

August, 2015

Con los precios más bajos... Mentira caserito, solo estaba exagerando. Analizando los límites de las licencias publicitarias frente a los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño

Javier André Murillo Chávez, *Pontificia Universidad Católica del Perú*

JURISPRUDENCIA MERCANTIL



CON LOS PRECIOS MÁS BAJOS... MENTIRA CASERITO, SOLO ESTABA EXAGERANDO

Analizando los límites de las licencias publicitarias
frente a los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño

Javier André MURILLO CHÁVEZ^(*)

TEMA RELEVANTE

Según el autor, el Indecopi ha tenido que resolver un caso borderline entre lo que se denominan las licencias publicitarias –en específico la exageración publicitaria– y los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño que se derivan de un anuncio publicitario, y es de la opinión que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi cometió un error considerar la frase “con los precios más bajos” como una exageración publicitaria aplicando el artículo 20 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

INTRODUCCIÓN

El Derecho es relativo, no es una ciencia exacta. Los abogados somos especialistas en generar argumentos a favor o en contra de determinada postura en defensa del interés de nuestro patrocinado, ese es nuestro trabajo. Por esto, nosotros recibimos una historia de nuestro cliente (hechos) y vemos cuál es la mejor defensa con base en las reglas de juego (normas jurídicas y jurisprudencia). Esto genera, como en todo conflicto, que siempre existan, por lo menos, dos puntos de vista expuestos ante la Autoridad –funcionarios, jueces, comisiones, tribunales, entre otros–, quien deberá resolver sobre la base

de lo expresado por las partes y sus defensores a lo largo del proceso jurisdiccional o del procedimiento administrativo.

Curiosamente, hay que admitir que existen supuestos en los cuales las normas brindan un espacio de interpretación bastante subjetivo que termina por dejar todo a la argumentación y, al final, la autoridad puede darle la razón a cualquiera de las dos partes. Nuestro ordenamiento jurídico es tan amplio –en cuanto a normas y criterios jurisprudenciales se refiere– que tiene diversas situaciones en las cuales nos encontramos con un pedazo de realidad donde existe un conflicto intersubjetivo de intereses que

(*) Asistente legal del Área Contenciosa de Signos Distintivos del Estudio Barrera Moller S.C.R.Ltda. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) con estudios de especialización de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Escuela de Posgrado de la PUCP. Adjunto de cátedra en los cursos de Derecho de Autor y Derecho de la Competencia 2, así como del curso Represión de la Competencia Desleal y Publicidad del Programa de Segunda Especialidad en Derecho de la Protección al Consumidor, todos en la Facultad de Derecho de la PUCP. Ex director de la Comisión de Publicaciones de la Asociación Civil Foro Académico.

genera paradojas subjetivas en las cuales las autoridades deben tomar postura y resolver basándose en sus propios criterios (experiencia, razones, conocimiento, etc.).

Este escenario es el que se presenta, en nuestra opinión, en el ámbito del Derecho aplicable a la publicidad comercial en el caso que procederemos a analizar. El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) observó de cerca la delgada línea existente entre el uso de las licencias publicitarias y la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño; situación ante la cual, en el caso concreto, tuvo que fundamentar su decisión con base en ciertos criterios de análisis.

Por un lado, el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD) permite el uso del humor, la fantasía y la exageración en la emisión de anuncios publicitarios; sin embargo, sanciona la emisión de anuncios engañosos. Como observará el lector, en lenguaje coloquial, los términos fantasía, exageración y engaño hacen referencia en el fondo a “algo que no es verdad”, en efecto exagerar o presentar una situación de fantasía finalmente es presentar algo distinto a la verdad: un engaño.

En el caso analizado, los órganos del Indecopi tuvieron la difícil tarea de decidir si la frase “con los precios más bajos” estaba dentro del uso válido por la licencia publicitaria de exageración o si, por el contrario, se trataba de un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño. Nosotros creemos que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi cometió un error al concretizar parte del artículo 20 de la LRCD,

que permite el uso de la exageración publicitaria, de esa manera y no sancionar el anuncio por falta de información relevante.

Como analizaremos en el presente trabajo, el Indecopi ha tenido que resolver un caso *borderline* entre lo que se denominan las licencias publicitarias –en específico la exageración publicitaria– y los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño que se derivan de un anuncio publicitario.

I. EL CASO CONCRETO

En este caso, una asociación de consumidores denominada Asociación Andina de Defensa de Consumidores y Usuarios –AADECC (en adelante, la Asociación) presentó una denuncia por actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño contra F & J La Canasta S.C.R.L., persona jurídica dueña del supermercado “La Canasta” ubicado en Cusco, (en adelante, La Canasta) por la emisión de un anuncio televisivo que señalaba la frase “con los precios más bajos” y “contamos con servicio personalizado”. La denuncia se sustentó principalmente en que, con base en el análisis comparativo de los precios de algunos productos que se vendían en establecimientos diferentes en la ciudad de Cusco, la frase utilizada era falsa ya que otros establecimientos tenían precios más bajos que los que ofrecía La Canasta.

La defensa de La Canasta se basó en que la frase “con los precios más bajos” era una exageración publicitaria no sujeta al principio de veracidad debido a que: i) los consumidores no se generan expectativas sobre los productos que se comercializan porque saben que los precios son fluctuantes y varían; y ii) la competencia entre ofertantes del mercado de supermercados es bastante agresiva y los consumidores

Comentario relevante del autor

El Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD) permite el uso del humor, la fantasía y la exageración en la emisión de anuncios publicitarios; sin embargo, sanciona la emisión de anuncios engañosos.

saben que los precios varían con frecuencia; por lo tanto, señaló que el test de comparación de precios era innecesario. La Canasta señaló, adicionalmente, que sí ofrece servicio personalizado porque cuenta con gran cantidad de personal que se encuentra pendiente de las dudas de los clientes, además indicó que las grabaciones de las cámaras de seguridad demostrarían que hay atención personalizada.

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, en Resolución N° 248-2013/INDECOPI-CUS declaró infundada la denuncia de la Asociación porque calificó a las frases “con los precios más bajos” y “contamos con servicio personalizado” como exageraciones publicitarias. La Asociación apeló únicamente el extremo de la primera frase señalando que es una afirmación objetiva, cuya veracidad puede comprobarse, de acuerdo al test de comparación de precios que presentaron.

Finalmente, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia decide, en la Resolución N° 334-2014/SDC-INDECOPI, confirmar la Resolución N° 248-2013/INDECOPI-CUS que declaró infundada la denuncia basándose en que también considera que la frase “con los precios más bajos” es una exageración publicitaria; así, señala que:

“(…) si bien una variable como ‘el precio’ es objetiva y puede verificarse cuándo es mayor o menor en referencia a **un producto**, en el presente caso, el contexto en el que se la presenta es muy genérico (frente a la gran variedad de productos que se comercializan en un supermercado), lo que permite que la afirmación en cuestión sea entendida como una frase altisonante, sin generar una expectativa de resultado comprobable por ser una exageración publicitaria” (fundamento 33).

De esta manera, tanto la Comisión como la Sala han determinado que, bajo ciertas circunstancias, las frases con criterios objetivos pueden ser consideradas exageración publicitaria no sujeta al principio de veracidad. Analicemos con detalle esta decisión.

II. ¿CÓMO Y QUÉ ES LO QUE INTERPRETAMOS DE LOS ANUNCIOS PUBLICITARIOS?

El caso comentado gira en torno al contenido de un anuncio publicitario y su interpretación; en este sentido, debemos comenzar por entender cómo está reglamentada la publicidad comercial en el ordenamiento peruano y cómo debemos juzgar el anuncio que incluyó la frase “con los precios más bajos”.

