

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



R.A. N° 1566-2006/TDC-INDECOPI

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
BACHILLER EN DERECHO**

AUTOR

Celinda del Carmen Muñoz Chinchay

ASESOR

Jose Segundo Rafael Heredia

<https://orcid.org/0000-0002-4826-9426>

Chiclayo, 2022

INFORME TIB

INFORME DE ORIGINALIDAD

9%

INDICE DE SIMILITUD

9%

FUENTES DE INTERNET

1%

PUBLICACIONES

2%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1

empresarial.carpioabogados.com

Fuente de Internet

7%

2

www.indecopi.gob.pe

Fuente de Internet

1%

3

www.vivienda.gob.pe

Fuente de Internet

<1%

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias < 15 words

Excluir bibliografía

Apagado

Índice

Resumen.....	4
Abstract.....	5
Introducción	6
Referencias.....	23

Resumen

A través del presente trabajo se busca reflexionar acerca de la publicidad testimonial y sus alcances y prácticas en el Perú, sobre todo aquella que es ejecutada por grandes empresas como las que se mencionan en la Resolución Administrativa N° 1566-2006/TDC-INDECOPI. En las siguientes páginas se analizará si la publicidad testimonial utilizada por Telefónica Móviles S.A.C en su anuncio “*Avinka Bienvenida a ser más productiva. Bienvenida a la RPM*”, infringe los requisitos previstos en el artículo 5° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Asimismo, a lo largo del desarrollo del presente trabajo se revisará el marco legal peruano que ampara las instituciones en juego, así como también se incluye la revisión de fuentes doctrinales y jurisprudenciales. Finalmente, se formulará una conclusión referente a la importancia del cumplimiento de lo dispuesto por las normas que rigen la Publicidad Comercial y la represión de la Competencia Desleal.

Palabras clave: Defensa del consumidor, competencia desleal, publicidad comercial, publicidad testimonial, autenticidad publicitaria, veracidad publicitaria.

Abstract

This paper seeks to reflect on testimonial advertising and its scope and practices in Peru, especially those carried out by large companies such as those mentioned in the Administrative Resolution No. 1566-2006/TDC-INDECOPI. The following pages will analyze whether the testimonial advertising used by Telefónica Móviles S.A.C. in its advertisement "Avinka Bienvenida a ser más productiva. Bienvenida a la RPM", infringes the requirements set forth in Section 5 of the Norms of Advertising in Defense of the Consumer. Likewise, throughout the development of this work, the Peruvian legal framework that protects the institutions at stake will be reviewed, as well as the review of doctrinal and jurisprudential sources. Finally, a conclusion will be drawn regarding the importance of compliance with the provisions of the rules governing Commercial Advertising and the repression of Unfair Competition.

Keywords: Unfair competition, Commercial advertising, Testimonial advertising, Advertising authenticity, Advertising truthfulness.

Introducción

Se considera a la publicidad testimonial como una forma o tipo de publicidad en la que procede a intervenir un personaje de carácter reconocido en la actividad pública, quien emite un juicio u opinión sobre una marca o sobre un determinado servicio.

En ese sentido, a través de la presente, se reflexionó sobre los alcances de este tipo de publicidad y su marco en el estado peruano, para ello, se analizó la Resolución Administrativa N° 1566-2006/TDC-INDECOPI y se hizo una revisión exhaustiva del marco normativo que engloba a la publicidad testimonial, los mecanismos de defensa del consumidor, la competencia desleal, entre otros.

A continuación, se evidenciará el desarrollo a través de las cuestiones fácticas y jurídicas las cuales se realizaron a través del método analítico el cual permitió dar respuesta al siguiente problema jurídico: *¿La publicidad testimonial utilizada por Telefónica Móviles S.A.C en su anuncio “Avinka Bienvenida a ser más productiva. Bienvenida a la RPM”, infringe los requisitos previstos en el artículo 5° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor?*

I. CUESTIONES FÁCTICAS

1.1 DATOS DE LA SENTENCIA

Se trata de la sentencia recaída en el expediente N° 1566-2006/TDC-INDECOPI, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - Sala de Defensa de la Competencia, en la ciudad de Lima, a los 11 días del mes de octubre del año 2006. Los vocales fueron: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario de Marzi, Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.

