], en un 17% por sulfato neutro de potasio [K₂SO₄], en un 13% por sulfato de calcio (anhidrita) [CaSO₄] y en un 1.8% por sulfato de magnesio heptahidratado (epsomita) [MgSO₄·7H₂O].

III. ¿COMO RESOLVIO LA COMISION?

Lima, 19 de octubre de 1995

Resolución N° 073-95-C.P.C.D.

VISTOS: El expediente N° 098-95-C.P.C.D iniciado por COAINSA COMERCIAL S.A. contra UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. por presuntas infracciones a las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor; y,

CONSIDERANDO:

(...)

6. Que, en el extremo de la denuncia referido a la publicidad por medio de envases, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, se entiende publicidad por envase a toda referencia distinta a la información propia de las normas de rotulado, y la información técnica del producto;

7. Que, por otro lado, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 15° y 16° del Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección al Consumidor, es obligación de los proveedores consignar en los envases de los productos ofertados la información referida a los componentes del producto anunciado;

8. Que, en este sentido, siendo que los componentes químicos del producto VERDEggio constituyen una información propia del rotulado de los productos que debe consignarse en éstos, no se configura en cuanto a este extremo de la denuncia un supuesto de infracción publicitaria a través de envases; no resultando, por ende, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia

Desleal competente para conocer la denuncia en este extremo, debiendo ponerse la misma en conocimiento de la Comisión de Protección al Consumidor;

9. Que, el artículo 4° Decreto Legislativo N° 691 establece que los anuncios no deberán contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir a error al consumidor, en especial sobre las características del producto, el precio y las condiciones de venta;

10. Que, el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 691 señala que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión, de oficio o de parte;

11. Que, para efectos de interpretar la norma transcrita en el considerando anterior debe atenderse a lo dispuesto en esta materia por el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 716, Normas Sobre Protección al Consumidor, según el cual está prohibida toda información o presentación que induzca al consumidor a error respecto a la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos, y por el artículo 9° del Decreto Ley N° 26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece como acto de engaño la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas que realmente ofrecen los productos o prestaciones anunciados;

12. Que, en tanto los proveedores de bienes y servicios, gracias a su organización empresarial y a su experiencia en el mercado, adquieren y utilizan de mejor manera que los consumidores la información relevante sobre las materias primas y otros factores involucrados en sus procesos productivos, la racionalidad de las normas transcritas en los considerandos anteriores se orienta a proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran dentro del mercado, motivo por el cual es deber de la Comisión supervisar que la información contenida en los anuncios sea veraz;

13. Que, tanto el respeto a la libre y leal competencia como el interés colectivo de los consumidores exige que los anunciantes estén en capacidad de acreditar, en cualquier estado de los procesos referidos a publicidad comercial, a través de medios probatorios idóneos, la veracidad de las afirmaciones que difunden por medio de sus anuncios, pues éstas sirven de sustento a las decisiones de consumo que adopta el público; ello quiere decir que los anunciantes tienen el deber de contar, antes de lanzar una campaña publicitaria, con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios publicitados;

14. Que, el informe emitido por el laboratorio de la Facultad de Ingeniería Geológica, Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería, presentado por la denunciada, que corre a fojas 60 y ss., no es prueba suficiente para demostrar la veracidad de la composición química atribuida al producto VERDEggio en los folletos materia de denuncia, toda vez que el referido laboratorio no se encuentra acreditado ante el INDECOPI; no obstante lo anterior, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 197° del Código Procesal Civil, todos los medios probatorios deben ser valorados por el juzgador en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada;

15. Que, en el folleto materia de denuncia se anuncia que "VERDEggio es un fertilizante compuesto (...) que contiene 3 elementos principales (mayores)...": 15% de nitrógeno, 15% de fósforo y 17% de potasio;

16. Que, en el informe de laboratorio presentado como medio probatorio por la denunciada no se indican las referencias de los métodos de ensayo utilizados; por otro lado, el referido análisis concluye cuáles son los valores de los compuestos (sales) de la muestra analizada más no cuáles son los valores de los elementos químicos que la componen;