Comencemos por señalar que la publicidad comercial ha sido definida en el inciso d) del artículo 59 de la LRCD de la siguiente manera:

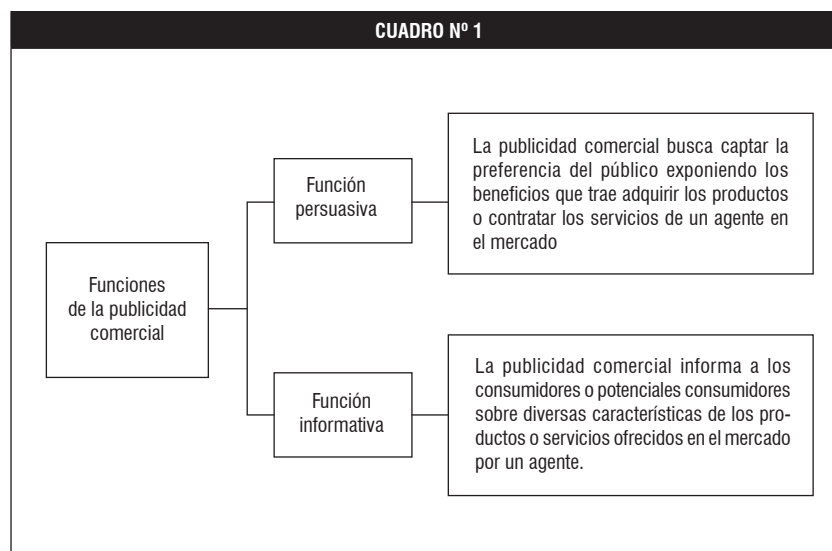
“toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales”

En la actualidad, se reconoce que las funciones de la publicidad son dos: la función informativa y la función

persuasiva¹, tal como se señala en el cuadro N° 1:

Efectivamente, en primer lugar, la publicidad comercial es un medio importante de traslado de información a potenciales consumidores. Esta es la **función informativa**, que genera, por ejemplo, que cierto contenido de la publicidad comercial sea asumido como oferta masiva al público e, incluso, contenido del contrato; de esta manera, tal como señala el artículo 46 de la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor, el contenido de la publicidad puede ser integrado al contrato².

CUADRO N° 1



Fuente: Elaboración propia.

1 Como señala Sifuentes, la “(i) función informativa: permite dar a conocer al público la existencia de un producto, así como sus atributos y características; [y la] (ii) función persuasiva: busca convencer al consumidor de que el bien o servicio es idóneo para satisfacer sus necesidades y que, por tanto, debería ser elegido entre todos aquellos que se ofrecen en el mercado”. SIFUENTES, Guillermo “Los anuncios”. En: AA.VV. *Normas de la publicidad*. Rodhas, Lima, 2006, p. 31; este pensamiento es compartido por MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex - “¿Un mercado sin publicidad?: El derecho publicitario y su regulación en el Perú”. AA.VV. *competencia desleal y regulación publicitaria*. Indecopi, Lima, 2013, p. 75; y FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “La Interpretación jurídica de las expresiones publicitarias: introducción al estudio de los principios generales de la publicidad”. AA.VV. *Estudios de derecho de la publicidad: Homenaje a la Facultad de Derecho* ó autor Dr. Carlos Fernández-Nóvoa, Cate-drático de Derecho Mercantil, nos XXV años de cátedra. Santiago de Compostela: USC, 1989, pp. 57 y ss.

2 Ley N° 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor
Artículo 46 - Integración y vinculación de la oferta, promoción y publicidad

La oferta, promoción y publicidad de los productos o servicios se ajusta a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las características y funciones

Sin embargo, la característica que la define específicamente y la diferencia de otros supuestos de comunicación –tales como la propaganda, el rotulado o la *publicity*– es su **función persuasiva**, pues la publicidad comercial –por definición– debe “promover la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales”. Desde la doctrina, Bezada señala que la publicidad es “una forma de comunicación, con la especial particularidad que busca promover la actividad comercial de los agentes privados que interactúan en el mercado”³.

En la jurisprudencia administrativa, como señala la antigua Resolución N° 197-2005/TDC-INDECOPI, Caso Aspec contra Supermercados Santa Isabel S.A. e Industrias Pacocha, “el elemento que distingue a la publicidad –sujeta al ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 691– de otras formas de comunicación que no constituyen publicidad, es la finalidad de promover la contratación de los productos anunciados, mediante la exaltación de alguna de sus ventajas” (punto 1 del precedente)⁴; como este precedente ha quedado sin efecto por el cambio

de norma, cabe precisar que la actualmente vigente LRCD también reconoce expresamente la característica función persuasiva de la publicidad comercial en el artículo 21⁵ y en su definición antes reseñada.

De esta manera, teniendo en cuenta que la función económica de las empresas es el lucro o incremento patrimonial, la publicidad comercial se convierte en una potente “arma” para conseguir el objetivo de incrementar la venta de sus productos o promover más la contratación de sus servicios. De esta manera, cuando se busca persuadir a los consumidores vemos que la actividad publicitaria es quizás una de las más creativas que existe, no solo por las novedosas formas que puede adquirir⁶, sino por su contenido, el cual es prácticamente infinito. En efecto, cuando se encarga a creativos profesionales la realización de un anuncio publicitario o, más aún, una campaña publicitaria; observamos anuncios que utilizan y “juegan” con la idea de viajes soñados, paisajes inimaginables, bellos y bellas modelos, personas famosas a las cuales seguir, escenarios futuristas que uno desea alcanzar, personajes históricos que resaltan, situaciones

Conclusión del autor

Creemos que la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi cometió un error al concretizar parte del artículo 20 de la LRCD, que permite el uso de la exageración publicitaria, de esa manera y no sancionar el anuncio por falta de información relevante.

específicas de la vida cotidiana que nos acercan a los productos o servicios, seres fantásticos que nos atraen, entre muchas otras.

Por otro lado, la interpretación de los anuncios publicitarios analizados por la Autoridad tiene como regla ciertos parámetros a seguir. Como señala el artículo 21 de la LRCD, la interpretación “(...) se realiza sobre todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de

propias del producto o servicio y las condiciones y garantías ofrecidas obligan a los proveedores y son exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.

Un análisis más detallado sobre este tema se puede observar en el trabajo realizado por RODRÍGUEZ, Gustavo. “Lucas y sombras en el régimen de la publicidad del Código de Protección y Defensa del Consumidor”. En: *Círculo de Derecho Administrativo*. Revista de Derecho Administrativo, N° 10, Tomo II, Lima, 2012, pp. 103-112.

3 BEZADA, José Antonio. “La publicidad comercial”. En: AA.VV. *Normas de la publicidad*. Rodhas, Lima, 2006, p. 22.

4 A pesar del cambio de norma que motivó el precedente citado, la LRCD ha señalado, precisamente, en la definición de Publicidad Comercial que esta forma de comunicación tiene que necesariamente tender a que los potenciales consumidores realicen transacciones adquiriendo los productos que ofrece el agente que anuncia o suscriba contratos por los servicios que brinda dicho proveedor.

5 **Decreto Legislativo N° 1044 LRCD.**

Artículo 21.- Interpretación de la publicidad

1. La publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios. (...)

6 La inclusión de la frase “a través de cualquier medio o soporte” en la definición jurídica de publicidad comercial –establecida en el inciso d) del artículo 59 de la LRCD– es clave; pues, tal como lo señaló el legislador en la exposición de motivos, se busca cubrir las nuevas tendencias en materia publicitaria de los últimos tiempos. Así, como ha señalado Durand, en posición que compartimos, “el anuncio publicitario debe entenderse en su más amplio sentido”. DURAND, Julio. *Tratado de Derecho del Consumidor en el Perú*. USMP, Lima, 2007, p. 209).

Comentario relevante del autor

Tanto la comisión como la Sala han determinado que, bajo ciertas circunstancias, las frases con criterios objetivos pueden ser consideradas exageración publicitaria no sujeta al principio de veracidad.

cada anuncio publicitario que percibe”. En efecto, como ha señalado Indecopi en la Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI, caso de Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios e iniciado de oficio contra Nestlé Perú S.A., la interpretación de los anuncios publicitarios debe ser **integral** “(...) esto es, a partir del significado que en conjunto un consumidor atribuiría a todos los elementos comprendidos en el anuncio” (fundamento 27) y **superficial**:

“(…) es decir, sin apelar a interpretaciones complejas o forzadas, tomando en cuenta el contenido y significado común y usual que un consumidor atribuiría a las palabras, frases y oraciones comprendidas en el anuncio. Así, siguiendo esta evaluación superficial, es razonable esperar que la parte captatoria sea aquella que atraiga la mayor atención del consumidor, y que sea determinante en la

composición del mensaje publicitario recibido” (fundamento 30).