En calidad de denunciante: Nextel del Perú S.A, quienes presentan denuncia contra Telefónica Móviles S.A.C, quienes se apersonan al proceso en calidad de denunciados.

Fallo en Primera instancia:

Mediante Resolución N° 095-2005/CCD-INDECOPI del 24 de agosto del 2005, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia por presunta infracción al artículo 4° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, por considerar que Telefónica Móviles no había infringido el principio de veracidad. Por otro lado, declaró fundada la denuncia por infracción al artículo 5° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, sancionando a Telefónica Móviles con una multa de doce UIT, y ordenó como medida complementaria, el cese definitivo e inmediato del anuncio denunciado y de otros similares, así como también, el pago de las costas y costos del procedimiento.

Fallo en Segunda instancia:

La sala resuelve confirmar la Resolución N° 095-2005/CCD-INDECOPI emitida el 24 de agosto del 2005 por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, declarando fundada la denuncia por infracción al artículo 5° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, imponiendo a Telefónica Móviles S.A.C una multa ascendente a 12 UIT, ordenando a su vez, que asuma el pago de las costas y costos incurridos por Nextel del Perú S.A.C durante la tramitación del procedimiento. Por último, en razón del artículo 43° del Decreto Legislativo N° 807, declara que la resolución constituye precedente de observancia obligatoria.

1.2 HECHOS RELEVANTES.

Hecho 01: Con fecha 25 de febrero del 2005 Telefónica realizó un anuncio que presentaba un gráfico de barras en el cual se mostraba que la contratación del servicio “Red privada Movistar” (en adelante RPM) había generado, en cuatro meses, un incremento de más del 100% en la

productividad de la empresa Avinka S.A. En dicho anuncio se indicaba, además, que varias empresas habían manifestado que su negocio se había incrementado como consecuencia de la contratación del servicio RPM.

Según la denunciante, el referido anuncio contenía las siguientes afirmaciones objetivas que debían ser probadas por Telefónica Móviles:

- que la productividad de Avinka se había incrementado en más del 100% entre setiembre y diciembre de 2004;
- que el incremento de la productividad de Avinka era consecuencia directa del uso de la RPM; y
- que las empresas Wong, Laive, Gloria, Santa Isabel, Nestlé y Plaza Veja, entre otras, habían declarado que su negocio había crecido gracias al uso de la RPM.

II. CUESTIONES JURÍDICAS

2.1. PROBLEMA JURIDICO

¿La publicidad testimonial utilizada por Telefónica Móviles S.A.C en su anuncio “Avinka Bienvenida a ser más productiva. Bienvenida a la RPM”, infringe los requisitos previstos en el artículo 5º de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor?

2.2. IDENTIFICACIÓN DE INSTITUCIONES JURÍDICAS RELACIONADAS CON EL PROBLEMA

Competencia desleal:

Para el autor Deza (2011), la competencia desleal es una práctica en la actividad económica cuyo contenido por sí misma es de carácter ilícito, cuya finalidad es entorpecer la permanencia en el mercado de la competencia. Estas prácticas, carecen de sustento fáctico y jurídico, pues suponen un actuar contrario a la buena fe empresarial. Una de las principales características de las prácticas que corresponden a la competencia desleal es que se trata de actos concurrenciales, es decir que para la calificación como actos de competencia desleal se exige que aquellos tengan como consecuencia directa de su ejecución una modificación en el comportamiento de los consumidores, de tal manera que se desvíen o alteren sus decisiones de compra respecto a un mercado determinado. Asimismo, se recalca que el daño como resultado de la ejecución de estos actos no es necesario que sea sometido a una comprobación rigurosa, pues este daño puede ser potencial. En consecuencia, si un acto no se logra exteriorizar en el mercado y, por ende, no

es suficiente para producir un daño real o potencial y una ventaja para la parte ejecutora, no se podría hablar de competencia desleal.