17. Que, en lo referido al porcentaje de nitrógeno contenido en el producto VERDEggio, el análisis efectuado por el laboratorio de la Facultad de Ingeniería Geológica, Minera y Metalúrgica de la Universidad Nacional de Ingeniería, concluye que la muestra analizada contenía un 14% de úrea; en este sentido, si bien la úrea contiene nitrógeno, en el referido análisis no se indica el valor de este elemento químico en la muestra estudiada; por otro lado, habiéndose determinado que el producto analizado contenía un 14% de úrea, atendiendo a que el

nitrógeno es un elemento químico que compone la úrea y que en el referido análisis no se indica el contenido de este elemento bajo alguna otra forma, debe concluirse que el valor del nitrógeno contenido en el producto analizado no puede ser equivalente al 15% publicitado;

18. Que, en lo referido al porcentaje de fósforo contenido en el producto VERDEggio, el análisis mencionado en el considerando anterior no indica el valor de este elemento químico en la muestra estudiada, señalando únicamente que esta última contenía un 15% de superfosfato de calcio simple; en este sentido, si bien el superfosfato de calcio simple está compuesto, entre otros elementos, por fósforo, en el análisis no se determina el valor de este elemento químico en la muestra estudiada; razón por la cual, debe concluirse, en base a las mismas razones expuestas en el caso del nitrógeno, que el valor del fósforo contenido en el producto analizado no puede ser equivalente al 15% anunciado;

19. Que, en lo referido al porcentaje de potasio contenido en el producto VERDEggio, el informe del resultado de análisis presentado por la denunciada señala que la muestra analizada contenía un 17% de sulfato neutro de potasio; en consecuencia, siendo que el sulfato neutro de potasio está compuesto, entre otros elementos, por potasio el referido análisis no determina el valor de este elemento químico en la muestra estudiada; razón por la cual, al igual que en los elementos señalados en los considerandos anteriores, el valor del potasio contenido en el producto analizado no puede ser equivalente al 17% publicitado;

20. Que, por las razones expuestas, la empresa denunciada no ha acreditado la veracidad de la información contenida en los folletos publicitarios materia de denuncia referida a la composición química del producto anunciado; razón por la cual, debe concluirse que la denunciada ha infringido lo dispuesto en el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691;

21. Que, el artículo 15° del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI establece que para la aplicación de sanciones por infracciones al Decreto Legislativo N° 691, se tendrá en consideración la naturaleza del medio de comunicación empleado y las posibilidades técnicas que éste ofrece para su difusión; siendo a su vez criterio de la Comisión establecer dichas sanciones en función a la gravedad de la falta cometida por el agente, los beneficios obtenidos a raíz del desarrollo de la práctica ilícita y el comportamiento del mismo a lo largo del proceso;

22. Que, de conformidad con el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 788, se creó la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal para velar por el cumplimiento de las normas de publicidad en defensa del consumidor aprobadas por Decreto Legislativo N° 691 y por el cumplimiento de las normas que sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, de acuerdo a lo establecido por el Decreto Ley N° 26122;

La Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal en su sesión de fecha 19 de octubre de 1995,

HA RESUELTO:

PRIMERO: Declarar **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por COAINSA COMERCIAL S.A. contra UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. en el extremo referido a la difusión de información engañosa en los envases del producto VERDEggio, oficiando a la Comisión de Protección al Consumidor para los fines pertinentes; y, **FUNDADA** en el extremo referido a la información difundida por medio de folletos, por infringir lo dispuesto por el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 691.

SEGUNDO: MULTAR a la empresa denunciada UNION AGROQUIMICA DEL PERU S.A. con 2 (dos) U.I.T. y ordenar que en sus futuros anuncios consigne los porcentajes correspondientes a los verdaderos valores de los elementos químicos contenidos en sus productos;

TERCERO: Ordenar que la denunciada cumpla con lo ordenado por la presente resolución en un plazo no mayor a 3 días de recibida la notificación de la misma, bajo apercibimiento de imponer una sanción de 4 U.I.T. y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20° del Decreto Legislativo N° 691. **Dr. Alejandro Falla, Dra. Pilar Dávila, Sr. Alfredo Castillo, Ing. Luis Cabieses.**

IV. COMENTARIO

4.1 Problemas de información asimétrica

En una economía a escala, como regla general, los consumidores individualmente considerados se

encuentran en una posición desventajosa en relación a los proveedores de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta desventaja principalmente se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios; en otras palabras, que permite que éstas sean razonables.