Sin embargo, la regla del análisis integral tiene una excepción particular; de esta manera, se señala:

“no obstante la importancia de una evaluación integral de la publicidad, no debe desconocerse que, por la manera cómo determinados elementos se encuentran consignados o distribuidos en los anuncios, existen algunas expresiones susceptibles de generar un impacto mayor en los consumidores que otras, pese a encontrarse en una misma pieza publicitaria. Este noción alude a la ‘parte captatoria’ del anuncio” (fundamento 28).

Como ha señalado el Indecopi en la Resolución N° 1489-2010/SC1-INDECOPI, Caso iniciado de oficio contra Honda del Perú S.A.:

“(…) cobra relevancia el tratamiento especial que se ha efectuado sobre la denominada ‘parte captatoria’ del mensaje publicitario. Sobre el particular, la doctrina publicitaria ha señalado que si bien los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizadas en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios, debe considerarse que existen ciertas partes del anuncio

identificadas como parte captatoria, que atraen de un modo especial la atención de los destinatarios, por ser más llamativas y destacadas, debido a que cobran mayor relevancia en el contexto del anuncio” (fundamento 15).

Entonces, si bien se debe realizar un análisis integral porque así lo dicta la norma y la jurisprudencia del Indecopi, debemos saber determinar cuál es la parte captatoria del anuncio publicitario para determinar qué es lo que precisamente entiende el consumidor y cuál es el mensaje preciso que va a analizar la Comisión y la Sala del Tribunal del Indecopi.

En el caso concreto, es curioso que la Resolución N° 334-2014/SDC-INDECOPI no haya realizado una descripción del anuncio cuando es una práctica habitual de la Comisión y la Sala hacer una breve reseña del anuncio concreto y colocarla como “cuestión previa” o como “anexo” a la Resolución que emite; incluso, podríamos señalar que la motivación de la Resolución se ve afectada por este punto⁷ ya que no podemos analizar si la frase “con los precios más bajos” constituyó o no parte captatoria del anuncio concreto. Debemos tener en cuenta que es muy diferente observar que esta frase se use en diferentes contextos artístico visuales, por ejemplo:

- La frase puede ser señalada por un personaje famoso en el *spot* televisivo,

7 Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General

Artículo 6 - Motivación del acto administrativo

1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
2. Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.
3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto. (...)

- La frase puede aparecer pintada en un cartel al mostrar la fachada del supermercado,
- La frase puede aparecer en un paleógrafo cargado por un niño,
- La frase puede ser mostrada en primer plano a la mitad del anuncio en letras muy llamativas y grandes, entre muchas otras.

Todas estas formas generan diferentes percepciones de la frase que pueden generar que la frase sea parte captatoria del anuncio o una parte meramente ornamental del mismo. A nuestro parecer, a pesar de la falta de motivación al no describir el *spot*, parece que la frase estaba acompañada de otras, como “contamos con servicio personalizado”, lo cual nos hace presumir que la Comisión y el Tribunal creyeron que esta frase no conformaba la

parte captatoria del *spot* porque esta se pudo perder habiéndose señalado más frases sueltas de manera laudatoria, pero qué duda nos coloca Indecopi al no describir el anuncio de manera detallada.

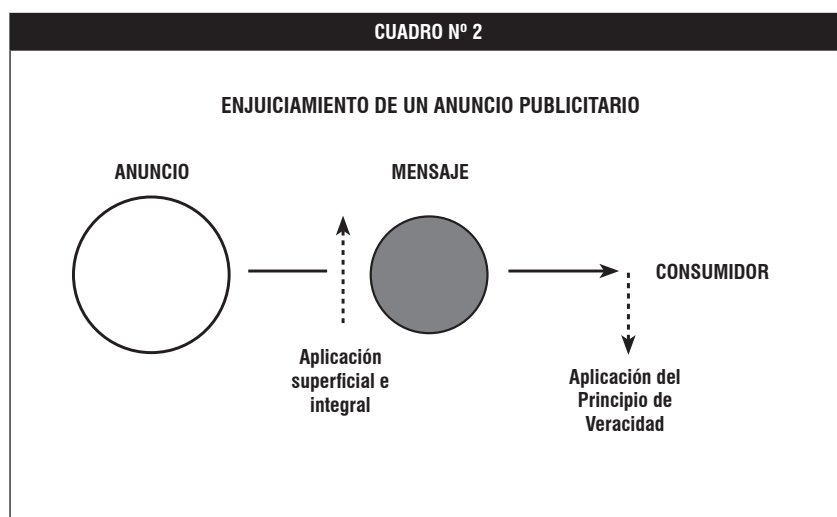
Pese a esto, debemos verificar si esta frase era o no una exageración publicitaria, y por ende, si era o no parte captatoria del anuncio. En este sentido, debe quedar claro que el primer paso para evaluar la licitud o ilicitud de un anuncio publicitario es determinar cuál es el mensaje publicitario; es útil mencionar el análisis metodológico que propuso la Sala en la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI, Caso de Oficio contra Hipermercados Metro S.A., donde se señala que para enjuiciar si estamos ante un acto de competencia desleal contra el principio de veracidad,

“(…) deberá determinarse a partir de una apreciación integral y superficial del anuncio publicitario, en qué consiste el contenido del mensaje publicitario que reciben los consumidores. Una vez delimitado dicho mensaje, este debe ser corroborado con la realidad y, si existe una discordancia entre ellos, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y, consecuentemente, infringe el principio de veracidad” (fundamento 31) (ver cuadro N° 2).

Entonces, solo luego de determinar cuál es el contenido del mensaje publicitario, podríamos entrar a verificar, en un segundo paso, si este mensaje publicitario provoca la subsunción de los hechos en alguna *fat-tispecie* de las normas de represión de la competencia desleal –tales como denigración, engaño o comparación ilícita⁸– o si, finalmente, nos encontramos ante el uso de una licencia publicitaria que genera, como veremos a continuación, que el mensaje publicitario no se encuentre sometido al principio de veracidad en aplicación del artículo 20 de la LRCD.

III. LA DELGADA, FRÁGIL Y SUBJETIVA LÍNEA ENTRE LAS LICENCIAS PUBLICITARIAS Y LOS ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

Como señala Stucchi, y como hemos señalado en líneas anteriores, “un anuncio o campaña publicitaria pueden transmitir un ‘paquete de información’ y además un conjunto de elementos persuasivos”⁹. En este



Fuente: Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI.

8 En el presente comentario, nos hemos limitado a comentar el supuesto de acto de competencia desleal en la modalidad de engaño; así, porque excede este estudio, hemos dejado de lado el análisis de los actos de denigración o comparación ilícita que podrían derivarse del mensaje publicitario, ya que las frases alusivas a otro competidor también deben lograr pasar la exigencia de objetividad (que colinda con la exageración publicitaria) y la pertinencia en la forma (que colinda con el humor publicitario) del examen de *exceptio veritatis* establecido en el inciso 2 del artículo 11 de la LRCD.

9 STUCCHI, Pierino. “El principio de veracidad publicitaria y la prohibición de inducir a error al consumidor a través de la Publicidad”. En: AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Rodhas, Lima, 2006, p. 120.

¿En qué consiste



La publicidad comercial es toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

sentido, una publicidad comercial tendrá diversas alegaciones publicitarias compuestas de lenguaje escrito o hablado, así como lenguaje visual y sonidos. La doctrina¹⁰ ha señalado que existen diversos tipos de alegaciones publicitarias, tales como (i) **alegaciones de tono excluyente**, que son aquellas que tienen información comprobable manifestando que una empresa ocupa una posición de preeminencia en el mercado sin ser alcanzado por ningún competidor; (ii) las **exageraciones publicitarias** que son elementos que aumentan de modo bastante excesivo las características de los bienes o servicios ofrecidos a través de elogios superlativos; (iii) las **expresiones triviales y de carácter general** que consisten en expresiones de ovación genéricas del producto o del servicio ofertado al ser interpretadas como enunciados sin contenido; y (iv) los

juicios estimativos que son consignas publicitarias que versan sobre opiniones del anunciante. En concordancia con lo señalado, podemos encontrar, a su vez, alegaciones objetivas y subjetivas; diferenciación recogida en el viejo precedente de observancia obligatoria de la Resolución N° 014-97/TDC-INDECOPI, caso Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A. contra Compañía Transcontinental del Perú S.A. y Publicistas/IMAA Inc. de Publicidad, donde se señalaba:

“Debe distinguirse en qué casos una afirmación queda sujeta a la obligación del anunciante de probar su veracidad (...) y en qué casos no existe tal obligación. Ello depende de cómo es percibida una afirmación por un consumidor razonable. Las afirmaciones que, por la forma como han sido formuladas, contienen información que puede ser considerada como objetivamente verificable por un consumidor en los términos expuestos, están sujetas al principio de veracidad. Por el contrario, las afirmaciones que son percibidas por el consumidor como opiniones subjetivas y, por tanto, no verificables, no están sujetas a comprobación”. (punto a del precedente).