Según Napuri (2011) un acto de Competencia Desleal es aquel que “resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”. (p. 246).

El fin mediato de la ejecución de actos de esta naturaleza siempre se encuentra orientado a generar beneficios económicos a favor del empresario que los lleva a cabo, además de atraer a los consumidores y direccionar sus preferencias hacia su mercado, pero a costas del desmedro de la clientela de su competencia. (Indecopi, 2019)

Otra definición es alcanzada por el autor Ortamendi (1998), quien define a la competencia desleal como “un paraguas enunciativo y abarcativo de cantidad de conductas”. (p. 3). Además, que se trata de conductas que se encuentran regidas por normas que específicamente califican a estos actos como de competencia desleal por la legislación dictada a tal efecto, o por otras leyes que sin considerarlas como de competencia desleal las castigan, o por los principios generales del derecho, que los tribunales aplican ante la ausencia de normas específicas.

En el ordenamiento jurídico peruano, los temas referentes a la competencia desleal son regulados por el Decreto Legislativo N° 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Dicha ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos. En el artículo 6 de la citada norma se ha consagrado una definición sobre los actos de competencia desleal, además de una cláusula de prohibición general. El texto normativo del artículo en cuestión es el siguiente:

Artículo 6°.- Cláusula general. -

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado. (subrayado agregado).

Publicidad Comercial:

La Ley de Represión de la Competencia Desleal, en su artículo 59° inciso d, define a la publicidad comercial como:

(...) 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 competencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales (...).

Por otra parte, Campana (2018) expresa que la publicidad comercial es “toda forma de comunicación realizada al público que procura fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores” (p.9)

De las definiciones citadas anteriormente, se advierte con facilidad que no todo tipo de comunicación hecha en masa es publicidad. Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual ha determinado cuáles son los rasgos distintivos de la publicidad con respecto a otros tipos de comunicación. Por ejemplo, en el expediente N° 112-2004/CPC:

El elemento que distingue a la publicidad 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. (subrayado agregado).

Por lo tanto, todo tipo de publicidad debe cumplir con dos requisitos indispensables para ser considerada como tal:

- Que se trate de una comunicación dirigida a un público de potenciales consumidores
- Que la comunicación la tenga como propósito o por defecto fomentar en el destinatario del mensaje el consumo de los bienes o la contratación de los servicios anunciados.

Publicidad Testimonial:

La publicidad testimonial es una modalidad publicitaria que consiste en utilizar las declaraciones de personas naturales o jurídicas, distintas al anunciante, a fin de incrementar el interés de los consumidores respecto de sus productos. En ese sentido, la publicidad testimonial cuenta con tres características que la definen:

- Interviene una persona distinta del anunciante;

- Dicha persona no actúa como portavoz del anunciante; y,
- Se presenta la opinión de la persona, objetiva o subjetiva, sobre el producto o servicio del anunciante.

La publicidad testimonial, según Calcagno, citado en Alter (2005) “consiste en acentuar, en el mensaje que publicita al producto, el prestigio que se asocia al mismo con la presencia de una persona a la que le otorga reconocida autoridad en determinados aspectos, ya sea en lo social, científico, artístico, deportivo, etc.” (p. 6)

Siendo así, el apoyo testimonial proveniente de dicha persona puede, en algunos casos, ser explícito, por ejemplo, a través de alguna frase de aprobación sobre el producto. Para acrecentar el prestigio y llamar la atención hacia determinado producto sector mercantil, esta clasificación de publicidad emplea testimonios de grupos de referencia para así intentar persuadir al público para la compra de su producto. Cabe recalcar que los testigos son grupos distintos de los destinatarios de la publicidad, no obstante, si bien se trata de grupos a las cuales los potenciales consumidores no pertenecen, están representados por un conjunto de personas con las que estos últimos se identifican.