Diariamente debemos tomar decisiones de consumo, optando entre los distintos bienes y servicios que nos ofrece el mercado, dentro de nuestras posibilidades económicas. "Un consumidor, por ejemplo, debe cotejar las compras que desea efectuar con las posibilidades de gasto que le brinda un presupuesto restringido. Dentro de este cálculo, el consumidor no sólo tomará en cuenta cuáles son los bienes que desea adquirir, sino también cuántos de ellos puede efectivamente comprar; y, más importante aún, cuáles y cuántos bienes distintos al primero deberá de dejar de comprar para así adquirir el deseado. De esta forma, los consumidores evalúan las posibilidades de gasto que tiene frente a sí y asignan sus recursos escasos a los fines que, en su opinión, les reporten más utilidades, es decir, a aquéllos que les representen la adquisición de un mayor valor por unidad monetaria."⁷

Sin embargo, sin un adecuado suministro de información, la libertad de elección de los consumidores se vería seriamente limitada. Por un lado, la información permite que los consumidores puedan conocer las alternativas que les ofrece el mercado; por otro, la información permite comprender suficientemente las implicancias de cada una de ellas y, sobre todo, facilita la comparación. Así, un suministro adecuado de información relevante evitará que los consumidores incurran innecesariamente en costos de oportunidad⁸ a la vez que les permitirá adoptar las decisiones de consumo que mejor satisfagan sus necesidades.

Asimismo, el conocimiento en sí muchas veces resulta ser materia de elección. En este sentido, un consumidor puede elegir adquirir mayor información si considera que esta elección mejorará su decisión de consumo lo suficiente como para que valga el esfuerzo. Sin embargo, cuando los costos en el acceso a esta información exceden nuestras expectativas de mejoramiento, lo razonable sería decidir no

⁷ FELICES SAAVEDRA, Enrique. La Elección Colectiva y el Análisis Económico de los Procesos Políticos. En: THEMIS - Revista de Derecho, 1994, N° 30, p. 298.

⁸ Para los efectos del presente comentario, entendemos como costo de oportunidad las pérdidas generadas a un consumidor al no haber tomado la decisión que, según sus intereses, le reporte los mayores beneficios.

adquirir conocimientos adicionales. En el caso que nos ocupa, dicha información básicamente estaría relacionada a verificar la veracidad de las afirmaciones diseminadas por los anunciantes respecto a las características de los bienes y servicios publicitados, sus precios y las condiciones de venta. Como veremos más adelante, comúnmente no existe una manera práctica para que un consumidor verifique la veracidad de las características que los anunciantes atribuyen a sus productos, con anterioridad a la adquisición de los mismos.

Trebilcock resume el problema de la información asimétrica de la siguiente manera: *"Thus, how much information is required for the exercise of autonomous choices presents a complex puzzle: it is difficult to conceive of a choice as autonomous without basic information on its implications, but because information is often costly it may be rational to choose to forgo the acquisition of further information where its expected benefits are less than its expected costs."*⁹

4.2 La actividad publicitaria y su regulación

Como hemos esbozado en párrafos anteriores, la información constituye una condición previa para una elección razonable por parte de los consumidores¹⁰. Con ella, se busca garantizar la transparencia en el mercado -es decir, el conocimiento completo que poseen los participantes en el mercado sobre sus ofertas y demandas-, necesaria para alcanzar mayor eficiencia en las negociaciones.

Por otro lado, cotidianamente apreciamos la proliferación de productos de consumo que ingresan a competir en el mercado, elaborados con estándares tecnológicos cada vez más complejos. De esta manera, la posibilidad de que un consumidor pueda acceder por sus propios medios a conocimientos respecto al modo de fabricación, los componentes, las características u otra información pertinente para su elección de consumo, resulta ser un sueño difícil de soñar. En la práctica, dicha información sólo es

manejada adecuadamente por las empresas que ofrecen los mencionados productos. (Ver considerando 12 de la resolución comentada)

Ante esta realidad, la labor creativa del Derecho reside en establecer las vías y modos de comunicación adecuados para transmitir esta información a los consumidores (v. gr. en el rotulado de productos envasados). Entonces, la pregunta que cabe hacerse es si la publicidad constituye o no una vía de comunicación adecuada para estos fines.