De esta manera, siguiendo este razonamiento, para efectos de sancionar los actos de competencia desleal, el Tribunal en la Resolución N° 250-2004/TDC-INDECOPI, Caso Corporación Inca Kola Perú S.A. contra Industrias Añños S.A., ha señalado:

“El principio de veracidad pone énfasis en la función informativa que cumple la publicidad comercial sin que ello implique desconocer la finalidad persuasiva de los anuncios. Es por ello, que la veracidad no es exigible a todas las expresiones comprendidas en un anuncio publicitario, sino tan solo aquellas que por su naturaleza resulten objetivamente verificables y de tal manera percibidas por el consumidor, como es el caso de las características del producto, esto es su capacidad, propiedades, componentes, entre otras. En aplicación del principio de veracidad, los anunciantes se encuentran sujetos a probar la veracidad de las afirmaciones que difunden en sus anuncios, cuando estas puedan ser consideradas objetivamente verificables por un consumidor razonable”.

Es de recalcar que la Sala continúa este razonamiento hasta nuestros días, como se puede verificar en la Resolución N° 363-2014/SDC-INDECOPI, Caso Carito del Carmen Carrasco Montalván contra Universidad ESAN:

“(...) en el caso de la publicidad comercial, **únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (principio de veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas**. Ello se debe a que solo respecto de afirmaciones que son susceptibles de ser comprobadas se puede exigir al anunciante que,

10 MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. Ob. cit., pp. 73-182. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de veracidad”. En: *Revista Actas de Derecho Industrial*. N° 2, Montecorvo, Madrid, 1975, pp. 369-392.

en cumplimiento del deber de sustanciación previa, proporcione los medios probatorios necesarios para acreditar la veracidad y exactitud de la información trasladada a los consumidores”.

De esta manera, integrando lo señalado hasta el momento, podemos calificar a las alegaciones de tono excluyente como objetivas, pues son afirmaciones “de contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige y alcanza”¹¹; mientras que los juicios estimativos califican como subjetivos porque se basan en opiniones relativas dependiendo de quien las emita, tal como señala Jaeckel, citado por Samaniego, “el principio de veracidad se aplica solamente para las afirmaciones que son objetivas, es decir, aquellas que se refieren a características propias de los productos (...) y no a elementos puramente subjetivos como juicios estimativos que el propio anunciante hace de su producto”¹².

Por su parte, las expresiones publicitarias triviales y de carácter general son parte del contenido ornamental o no captatorio del anuncio publicitario; es decir, no son susceptibles de evaluación a la luz del principio de veracidad debido a que

“los consumidores interpretan en el sentido de simples incitaciones a la compra o contratación del producto o servicio anunciado”¹³, las cuales no conllevan ningún tipo de información, ni subjetiva ni objetiva. Tema aparte, motivo principal de estas líneas, debemos comentar sobre la exageración publicitaria; que ha sido calificada por la LRCD como licencia publicitaria.

En la actualidad, el artículo 20 de la LRCD señala que “en el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal”; de esta manera, los creativos publicitarios tienen tres herramientas de las cuales valerse para explotar su creatividad en el ámbito de un anuncio impreso, radial o televisivo, entre otros:

- El humor, que en realidad es humorismo, definido como “modo de presentar, enjuiciar o comentar la realidad, resaltando el lado cómico, risueño o ridículo de las cosas”¹⁴;
- La fantasía, referida a “grado superior de la imaginación; la imaginación en cuanto inventa o produce”¹⁵; y

Comentario relevante del autor

Cuando se busca persuadir a los consumidores vemos que la actividad publicitaria es quizás una de las más creativas que existe, no solo por las novedosas formas que puede adquirir, sino por su contenido, el cual es prácticamente infinito.

- La exageración, que conceptualmente es “concepto, hecho o cosa que traspasa los límites de lo justo, verdadero o razonable”¹⁶.

Sin embargo, el propio artículo señala que el límite de uso de estas licencias es que no se cometan actos de competencia desleal; como analizaremos, la línea divisoria entre lo que es el uso de una licencia publicitaria y los actos de competencia desleal es muy frágil especialmente pensando en que los conceptos que ontológicamente las definen son extrajurídicos y, prácticamente, extraídos del sentido común.

De esta forma, conforme a lo señalado hasta el momento, podemos esbozar un método de evaluación de

11 SOSA, Alex y RODRÍGUEZ, Gustavo. “Con licencia para anunciar”. En: *Themis*, Lima, 2014, p. 39.

12 JAECKEL, Jorge. “Publicidad engañosa: Análisis comparativo”. En: *Revista Boletín Latinoamericano de Competencia*. N° 20. Comisión Europea de Competencia de la Unión Europea. 2005, p. 60. Citado por SAMANIEGO, Percy. “La obligación de probar la veracidad de los anuncios publicitarios”. En: AA.VV. *Normas de la Publicidad*. Rodhas, Lima, 2006, p. 317.

13 MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. Ob. cit., p. 96.

14 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Voz “humorismo” [en línea]. En REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). *Diccionario de la lengua española* (web). 22ª edición, Madrid, 2001. Consulta: 1 de julio de 2015. <<http://lema.rae.es/drae/?val=humorismo>>.

15 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). Voz “fantasía” [en línea]. En: Ob. cit.

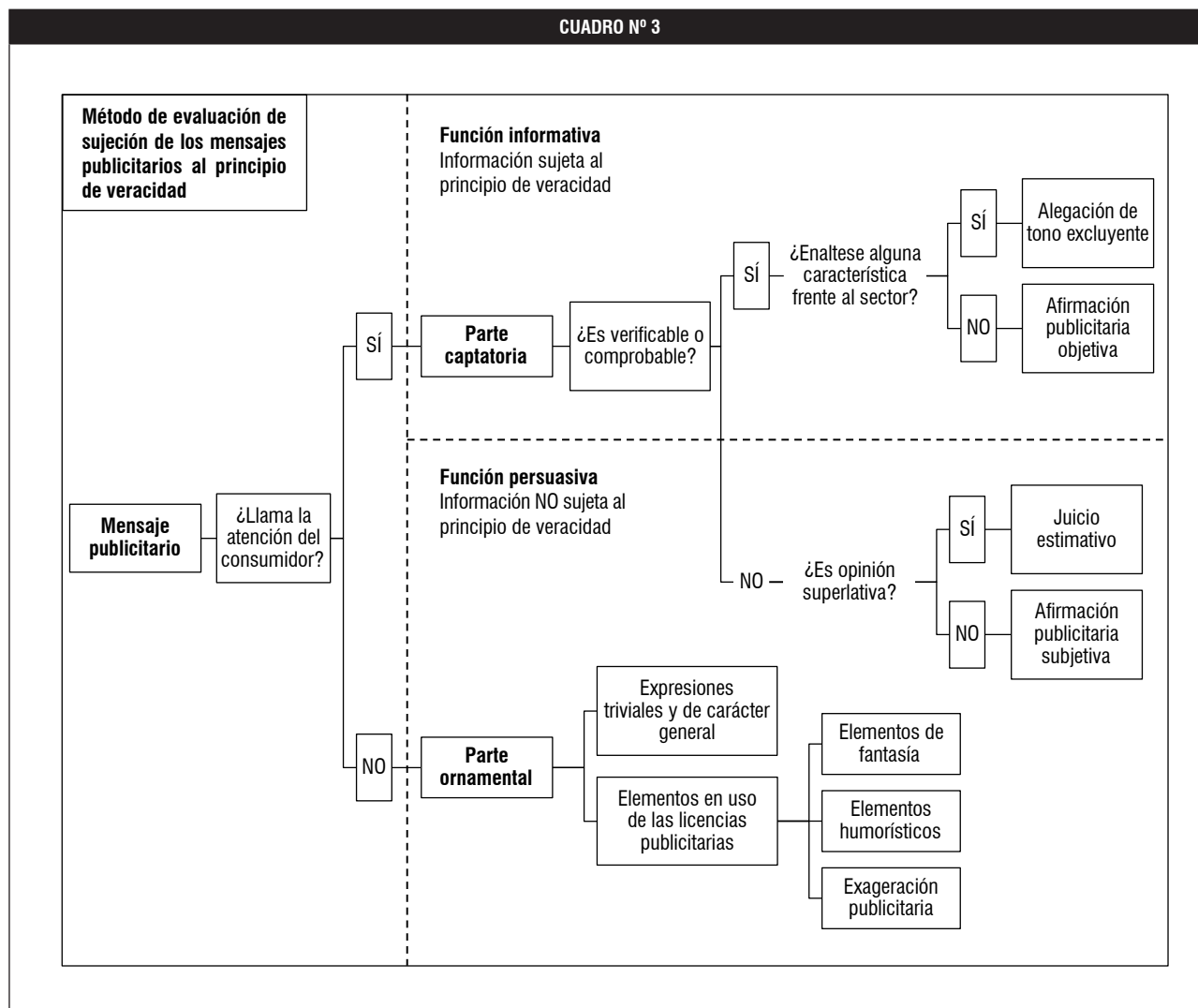
16 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA (RAE). voz “exageración” [en línea]. En: Ob. cit.