Ahora bien, el autor Sosa (2016) avalado por la doctrina, manifiesta que existen tres tipos de testigos:

- El primer grupo está integrado por de las personas célebres o famosas. El ejemplo más clásico de este grupo se presenta cuando un personaje reconocido (o varios) apoya o manifiesta su preferencia sobre un determinado producto o servicio (dicha manifestación puede ser tácita), el cual será distinto a la materia o actividad que lo ha hecho famoso: ver a un reconocido futbolista comiendo una galleta o tomando una gaseosa, así como también a un reconocido tenista usando una máquina de afeitar.
- El segundo grupo incluye a los expertos, quienes emiten una opinión acerca de un producto o servicio que se encuentra estrechamente relacionado con su especialidad. Un ejemplo de ello es el testimonio de un odontólogo sobre un dentífrico o la opinión de un nutricionista sobre determinado producto alimenticio. Sin embargo, hay que saber diferenciar ciertos testimonios por parte de quien vienen, así surge la pregunta ¿qué pasa si un personaje famoso da un testimonio sobre un producto o servicio que esté relacionado con su especialidad? Pues bien, en ese caso estaremos frente a publicidad testimonial de experto.

- El tercer grupo reúne a las personas comunes. A diferencia de los dos grupos anteriormente explicados, en este caso el testimonio proviene de una persona que carece de fama y especialidad con respecto del producto sobre el cual manifiesta su opinión desde el punto de vista de su experiencia.

En cuanto a normativa, el artículo 8.2 del D.L. N° 1044 señala que: “Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.”

En ese sentido, si el mensaje del anuncio presentado en un contexto testimonial es falso o induce a error, no sólo implicaría una afectación al derecho de los consumidores y al interés general del público que adquirió el producto influenciado por el anuncio, sino que, además, implicará un daño concurrencial ilícito a los competidores en el mercado. Es por ello que, como en el caso de cualquier otra modalidad publicitaria y en tanto es expresada a través de un anuncio, la publicidad testimonial se encuentra sometida también a los principios que rigen la actividad publicitaria en general y al principio de veracidad en particular.

Autenticidad Publicitaria:

El principio de autenticidad publicitaria en principio exige que los anunciantes y los medios de comunicación presenten los anuncios publicitarios de tal manera que puedan ser reconocidos por los destinatarios de esta como lo que son: publicidad. Dicho de otro modo, este principio plantea una exigencia sobre el modo en el que se transmite el mensaje, pues este debe ser evidentemente percibido como un mensaje comercial y no confundido con cualquier otro tipo de comunicación o mensaje. La exigencia de autenticidad en la actividad publicitaria exige que el consumidor sea capaz de conocer la naturaleza publicitaria de todo mensaje que se le transmite con la finalidad de motivarlo a realizar una transacción o un acto de consumo. (Villarsi, 2019)

Asimismo, en el principio de autenticidad presume de forma tácita que el destinatario de una comunicación tiene una actitud menos receptiva ante la información que recibe de una empresa anunciante cuyo objetivo principal es motivarle a realizar una transacción en favor de su actividad comercial, y una actitud un poco más receptiva ante la información que recibe de un tercero como lo puede ser un periodista, comentarista o la información transmitida a través de los medios de comunicación.

En ese sentido, se asume que el consumidor considera que la información emitida por los medios de comunicación, generalmente es producto de una previa y ardua labor de análisis o de una investigación periodística que a su vez consulta distintas fuentes documentales y

bibliográficas. En este sentido, ante un anuncio publicitario un consumidor puede mantener ciertas reservas naturales sobre el mensaje que recibe y la información que este le proporciona, mientras que ante una opinión periodística o una información noticiosa puede ser menos reservado, es decir más crédulo y menos crítico, ya que se presupone que la actitud hacia los mensajes noticiosos o periodísticos es de confianza y de credibilidad.