Publicidad, como el propio término lo insinúa, significa comunicación pública. Ello, sin embargo, no implica que toda actividad publicitaria tenga por propósito el informar¹¹. Cabe en este momento distinguir entre la publicidad con fines de interés público y la publicidad con fines comerciales. La primera es aquella cuyo mensaje publicitario no es contratable ni se circunscribe al ámbito económico. Ejemplos cercanos a nuestra reciente experiencia son los anuncios de radio y televisión difundidos con propósito de la campaña "Comprobante de Pago" de la SUNAT o los difundidos en la campaña de preservación de los delfines.

Por otro lado, la publicidad comercial propiamente dicha tiene por finalidad fomentar el consumo de bienes o la utilización de servicios. "Tomado un producto, por sí generalmente similar a otros de su clase, la publicidad tiene la misión de sacar a la luz aquellos aspectos que lo individualizan, apoyándose en la diferente concurrencia de los valores dados."¹² Así, la publicidad comercial no es más que una forma de "marketing" o una herramienta, quizás la más eficaz, con la que cuentan los proveedores en el mercado para distinguir sus productos o servicios de los de sus competidores, con el propósito de promover su adquisición. La publicidad comercial, entonces, busca satisfacer un interés del productor, comerciante o empresario. Siendo así, compartimos plenamente la idea que la "publicidad es, en este sentido, una manifestación o componente

⁹ TREBILCOCK, Michael J. *The limit of freedom of contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 103

¹⁰ Kim Lane Scheppele (citada por TREBILCOCK, Michael J., ob. cit., p. 102) sostiene: *"Information plays a dual role in rational choice theory. On one hand, it is a precondition of choice. That is, one needs a certain amount of information in order to be able to imagine one's alternatives, to understand enough of their implications to be able to distinguish among them, and to assess which one would best realize one's aims. All this requires quite a lot of knowledge and, generally speaking, the more the better. On the other hand, knowledge is itself an object of choice; that is, one can choose whether to acquire more information. Whether one decides to acquire more information depends not only on what one already knows but on one's estimates of the chances that more knowledge will improve the decision enough to be worth one's efforts. Generally speaking, in such a situation the less additional knowledge one needs, the better."*

¹¹ Ver DESANTES GUANTER, J. M.. *El Marco Jurídico de la Publicidad en el Contexto de la Información*. En: *Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad*. Madrid: 1980.

¹² Publicidad. En: *Biblioteca Deusta de Dirección y Organización*. Tomo III. Bilbao: Ediciones Deusto, 2a ed., p. 73.

de la libertad de empresa, y no cabe pretender reducirla a un instrumento de política de educación e información de los consumidores. Si es tal, la publicidad (comercial) busca la incitación o persuasión, y no la información. Informará en la medida en que los datos sean un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio, mientras que procurará silenciar la información de datos menos favorables.”¹³ ¿Debe por ello concluirse que la publicidad no constituye una vía de comunicación adecuada para compensar la desventaja en la que se encuentran los consumidores debido a los problemas de información asimétrica antes explicados?

Algunos autores como Pasquau Liaño consideran que, como una manifestación más de la llamada “función social” de la empresa “cabe ‘gravar’ el derecho a la actividad publicitaria con una ‘carga’ de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales del producto o servicio anunciado, cuyo incumplimiento pueda determinar la ilicitud de la publicidad”¹⁴. Por lo contrario, nuestra opinión es que la regulación estatal restringe la libre competencia; y, consideramos que, en todo caso, deben potenciarse otras vías para informar adecuadamente a los consumidores.