la sujeción de los mensajes publicitarios al principio de veracidad, tal como se puede apreciar en el siguiente esquema: (ver cuadro N° 3).

Pongamos algunos ejemplos para graficar las diferencias de estos conceptos. Las alegaciones de tono

excluyente son comprobables y enaltecen alguna característica frente a sus competidores¹⁷, por ejemplo: “el estacionamiento más grande”, “el bar más antiguo de Lima”, “la Universidad con más egresados trabajando”, entre otras; por otro lado, las simples afirmaciones objetivas son

aquellas comprobables que demuestran características del producto del anunciante, tales como “con asientos reclinables”, “libros a menos de 20 soles”, “cerveza de trigo”, entre otras. Por su parte, los juicios estimativos son opiniones del producto o servicio del anunciante, por



Fuente: Elaboración propia.

17 En este punto, cabe apuntar que se debe hacer mención de todos los competidores en el mercado particular porque si se hace referencia a un único competidor inequívocamente estaremos ante publicidad alusiva susceptible de producir otro tipo de actos de competencia desleal, tales como denigración, comparación o equiparación.

ejemplo “el ambiente más calmado del mundo”, “la más hermosa obra de teatro”, “la mejor comida que has probado”, etc. A diferencia de estos, las afirmaciones publicitarias subjetivas solo muestran una característica no verificable, por ejemplo “el rico sabor de casa”, “comodidad al manejar”, “tendrás un viaje inolvidable”.

Para terminar, los elementos de fantasía son aquellos que explotan la imaginación, por ejemplo, mostrar humanos volando por los aires para comprar un celular (anuncio Entel) o exhibir a un panda humanizado molesto por su regalo de cumpleaños (anuncio Sublime); por su parte, los elementos humorísticos son aquellos que provocan alegría en los consumidores receptores, por ejemplo, mostrar a un guachimán que no sabe interpretar que una turista le dice en inglés “I want you guy” y le indica donde queda el jirón Yungay en el centro de Lima (anuncio Diario Ojo) o exhibir a un hincha de Perú infiltrado en la barra local argentina para conseguir entrada para el partido gritando después de un gol de Perú, después de aguantarse, “gooooooooo ca cola” para pedir una bebida gaseosa al vendedor ambulante (anuncio Coca-Cola). Finalmente, la exageración publicitaria viene dada por lo “no creíble” de su contenido, por ejemplo frases como “dejará tu casa tan limpia que no las vas a reconocer”, “con los precios tan bajos que vas a tener que agacharte para verlos”, “tan veloz como el rayo”, etc.

De esta manera, solo luego de comprobar si el contenido del mensaje publicitario está sujeto al principio de Veracidad, concretizado en el artículo 8 de la LRCD, podríamos entrar a verificar si este mensaje publicitario provoca la subsunción de los hechos en los actos de engaño.

a) La exageración publicitaria y los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño

Como señala Stucchi, los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño se configuran porque está “(...) prohibido comunicar información que sea capaz de generar en el destinatario una impresión que se aparte de la realidad respecto de los productos que se ponen a su disposición en el mercado”¹⁸. Como ya hemos analizado previamente, solo la información objetiva —y por ende, comprobable— se debe juzgar con base en el principio de veracidad en aplicación de la norma que castiga los actos de engaño. Coincide Calle, al señalar que “(...) tales actos se persiguen y castigan, porque inducen a los consumidores a tomar decisiones de consumo inadecuadas a sus intereses, es decir, decisiones que en otras circunstancias no hubiera adoptado y, además, porque perjudican a los competidores honrados por el desplazamiento ilegal de la demanda”¹⁹.

En nuestro ordenamiento, es el artículo 8 de la LRCD, junto a la tipificación de la cláusula general del artículo 6, el que señala que los actos de engaño son aquellos:

Comentario relevante del autor

Es curioso que la Resolución N° 334-2014/SDC-INDECOPI no haya realizado una descripción del anuncio cuando es una práctica habitual de la Comisión y la Sala hacer una breve reseña del anuncio concreto y colocarla como “cuestión previa” o como “anexo” a la Resolución que emite; incluso, podríamos señalar que la motivación de la Resolución se ve afectada por este punto ya que no podemos analizar si la frase “con los precios más bajos” constituyó o no parte captatoria del anuncio concreto.

“(...) que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial”.

En este sentido, Stucchi resalta que existen tres referencias²⁰ enunciadas en este precepto normativo:

18 STUCCHI, Pierino. “El engaño, la confusión y la explotación de la reputación ajena como actos de competencia desleal y como infracciones publicitarias”. En: Revista *Themis*. Año 15, N° 31, 2005, p. 48.

19 CALLE, Jean Paul. *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. ARA, 2002, p. 168.

20 STUCCHI, Pierino. Loc. cit.

¿Qué dice Jaeckel?

El principio de veracidad se aplica solamente para las afirmaciones que son objetivas, es decir, aquellas que se refieren a características propias de los productos (...) y no a elementos puramente subjetivos como juicios estimativos que el propio anunciante hace de su producto.

- condiciones de calidad: características, fabricación, aptitud para utilización, certificados o distinciones, procedencia geográfica, entre otras;
- precio; y
- condiciones contractuales: condiciones de venta, condiciones de distribución, entre otras.

Como especifican Patrón y Mendoza, para la configuración de este acto “(...) resultará necesario verificar la presencia de (i) indicaciones incorrectas o falsas (engaño explícito) o (ii) una omisión de indicaciones verdaderas (engaño por omisión) o (iii) cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error”²¹. De igual manera, Calle señala que “la publicidad engañosa comprende tres tipos de supuestos: (i) los anuncios que son absolutamente falaces; (ii) los anuncios parcialmente inexactos; y (iii) los

anuncios que omiten determinadas circunstancias”²². Igualmente, Darmaculleta señala que “(...) el engaño puede producirse tanto por la falta de veracidad de las características, en general, de un producto o servicio, como por la omisión de datos fundamentales de los mismos”²³.

Analizando lo señalado por la doctrina, tenemos:

- **Actos de engaño explícitos**, que son aquellos donde se proporciona información falsa o engañosa:
 - **Totales**, donde toda la información es falsa o engañosa, y
 - **Parciales**, donde cierta información (no toda) es falsa o engañosa;
- **Actos de engaño por omisión**, que son aquellos donde se omite información relevante; y
- **Actos de engaño por inducción a error**, que son aquellos casos en los cuales sin proporcionar información falsa o engañosa, se transmite información que puede causar un error en la decisión de consumo de los potenciales clientes.

Los dos casos emblemáticos de aplicación de este supuesto, son la Resolución N° 371-2011/SC1-INDECOPI, Caso de Oficio contra Telefónica Móviles S.A., en el cual se sancionó la promoción de contratación de servicio denominada “Quintuplica” y se colocó una multa de setecientos (700) UIT; y

la Resolución N° 478-2011/SC1-INDECOPI, Caso de oficio y Asociación Peruana de Consumidores Y Usuarios (Aspec) contra Nestlé Perú S.A., que sancionó la campaña “Gracias Perú” de D’Onofrio que prometió “todos los helados a 1 sol” incumpliendo la expectativa, recibiendo una multa de cuatrocientas (400) UIT. Precisamente, en esta última Resolución se señala que “toda información objetiva y comprobable contenida en una pieza publicitaria debe ajustarse a la realidad, evitando de este modo que se desvíen indebidamente las preferencias de los consumidores, en virtud de las falsas expectativas generadas sobre las condiciones del bien o servicio anunciado” (fundamento 26).