El D.L. N° 1104, con respecto al principio de autenticidad, estipula en su artículo 16 lo siguiente:

Artículo 16°.- Actos contra el principio de autenticidad. -

16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.

16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado

Veracidad Publicitaria:

Por este principio, a diferencia del principio de autenticidad se centra más bien en el contenido del mensaje que es transmitido a través de publicidad, esto, con la finalidad de evitar que dicho mensaje pueda inducir a error sobre el producto o sus características al destinatario. En consecuencia, el principio de veracidad es aplicable y exigible a las distintas clasificaciones de la publicidad, esto es, la publicidad de carácter directa e indirecta, así como a la publicidad simple y alusiva, especialmente a esta última en su forma de publicidad comparativa.

Por supuesto que la publicidad es un instrumento persuasivo, pero además de ello también es un instrumento informativo en el mercado. Por ejemplo, si una empresa anunciante es oferente en el mercado, a través del uso de la publicidad, buscará transmitir al demandante de bienes o servicios aquellos datos y características especiales que considere que destacan su oferta sobre otras similares o competidoras. Es muy normal que, una empresa que es oferente intente presentar a su producto como aquel que genera, para quien lo adquiere, mayores beneficios al menor costo, en comparación con otros productos similares en el mercado. Para tal efecto, el anunciante podrá referir en su publicidad las características, el precio, la calidad y las condiciones de venta del producto anunciado, entre otros.

El principio de veracidad obliga que los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor. Como se aprecia, es suficiente el efecto potencial para que se configure una

infracción al principio de veracidad. Asimismo, el principio de veracidad se aplica puntualmente en dos aspectos:

- Se aplica a las afirmaciones que pueden ser verificables objetivamente.
- Las afirmaciones subjetivas no están sujetas a comprobación.

Por lo tanto, solamente las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas y comprobables se encuentran sujetas al principio de veracidad. Según el expediente 0138-2019/SDC-INDECOPI, se señala que:

En los procesos donde se analice actos de engaño, mediante publicidad, se verificará:

- **Delimitación del mensaje:** se debe dilucidar el mensaje que el anuncio transmite, para lo cual se tiene en cuenta los parámetros dispuestos en el artículo 21 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, considerando que quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor y no el anunciante, por lo que la intención de este último será irrelevante.
- **Verificación de veracidad del mensaje:** la autoridad constatará si la imputada cuenta con medios de prueba constituidos con anterioridad al inicio de difusión del anuncio bajo análisis, en aplicación del deber de sustanciación previa recogido en el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y, de ser el caso, determinará si en efecto tales elementos prueban la veracidad de lo transmitido

El respeto al principio de veracidad no se limita a la autorización expresa y por escrito que tiene que realizar el testigo para efectos de la difusión de su testimonio. La licitud de la publicidad testimonial se relaciona directamente con la veracidad de la misma en sus dos niveles:

- En su emisión, que se encuentra vinculado al testigo; y
- En su contenido, vinculado al sentido de las expresiones publicitarias vertidas por el testigo.

Por el lado normativo, el D.L. N° 1044, consigna en el artículo 8.3.:

8.3. 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.

Finalmente, es importante recordar que, con respecto al principio de veracidad, es de observancia obligatoria aspectos y criterios como:

- Utilización de las licencias publicitarias: humor, fantasía, exageración. En la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal.
- Substanciación previa.
- Engaño por omisión.
- Advertencias y contraindicaciones.
- Publicidad testimonial.