Sin embargo, la regulación de la publicidad comercial debe, como veremos a continuación, exigir la veracidad de la información diseminada en los anuncios. Esta es la manera como la regulación de la actividad publicitaria puede contribuir a alcanzar el objetivo de transparencia en el mercado. Lo que se debe regular no es el tipo o cantidad de información que ha de ser difundida en los anuncios sino, por el contrario, la prevención de los excesos en los que pueden incurrir los anunciantes con el propósito de captar clientela. En síntesis, la “publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso -en cierto modo- ‘manipuladora’, pero en todo caso ha de ser veraz”¹⁵.

4.3 El principio de veracidad en materia publicitaria

El engaño -concebido en términos generales como el acto por el cual un competidor genera una impre-

sión falaz respecto de sus propios productos o servicios- es probablemente la forma más común de competencia desleal. Como ha señalado la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), “*misleading can have quite serious consequences: the consumer, relying on incorrect information, may suffer financial (or more harmful) prejudice. The honest competitor loses clients. The transparency of the market diminishes, with adverse consequences for the economy as a whole and economic welfare.*”¹⁶

Por otro lado, el medio más común a través del cual se ejerce el engaño en las relaciones comerciales es la publicidad. Por ello, en la mayoría de los países, entre los cuales se encuentra el Perú, se ha optado por una legislación especial que prevea específicamente la tutela contra el engaño publicitario¹⁷.

La exigencia del principio de veracidad en materia publicitaria no es más que una manifestación dentro del género de represión del engaño en las relaciones comerciales. (Ver considerando 11 de la resolución comentada) Hoy, con el desarrollo de los medios de comunicación masiva, la difusión publicitaria de afirmaciones falaces conlleva a que, por un lado, se multipliquen los efectos distorsionantes que esta actividad produce en la competencia; y, que potencialmente dicha conducta sea susceptible de afectar el derecho a la libertad de elección de un mayor número de consumidores.

El caso materia de comentario ilustra un claro ejemplo de infracción al principio de veracidad: un productor atribuye a sus productos, por medio de folletos publicitarios, una composición química falsa. Las consecuencias son claras. Por un lado, la única alternativa que tendría un consumidor -esto es, un agricultor en el presente caso- para verificar la veracidad de la composición química atribuida al fertilizante promocionado sería adquirir una muestra y practicarle un ensayo de laboratorio, con los costos que ello implica. El agricultor tendría que seguir este procedimiento con todos los fertilizantes ofrecidos en el mercado a fin de determinar cuál de éstos es el más conveniente para sus intereses.

¹³ PASQUAU LIANO, Miguel. Control Jurídico de la Actividad Publicitaria. En: Comentarios a la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Madrid: Civitas, 1992, p. 143.

¹⁴ Ob. cit., loc. cit.

¹⁵ Ob. cit., p. 144

¹⁶ OMPI. *Protection Against Unfair Competition. Analysis of the Present World Situation*. Geneva: 1994, p. 37.

¹⁷ Ob. cit., p. 40

El fundamento para exigir la veracidad de las afirmaciones publicitarias yace en el simple hecho que es prácticamente imposible que un consumidor pueda verificar las características que los anunciantes atribuyen a sus productos, antes de adquirir los mismos. Ahora, si dichas características son engañosas, el consumidor probablemente terminará invirtiendo sus escasos recursos en la adquisición de un bien que no satisfecerá plenamente sus necesidades: celebrará una transacción ineficiente. Si, por el contrario, requiriésemos a los consumidores verificar por su cuenta y costo la veracidad de las afirmaciones difundidas en los anuncios de todos y cada uno de los productos que diariamente necesitan adquirir, la celeridad en el tráfico de bienes y servicios se vería drásticamente restringida, desequilibrando las bases mismas de nuestra organización económica. (Ver considerando 12 de la resolución comentada)

El funcionamiento adecuado del mercado exige, por ende, que los competidores concurren de manera leal, que capten mayor número de clientes porque ofrecen un mejor producto o servicio, porque la calidad de éstos es superior, porque sus precios son más cómodos o las condiciones de venta más convenientes y no porque engañan a los consumidores; asimismo, el mercado requiere de transparencia que facilite, simplifique y acelere el intercambio económico.