Como señalan Tato, Fernández y Herrera, “(...) para calificar una práctica comercial como engañosa es preciso que concurren dos presupuestos distintos. En primer lugar, la práctica debe ser apta para inducir a error a sus destinatarios. A su vez, y en segundo lugar, se exige su idoneidad para incidir en el comportamiento económico de aquellos”²⁴. Lo que quiere decir este autor con el segundo presupuesto es precisamente que no estemos ante una alegación publicitaria –sea escrita, hablada o visual– que no sea informativa, tales como: las afirmaciones subjetivas, los juicios estimativos o el uso de humor, fantasía y exageración.

Un ejemplo de error en la selección de alegaciones publicitarias para su juzgamiento lo encontramos en el caso de un joven de India

21 PATRÓN, Carlos y MENDOZA, Ana Julia. “Actos de engaño en general”. En: AA.VV. *El Derecho de la Competencia Desleal*. UPC, Lima, 2007, p. 127.

22 CALLE, Jean Paul. Loc. cit.

23 DARMACULLETA I Gardella, M. Mercé. *La competencia desleal*. Iustel, Madrid, 2007, p. 55.

24 AA.VV. *La reforma de la Ley de competencia desleal*. La Ley, Madrid, 2010, p. 107.

que buscaba denunciar a la empresa que comercializa desodorantes AXE porque “llevaba cerca de siete años echándose todo producto de la conocida marca que caía en sus manos, y en otras partes de su cuerpo, convencido de que cientos de miles de sensuales chicas indias le perseguirían y le harían feliz de manera tántrica y ‘kamasutriana’”²⁵; es claro que los anuncios AXE traen consigo la idea de seducción, pero nadie creería que es una alegación publicitaria objetiva sujeta al principio de veracidad.

Como señala Massaguer:

“La falsedad o inexactitud de las indicaciones, alegaciones o manifestaciones y el silencio de extremos esenciales relativos a las prestaciones promocionadas no determinan por sí mismas que constituyan actos de engaño desleales. La deslealtad reside, en efecto, en el error a que conducen o pueden conducir. En este contexto, el error se reproduce cuando la realidad de las cosas se separa de la idea de forma más simple, el error es la falsa representación de la realidad que la conducta considerada provoca o puede provocar entre sus destinatarios naturales o efectivos”²⁶.

En este sentido, se puede apreciar que “el engaño publicitario como acto de competencia desleal se configura cuando el proveedor anunciante realiza afirmaciones objetivas falsas

u omite información relevante que engaña o induce a error a los consumidores sobre las características, propiedades o atributos de los productos o servicios que comercializa en el mercado”²⁷.

Entonces, debemos tener claro que la exageración publicitaria –legitimada en el artículo 20 de la LRCD– es un supuesto de exclusión de análisis de deslealtad según los artículos 6 y 8 de la LRCD. El principal problema es distinguir qué configura y qué no una exageración publicitaria, ya que lo objetivo de una alegación no descalifica a la misma como exageración; por ejemplo, siguiendo el parámetro del precio del caso comentado, podremos decir: “con precios tan bajos que te vas a desmayar”, “con precios por debajo del suelo”, “con precios súper bajos”, “con precios mega bajos”, “con precios hiper ultra bajos”, etc. Entonces, el límite para delimitar lo sujeto al principio de veracidad y la exageración no está en la objetividad.

La definición clásica de **exageración publicitaria** nos la brinda Lema quien señala que se trata de “aquella alabanza altisonante, concreta y comprobable que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público”²⁸. Así como, la propia Resolución N° 334-2014/SDC-INDECOPI que nos encontramos comentando establece que se trata de “aquellos elogios sobre una característica concreta de un producto que,

Comentario relevante del autor

Debemos tener claro que la exageración publicitaria –legitimada en el artículo 20 de la LRCD– es un supuesto de exclusión de análisis de deslealtad según los artículos 6 y 8 de la LRCD. El principal problema es distinguir qué configura y qué no una exageración publicitaria, ya que lo objetivo de una alegación no descalifica a la misma como exageración.

por el tono altisonante y exagerado en que son formulados, **no son tomados en serio ni al pie de la letra por los consumidores**” (fundamento 13).

Asimismo, la Resolución comentada resalta que “a nivel doctrinario, se han identificado tres características de la ‘exageración publicitaria’: (i) alegación concreta y comprobable, pero con un contenido informativo muy genérico; (ii) tiene un núcleo verdadero, un mínimo de verdad que es aumentada excesivamente; y, (iii) el público no la toma en serio, no le otorga crédito por su carácter exagerado” (fundamento 17). Igualmente, Tovar señala las siguientes características de la exageración publicitaria:

“En primer lugar, el carácter comprobable, es decir, la exageración publicitaria posee un contenido

25 Editorial “Joven demanda a la marca Axe por publicidad engañosa” [en línea]. En: Diario *La República*. Portal institucional (web). Lima, 3 de noviembre de 2009. Consulta: 2 de julio de 2015.

<<http://archivo.larepublica.pe/03-11-2009/joven-demanda-la-marca-axe-por-publicidad-enganosa>>.

26 MASSAGUER, José. *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Civitas, Madrid, 1999, p. 228.

27 ARAMAYO, Abelardo; GAGLIUFFI, Ivo; RODAS, Carlos; y STUCCHI, Pierino. “Represión de la Competencia Desleal”. En: AA.VV. *Competencia desleal y regulación publicitaria*. Indecopi, Lima, 2013, p. 35.

28 LEMA DEVESA, Carlos. “La exageración publicitaria en el Derecho español. En: *Problemas jurídicos de la publicidad*. Estudios Jurídicos del profesor Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra. Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 68.

Comentario relevante del autor

Que la credibilidad de la alegación publicitaria es el límite entre lo que se considerará afirmación susceptible de juzgamiento por el principio de veracidad (afirmaciones de tono excluyente y afirmaciones publicitarias objetivas), a la luz de la conjunción de los artículos 6 y 8 de la LRCD, y exageración publicitaria, legitimada por el artículo 20 de la LRCD.

determinado que puede ser objeto de un análisis de veracidad o falsedad. Es decir, ella es aunque sea parcialmente verificable. En segundo lugar, para ser tal, la exageración publicitaria debe poseer un núcleo fáctico verdadero, de lo contrario, será simple engaño. Existe, pues, en el fondo de toda exageración un mínimo de verdad. (...) Finalmente, se considera que el anuncio publicitario que contiene una exageración publicitaria no es tomado en serio por los consumidores, por lo que no será determinante al momento de tomar una decisión de consumo”²⁹.

Sin embargo, según Sosa y Rodríguez, la distinción de la exageración publicitaria se encuentra específicamente en el tercer punto; así señalan que:

“la exageración publicitaria encierra una alegación total o parcialmente comprobable, debido a que las afirmaciones que en este tipo de anuncios se exponen poseen un contenido determinado cuya veracidad es factible de comprobarse; sin embargo, la característica relevante de la exageración publicitaria es que no es tomada en serio por los consumidores, ya que no suscita en estos una reflexión ulterior. Así los receptores del anuncio toman conocimiento del mensaje de la expresión publicitaria, pero no le otorgan crédito alguno”³⁰.

De esta forma, coincidimos en que la **credibilidad** de la alegación publicitaria es el límite entre lo que se considerará afirmación susceptible de juzgamiento por el principio de Veracidad (afirmaciones de tono excluyente y afirmaciones publicitarias objetivas), a la luz de la conjunción de los artículos 6 y 8 de la LRCD, y exageración publicitaria, legitimada por el artículo 20 de la LRCD.

b) “Con los precios más bajos” y “la mejor escuela de negocios del Perú”: ¿Son afirmaciones objetivas o subjetivas?