III. ANÁLISIS CRÍTICO

Según lo regulado en el artículo 5° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, este va a permitir que los testimonios en la publicidad puedan ser empleados como una herramienta de la acción de concurrencia; no obstante, como en la cuestión de la aplicación de otras modalidades de tipo publicitarias, y mientras sea mencionada mediante anuncios, la publicidad testimonial se va a regir, igualmente a los principios que normal todo tipo de actividad publicitaria, por lo que de manera general, se encontrará sometida al principio de veracidad.

Por lo tanto, en el presente caso corresponderá analizar si la publicidad emitida por la empresa se enmarca en la publicidad testimonial, infringe o no lo que ha estipulado el art. 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor y si configura un acto de competencia desleal.

3.1. Sobre la Competencia desleal:

Ya se ha señalado en el contenido y desarrollo de la presente investigación que las prácticas correspondientes a la competencia desleal son ilícitas en sí mismas. No obstante, conviene recalcar que la publicidad se encuentra sujeta a un control ex post de su emisión, según lo regula el artículo 22 del D.L. N° 1044, el cual refiere que la publicidad no necesita de una autorización o supervisión de carácter previo a su propagación por parte de alguna autoridad.

En el caso que nos aqueja, Telefónica Móviles incidió en actos de competencia desleal con la emisión de los anuncios publicitarios encubiertos como publicidad testimonial, ya que como se irá desarrollando en las líneas siguientes, la información que fue brindada por el anunciante no encontraba respaldo ni sustento jurídico, más aún si se trata de expresiones que nunca fueron alegadas por los supuestos testigos que se indican en el anuncio en cuestión.

3.2. Sobre la Publicidad Comercial:

Ya ha quedado claro que a través de la publicidad comercial, se busca fomentar ya sea de forma directa o indirecta, que se puedan adquirir determinados bienes o servicios, toda vez que este tipo de publicidad se conforma como una especie de comunicación pública, de esta manera se captará o desviará los gustos de los consumidores. De esta manera, debe cumplir con dos exigencias indispensables:

- En primer lugar, deberá consistir en una comunicación pública, es decir, debe estar orientada a un público que posea consumidores potenciales.
- En segundo lugar, el objetivo de determinada comunicación deberá fomentar en los receptores un mensaje claro sobre el consumo de determinados bienes o sobre la contratación de los servicios que fueron anunciados.

Por tanto, hasta este punto ya se puede distinguir claramente que mensajes contenidos en propaganda política, publicidad institucional o comunicados no se encuentran comprendidos en el marco del empleo de la Ley de Represión contra la Competencia Desleal, puesto que no constituyen publicidad en sí misma por carecer de alguno de los requisitos. Entonces, si se analiza el mensaje emitido por Telefónica Móviles se arriba en la conclusión de que este sí consume ambos requisitos de la publicidad, de tal manera que:

- Se trata de una comunicación direccionada a un público en específico, que se constituyen en potenciales consumidores. Puesto que la red RPM se encuentra dirigida a grandes empresarios y demás empresas que se desenvuelven en el rubro comercial. Esto, se denota fácilmente con la expresión utilizada: *“Cámbiese a la RPM, el sistema de comunicación en red que, junto a la transmisión de datos de tercera generación, hará crecer su negocio”*. (subrayado agregado)
- La comunicación tiene el propósito de incentivar y fomentar en el destinatario la contratación de la red RPM. Es evidente que, la intención del anunciante es la contratación de los servicios que oferta, lo cual se colige de la utilización de frases como: *“Cámbiese a la RPM(...)”* en el mensaje, seguido de la descripción de beneficios para quien contrate los servicios y de puntos de referencia que avalan la información que se ha brindado.

En palabras de Gonzales (2015) es de suma importancia que se resalten y, se tomen en cuenta dos aspectos elementales de la publicidad: por un lado, que esta es considerada como una

herramienta que emplea el provisor para cautivar cada vez más consumidores; y, por otro lado, que de modo indirecto comunica a las clientelas sobre los bienes o servicios notificados (p.71).