4.4 La carga de probar y la "substanciación" previa

Corresponde ahora preguntarnos quién debe probar la veracidad de las afirmaciones diseminadas en los anuncios. En la mayoría de los sistemas procesales del mundo la carga de probar corresponde a quien afirma los hechos que configuran su pretensión. Aplicando este criterio, correspondería al consumidor afectado con la publicidad engañosa demostrar dentro de un proceso, en nuestro caso administrativo, que las afirmaciones diseminadas en un anuncio son falsas y que éstas lo indujeron a error. Sin embargo, los elevados costos de probanza desincentivarían la presentación de denuncias por parte de los consumidores. Ello nos lleva a concluir

que la carga de probar no puede ni debe recaer en los consumidores.

Como hemos señalado anteriormente, dada la asimetría de información y de recursos existentes entre los proveedores y los consumidores, económicamente resulta más razonable e impone un costo social menor, requerir a los fabricantes probar las afirmaciones diseminadas en sus anuncios. En este sentido, jurisprudencia de la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos de América justifica tal requerimiento en el hecho que los proveedores cuentan con las posibilidades técnicas, los conocimientos, el equipo, el tiempo y los recursos necesarios para tal fin¹⁸.

La OMPI señala que, por ejemplo, la Comunidad Económica Europea ha dictado directivas sobre publicidad engañosa que obligan a los Estados miembros a requerir a los anunciantes proporcionar evidencia respecto a la veracidad de las afirmaciones difundidas en su publicidad cuando tal requerimiento sea apropiado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en particular¹⁹. Algunos países -entre los cuales destacan Bélgica, Dinamarca, Francia y Holanda- han optado por "invertir" la carga de la prueba.

Un caso que resulta de particular interés es el de los Estados Unidos de América. La *Federal Trade Commission* -la autoridad administrativa o agencia federal más importante en los Estados Unidos para temas relacionados a la competencia y a la protección del consumidor- ha desarrollado en las últimas décadas la teoría de la "base razonable". Según esta teoría, si un anunciante asevera algo objetivo al publicitar un producto o servicio (v. gr., la mayoría de los médicos recomiendan, estudios demuestran, etc., para poner algunos ejemplos evidentes) se debe a que aquél cuenta con el sustento necesario (con una base razonable) para creerlo cierto, o por lo contrario no lo habría afirmado. De ahí que los anunciantes tengan la obligación legal de "substanciar" todas las aseveraciones objetivas referidas a sus productos, antes de diseminar éstas en su publicidad²⁰; no hacerlo constituye,

¹⁸ PFIZER, INC. *Federal Trade Commission*, 1972. CCH Trade Reg. Rep. 20,056.

¹⁹ OMPI, ob. cit. p. 44.

²⁰ "Objective claims for products or services represent explicitly or by implication that the advertiser has a reasonable basis supporting these claims." *Federal Trade Commission Policy Statement Regarding Advertising Substantiation*, issued July 27, 1984, mimeo.

dentro de este razonamiento, un acto desleal y engañoso²¹.

En lo concerniente a la legislación peruana, el Decreto Legislativo N° 691 ha optado por una posición intermedia. El artículo 15° de la mencionada Ley dispone que cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, de oficio o a pedido de parte.

Así, por un lado, la posición adoptada por la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa de los Consumidores se asemeja a la propuesta por las directivas de la Comunidad Económica Europea en tanto será obligación de los anunciantes acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus anuncios ante el requerimiento de la autoridad competente. Sin embargo, a diferencia de las citadas directivas, del texto del artículo 15° antes referido no se desprende que para el ejercicio de tal requerimiento resulte necesario que éste sea apropiado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en particular.

Por otro lado, la opción peruana no constituye propiamente un supuesto de la mal llamada "inversión" de la carga de la prueba. Si fuese así, sería obligación de los anunciantes acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus anuncios sin mediar requerimiento de la autoridad competente.

Finalmente, el artículo 15° del Decreto Legislativo N° 691 señala que las afirmaciones difundidas en los anuncios serán susceptibles de ser probadas por los anunciantes en cualquier momento y sin dilación. Ello implicaría que los anunciantes deberían contar con el material probatorio o "substanciación" necesaria con anterioridad a la disseminación de su publicidad, posición que se asemejaría más a la teoría de la base razonable construida por la *Federal Trade Commission*.