Ahora, cabe analizar si la frase “con los precios más bajos” es creíble o no por parte de un consumidor que interpreta la publicidad comercial. La Resolución N° 334-2014/SDC-INDECOPI, que ahora comentamos,

fija los siguientes parámetros para demostrar que la frase no es creíble³¹:

- Giro de negocio (fundamento 23), el Tribunal señala que se trata de un supermercado que “ofrece una gran variedad de productos, los cuales incluso se ven diferenciados por las distintas marcas y presentaciones en las que se puede comercializar un artículo de un mismo rubro” (fundamento 24).
- Ubicación o mercado geográfico (fundamento 23), la Sala establece que opera en la ciudad del Cusco donde “existen otros establecimientos que se dedican al mismo giro que la denunciada (comercialización de diversos productos de uso y consumo), como pueden ser otros supermercados, tiendas o bodegas, mercados tradicionales, ferias, entre otros similares” (fundamento 23).
- Tipo de agente (fundamentos 25 y 26), el Tribunal califica a La Canasta como un “multiproducto” y la frase dentro de “la publicidad cuestionada ha sido difundida para promocionar la gran variedad de productos que se comercializan en su establecimiento” (fundamento 25) porque este tipo de establecimientos “comercializan cientos de artículos de distintos rubros, no caracterizándose por la venta de un producto en particular o con un

29 TOVAR, Teresa. “El mejor artículo sobre publicidad jamás escrito. Acerca de la exageración publicitaria y el principio de veracidad”. En: *Revista Actualidad Jurídica*. N° 190. Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 41.

30 SOSA, Alex y RODRÍGUEZ, Gustavo. Ob. cit., p. 41.

31 Estos parámetros usados por la Sala, parecen ser reflejo de lo señalado por García-Cruces cuando indica los criterios a tener en cuenta para determinar cuando estamos ante una exageración publicitaria:

Atender a la estructura y contenido de conjunto de la alegación publicitaria;

Tener en cuenta la naturaleza del bien o servicio anunciado, también el sector al que pertenece el empresario que anuncia;

Observar las características de la empresa anunciante, sobre todo su dimensión; y

Examinar los efectos que la exageración publicitaria tendrá en el mercado.

AA.VV. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*. Arazandi, Navarra, 2011, pp. 135-136.

grupo de productos relacionados. Es más, los artículos que ofrece un supermercado pueden llegar a ser muy diferentes entre sí”. (fundamento 26).

- Tipos de producto y/o servicio (fundamentos 27 al 30), la Sala califica a los productos que vende La Canasta como “determinados por su alta rotación, perecibilidad, estacionalidad y *stock*” (fundamento 30), por lo que “los consumidores perciben al precio como una variable cambiante” (fundamento 30).

En nuestra opinión, el Tribunal en este caso cometió un error: la frase “con los precios más bajos” es una afirmación completamente creíble por parte de los consumidores debido a que es verificable en la realidad, mucho más en un mercado acortado para el consumidor que interpreta el anuncio; lo que en el fondo ha justificado la Sala es el error del anunciante de omitir información relevante que responda a la pregunta ¿Con los precios más bajos en qué productos? Una cosa es utilizar la exageración publicitaria y señalar genéricamente y altisonantemente que tienen los precios más bajos con frases como “con precios tan bajos que te vas a desmayar”, “con precios por debajo del suelo”, “con precios súper bajos”, “con precios mega bajos”, “con precios híper ultra bajos”, etc.; las cuales no hacen mención comparativa con el resto del mercado. Sin embargo, otra cosa totalmente distinta es afirmar que tienes los precios más bajos sin mencionar los productos determinados sobre los cuales efectúas tal afirmación, lo cual

constituye claramente información relevante, comparándote con todos los competidores del mercado.

En este punto es importante coincidir con García-Cruces cuando señala que “(...) el acto de engaño puede derivar de dos tipos de actuaciones positivas pues habrá deslealtad no solo cuando el acto de competencia contenga información falsa sino, también, cuando ese acto ofrece información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios”³². Esto último, es precisamente lo que pasa con la frase “con los precios más bajos”, la información –incluso si fuera cierta– está presentada de manera ambigua al no señalar a qué productos que ofrece La Canasta se refiere, tanto que un consumidor podría pensar diversas acepciones:

- Que todos los productos de La Canasta cuentan “con los precios más bajos”,
- Que la mayoría de productos de La Canasta cuentan “con los precios más bajos”,
- Que la leche, el pan y el cereal ofrecidos en La Canasta cuentan “con los precios más bajos”;
- Que las frutas y verduras ofrecidos en La Canasta cuentan “con los precios más bajos”, entre diversas otras interpretaciones.

En este caso, creemos que nos encontramos ante un supuesto de falta de información relevante en la alegación publicitaria, lo que se configuraría es, entonces, un **acto de engaño**

Crítica del autor

El Tribunal en este caso cometió un error: la frase “con los precios más bajos” es una afirmación completamente creíble por parte de los consumidores debido a que es verificable en la realidad, mucho más en un mercado acortado para el consumidor que interpreta el anuncio.

por omisión; así, la frase “con los precios más bajos” es una alegación de tono excluyente, pues, hace referencia al mercado de establecimientos similares, tal como ha hecho mención la Resolución en sus fundamentos 23 y 24; de esta manera, como señalan Sosa y Maguiña,

“en la medida que dicha modalidad publicitaria [alegaciones de tono excluyente] se limita a informar que existe una posición de preeminencia o liderazgo de su empresa o producto frente a todos sus competidores en el mercado, se trata de una figura lícita, siempre que las alegaciones difundidas sean veraces, toda vez que, como hemos señalado, los consumidores toman en serio este tipo de afirmaciones”³³.

Este es precisamente el límite entre la exageración publicitaria y las afirmaciones de tono excluyente; por lo tanto, en el caso concreto, concluimos que la frase “con los precios más bajos” es una afirmación de tono excluyente –comprobable en la realidad– que alude a todo el mercado

32 Ibidem., p. 121.

33 MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. Ob. cit., p. 95.

Crítica del autor

Creemos que nos encontramos ante un supuesto de falta de información relevante en la alegación publicitaria, lo que se configuraría es, entonces, un acto de engaño por omisión; así, la frase “con los precios más bajos” es una alegación de tono excluyente, pues, hace referencia al mercado de establecimientos similares.

relevante³⁴ de competidores de La Canasta.

Es curioso que luego de tres días de emitida esta Resolución, encontramos un caso similar. Se trata de la Resolución N° 363-2014/SDC-INDECOPI, caso carito del Carmen Carrasco Montalva contra Universidad ESAN, citado líneas atrás, que cuenta con un voto en discordia del vocal Lozano, por la frase que emitió la universidad ESAN en anuncios publicitarios: “la mejor escuela de negocios del Perú”. En ese caso, la Sala nuevamente esquivó la aplicación del principio de veracidad y señaló, sobre la frase citada, que “no encuentra que exista en el mercado un criterio objetivo y unívoco que permita comprobar su veracidad” (fundamento 42) debido

a que este parámetro podría estar basado en diversos factores como la calidad de sus profesores, la malla curricular, las instalaciones e infraestructuras, la cantidad de convenios o redes de contactos que la universidad le puede ofrecer a sus alumnos, los ingresos monetarios que perciben sus egresados, entre muchos otros.

En este último caso, la historia es muy similar, salvo que nos encontramos frente a un parámetro “gris” entre lo objetivo y lo subjetivo ya que señalar “el mejor / la mejor” es en principio subjetivo, pero podría objetivarse mediante una especificación de parámetro, un *ranking* o mediante una certificación técnica. De igual forma, otro argumento que podía señalarse, en este caso, es que la Universidad ESAN usó un juicio estimativo, pero esta posibilidad es descartada por el razonamiento del vocal Lozano en su voto en discordia señala que:

“(…) lo importante es lo que un consumidor ‘interprete’ como una expresión publicitaria objetiva y comprobable, por lo que no es aceptable desde ninguna perspectiva el asumir que cuando ESAN sostiene ser la mejor escuela de negocios del Perú lo hace en función a lo que ella opina o siente de sí misma pues esto sería como

sostener que lo que hacen los consumidores al escuchar esta frase es concluir que ‘ESAN es la mejor escuela de negocios del Perú según ESAN’, y eso no es amparable, lo usual es que los consumidores inmediatamente asuman que es la mejor, pues así lo ha establecido algún *ranking* o algún tercero (alguna institución de prestigio) en el que pueda sostener esta afirmación” (fundamento 8 del voto en discordia).