El caso materia de comentario resulta pues de particular interés en tanto constituye el primer precedente administrativo que consagra la obligación de los anunciantes "de contar, antes de lanzar una campaña publicitaria, con todo el sustento probatorio que acredite adecuadamente las características atribuidas en sus anuncios a los productos y servicios publicitados". (Ver considerando 13 de la resolución comentada)

4.5 La publicidad por medio de envases

Anteriormente hemos afirmado que la labor del Derecho reside en encontrar mecanismos adecuados para transmitir información relevante a los consumidores para que puedan efectuar sus decisiones de consumo; entre los cuales encontramos el rotulado de productos envasados. A través de las normas de rotulado exigimos a los proveedores (productores, importadores, distribuidores, etc.) difundir determinada información en los envases de sus productos. Así, diariamente adquirimos productos en cuyas envolturas podemos leer qué empresa los importó, cuáles son sus ingredientes y sus valores nutricionales, por citar algunos ejemplos.

Asimismo hemos afirmado que la publicidad (comercial) es un mecanismo de comunicación pública cuya finalidad principal no es la de informar a los consumidores: informará en la medida en que los aseveraciones difundidas puedan ser un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio promocionado.

En este sentido, el artículo 2° del Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI, Reglamento de la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, guarda coherencia con los lineamientos antes expresados al señalar que se entiende como publicidad por envase a toda referencia distinta a la información propia de las normas de rotulado, y la información técnica del producto (v. gr., consignar una frase como "sabor a pura naranja" en el envase de un jugo soluble).

²¹ Uno de los primeros precedentes en esta materia fue el fallo emitido por la *Federal Trade Commission* en el caso PFIZER INC. En dicho caso, la referida empresa había difundido por medio de la radio y la televisión que su producto UN-BURN anestesiaba los nervios en piel sensible por insolación. La mencionada resolución fundamentó la necesidad de exigirle a los anunciantes que cuenten con una base razonable que sustente sus afirmaciones de la siguiente manera:

"The consumer is entitled, as a matter of marketplace fairness, to rely upon the manufacturer to have a 'reasonable basis' for making performance claims. A consumer should not be compelled to enter into an economic gamble to determine whether a product will or will not perform as represented. The economic gamble involved in a consumer's reliance upon affirmative product claims is created by the vendor's activities, and cannot be easily avoided by consumers. Taking a different analytical perspective and weighing the minimal cost for affirmative product claims, against economic losses to consumers which can be fairly be ascribed to advertising claims lacking such reasonable basis (losses which are, in a practical sense unavoidable for the consumer), it is likewise clear that economic fairness requires that this obligation be imposed on vendors."

Así, atendiendo a lo dispuesto por la norma señalada en el párrafo precedente, la resolución comentada concluye que el consignar una composición química engañosa en el envase de un producto, no configura un supuesto susceptible de ser sancionado por las normas que supervisan la publicidad comercial. (Ver considerandos 6, 7 y 8 de la resolución comentada)

V. A MANERA DE CONCLUSION

El presente comentario no pretende más que esbozar los fundamentos que subyacen al principio de veracidad en materia publicitaria y que determinan la racionalidad de imponer a los anunciantes el costo de sustentar las aseveraciones objetivas diseminadas a través de los anuncios que promocionan

la adquisición de los bienes y servicios existentes en el mercado.

Así, básicamente, hemos concluido que el principio de veracidad en materia publicitaria se sustenta en razones de asimetría de información y de recursos económicos. Asimismo, ésta asimetría justifica que el costo de probar las afirmaciones objetivas difundidas a través de material publicitario recaiga básicamente sobre los anunciantes y no sobre los consumidores.

Lo expresado en páginas anteriores constituye simplemente un trabajo preliminar en un campo poco explorado en nuestro medio. Esperamos con él contribuir a que en el futuro mayores estudios sean elaborados en esta materia.

ENRIQUE COSTA SAENZ

NOTARIO DE LIMA

Lampa 879 Of. 212 - 214

Telfs. 427.4446 - 427.8798
Fax: 428-1392