Por lo tanto, en este caso, descartando que se trate de un juicio estimativo o una exageración publicitaria³⁵; coincidimos con el vocal Lozano, quien, en nuestra opinión, emitió un correcto voto en discordia en el cual señaló que:

“el anunciante debió consignar en el anuncio en qué parámetro o criterio se basa para sostener tal afirmación. El hecho de no cumplir con consignar esta información en el anuncio no solo agrava la situación de escasez de información en el mercado, sino que principalmente puede inducir a error a los consumidores, quienes podrían asociar la afirmación a alguno de estos parámetros o criterios, y en base a ello tomar una decisión equivocada” (fundamento 17 del voto en discordia).

34 En este caso, es de utilidad el concepto señalado en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1034 que define el “mercado relevante” para la disciplina de la Libre Competencia:

Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 6

1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

35 Si nos ponemos a pensar, se podría usar el mismo razonamiento del caso La Canasta en este caso posterior porque podríamos decir, como erróneamente lo ha hecho la Sala, que el consumidor interpretará que las universidades son calificadas como “la mejor” sobre la base de diferentes parámetros y por esto solo están usando una licencia (exageración).

Así, aquí también nos encontramos ante un caso de **acto de engaño por omisión**; al igual que en el caso de La Canasta, la frase “la mejor escuela de negocios del Perú” es una de tono excluyente, pues está haciendo referencia a un mercado relevante concreto: las escuelas de negocios y otros agentes que ofrezcan educación (mercado de servicio) en esta área dentro de Perú (mercado geográfico). Por este motivo, la frase es creíble, objetiva y se debe analizar conforme al principio de veracidad.

Creemos que la emisión de un anuncio publicitario que contenga frases creíbles como “con los precios más bajos” o “la mejor escuela de negocios del Perú” no pueden ser consideradas exageración publicitaria, ya que cualquier consumidor –ya sea razonable o medio– puede interpretar de diversas maneras estos anuncios con frases ambiguas basadas en parámetros objetivos (precio) o subjetivos (“el/la mejor”). En este último caso, como en el caso de La Canasta, la información –incluso si fuera cierta– está presentada de manera ambigua al no establecer a qué factores hacen que ESAN sea la mejor escuela de negocios del Perú, porque un consumidor podría pensar diversas acepciones:

- Que ESAN es “(...) la mejor escuela de negocios del Perú” porque tiene altos niveles de investigación;
- Que ESAN es “(...) la mejor escuela de negocios del Perú” porque tiene profesionales de determinadas características con logros a nivel internacional;

- Que ESAN es “(...) la mejor escuela de negocios del Perú” porque ha suscrito diversos convenios internacionales de intercambio;

- Que ESAN es “(...) la mejor escuela de negocios del Perú” según el *ranking* de las mejores escuelas de negocios de la Institución X, W y Z; entre diversas otras interpretaciones.

Por lo tanto, estos casos, consisten en omisión de información relevante que permita apreciar de manera totalmente verídica estos anuncios, sin inducir a error a los consumidores que lo interpretan; por lo que se trata de **actos de engaño por omisión**.

Asimismo, es importante señalar que el Tribunal del Indecopi ha recogido lo señalado por la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de Estados Unidos de América sobre la responsabilidad del anunciante por las distintas interpretaciones razonables que se generen como consecuencia de las afirmaciones publicitarias ambiguas. El Tribunal en la Resolución N° 0133-2012/SC1 ha establecido que, incluso, “en aquellos casos en que la publicidad ampara más de una interpretación para el consumidor razonable –una de las cuales transmite información falsa– el anunciante será responsable por la interpretación inexacta derivada de sus anuncios” (fundamento 42).

En efecto, cuando exista una interpretación ambigua –como en los casos comentados– el anunciante debe responder por la potencial inducción a error que trajo consigo la emisión de dicha publicidad comercial.

Conclusión del autor

Al eludir la aplicación del Principio de Veracidad en las frases “con los precios más bajos” y “la mejor escuela de negocios del Perú” que configuraban alegaciones publicitarias de tono excluyente, objetivas y verificables en la realidad; el Tribunal tuvo que crear criterios particulares en ambos casos para justificar que estas frases eran exageración publicitaria, en el primer caso, y una afirmación publicitaria subjetiva, en el segundo.

Adicionalmente, otro aspecto importante que hace que el caso comentado haya sido erróneamente resuelto es el deber de sustanciación previa. Como señala Guzmán, “(...) deberá acreditarse la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados, lo cual evidentemente corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante”³⁶. En efecto, como exige el propio artículo 8 de la LRCD:

“La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

36 GUZMÁN Napurí, Christian. “Introducción a la represión de la competencia desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. N° 10, Tomo II, Lima, 2011, p. 250.

Los anunciantes, en el caso concreto de La Canasta o ESAN, deben contar con todas las pruebas necesarias para demostrar que sus afirmaciones publicitarias objetivas y comprobables corresponden a la realidad, precisamente para no calificarse el acto como desleal por engaño. Cuando se señaló “con los precios más bajos”, quien está en mejor posición para tener información sobre esta frase es precisamente La Canasta; sin embargo, desde el momento en que la Asociación presenta la tabla comparativa de precios está demostrando que esa información –que La Canasta no tenía y debió tener desde un principio– era comprobable. Se puede señalar lo propio de ESAN sobre su frase “la mejor escuela de negocios del Perú”, la cual pudo estar sustentada sobre la base de determinados criterios en letras pequeñas o vinculándola con algún estudio de mercado o resultado empírico demostrado por parte de terceras empresas consultoras y/o analistas.

IV. CONCLUSIÓN

Concluyendo, creemos que la Sala efectuó análisis desacertados, tanto en el caso de la Resolución N° 334-2014/SDC-INDECOPI al no analizar la frase “con los precios más bajos” bajo la mira del principio de veracidad por considerar que se trataba de una exageración publicitaria equivocadamente; así como en el caso

de la Resolución N° 363-2014/SDC-INDECOPI al calificar que la frase “la mejor escuela de negocios del Perú” era subjetiva erróneamente.

Al eludir la aplicación del principio de veracidad en las frases “con los precios más bajos” y “la mejor escuela de negocios del Perú” que configuraban alegaciones publicitarias de tono excluyente, objetivas y verificables en la realidad; el Tribunal tuvo que crear criterios particulares en ambos casos para justificar que estas frases eran exageración publicitaria, en el primer caso, y una afirmación publicitaria subjetiva, en el segundo. Lo que el Tribunal no observó es que quien estaba en mejor posibilidad y tenía la obligación –por el deber de sustanciación previa– de tener la información que generaba completa objetividad de estas frases ambiguas para el consumidor era el anunciante. De esta forma, al omitir mencionar a qué productos se refería La Canasta, en el primer caso, y el parámetro en el que se basaba ESAN, en el segundo caso, se generaron actos de competencia desleal en la modalidad de engaño por omisión, tipificados en la conjunción de los artículos 6 y 8 de la LRCD.

Queda reflexionar, como ha señalado Tovar, acerca “[d]el Derecho de la Represión de la Competencia Desleal [que] puede ser visto como un

limitante de la libertad de los anunciantes para desplegar estrategias de mercadeo comercialmente atractivas. No obstante, muchas veces basta cambiar una palabra o modificar levemente una imagen para que la frase se convierta en subjetiva (no sujeta al principio de veracidad y, por ello, no engañosa) y/o el anuncio deje de ser cuestionable”³⁷. Somos de la idea de la plena libertad en materia de elaboración de contenido y forma de los anuncios publicitarios; sin embargo, deben existir claros límites que deben ser respetados, tales como la buena fe empresarial y la protección al consumidor.

Como relatábamos al inicio, en este caso, las cuestiones de percepción, más aún en el Derecho de la publicidad comercial, pueden llevar a la Autoridad a coincidir con una postura que no es necesariamente compartida por otros; así debemos esperar a que se resuelva nuevamente un caso de estas características en el Tribunal para ver si la posición del voto discordante del vocal Lozano, correcto en nuestra opinión, termina por convencer al resto o si la Sala sigue con esta postura libertina de volver lo objetivo y verificable (como el precio o el desempeño) en algo artificialmente subjetivo, permitiendo que nuestros “caseritos” nos engañen abanderándose en la exageración.

37 TOVAR, Teresa. Ob. cit., p. 45.