Partiendo de los referidos conceptos, se puede concluir con respecto a la publicidad, que esta se conoce como un mecanismo apto y eficiente que esta orientado a reducir las deficiencias en la información, toda vez que brinda información a los posibles consumidores sin tener que acudir a un mandato de tipo imperativo, toda vez que, se considera que esta es bastante beneficiosa no solo para la clientela sino también para los proveedores. Entonces, al resultar beneficioso para el proveedor, este de manera voluntaria empezará a difundir mayor publicidad y así tendrá mayores incentivos. Este criterio ha sido respaldado por el Indecopi (2015), que manifiesta que:

La actividad publicitaria se comprende como instrumentos que permite comprimir la irregularidad informativa que existe entre el consumidor y el proveedor de determinados bienes y/o servicios, toda vez que procede a evitar que quienes reciben la publicidad, procedan a tomar ciertas decisiones sobre su consume en base a la complacencia de lo que necesitan. (p.4)

De igual forma, en el Expediente N.º 185-2007-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha distinguido lo siguiente:

Mediante la publicidad comercial se comunica a la generalidad del público, que existen determinados servicios o productos, ello va a permitir una completa reducción los precios de avenencia, de esta manera, podrán tener acceso a información en que incumben incidir los consumidores para obtener y convenir bienes y servicios. En ese sentido, este tipo de publicidad mantiene el objetivo persuasivo, el cual es cautivar la mayor clientela posible a través de la exposición de las peculiaridades propicias y ventajas de los productos o servicios prometidos o la satisfacción que produce en el consumidor que puedan ser emparentados con lo que se brinda.

En la misma línea de ideas, es importante destacar que la publicidad comercial se caracteriza por ser elemento super relevante dado que permite que parte de nuestro sistema económico funcione de la manera más adecuada.

Debido a ello es que las aserciones que se establezcan en todos los elementos que se instauren los requisitos publicitarios requieren emplear obligatoriamente dos principios de suma importancia y que entrelazan entre sí:

- el principio de veracidad; y,
- el principio de sustanciación previa.

Si contrastamos las últimas ideas mencionadas en el caso en concreto, pues se exige a Telefónica Móviles que además de los requisitos de la publicidad, haya cumplido con los dos principios: veracidad y sustanciación previa. Esto es, que el mensaje transmitido no induzca a error a los destinatarios y que todo lo afirmado por el anunciante tenga una fuente de respaldo. Por ejemplo, si la publicidad menciona que grandes empresas como Gloria, Nestlé, Plaza vea, etc., se cambiaron a la red RPM y que además incrementaron en un 100 % las ganancias de sus negocios, pues Telefonía móviles debe mantener consigo todo aquello que acredite y respalde esas afirmaciones.

3.3. Sobre la Publicidad Testimonial:

El artículo 5º del mismo cuerpo normativo, consagra que es necesario que el testimonio sea auténtico, en otras palabras, este debe manifestarse como una confesión real y verifica sobre la experiencia que ha tenido el consumidor con determinado bien o producto, es decir, es este mismo quien para dar fe, tuvo que haber probado, o haberlo usado. En consecuencia, todos aquellos testimonios que son empleados en este tipo de publicidad deben ser adquiridos única y exclusivamente de la experiencia de consumidores reales de la utilidad, y de igual forma, sólo deben mantener sus declaraciones en el enfoque que engloba la experiencia que tuvo con el uso y disfrute del producto, y no tomar en cuenta las expectativas o consideraciones subjetivas que pudieron obtenerse de él.

Lo relatado en líneas precedentes, está relacionado con el momento en que se brinda el testimonio, ello debido a que la ley requiere también que el testigo debe hacer referencia y alusión a una experiencia reciente o momentánea, es decir, no debe tratarse de sucesiones pasadas. Por ejemplo, si un testimonio una vez emitido y analizado, resulta verdadero, pero en el instante en que se procede con su propagación en los medios publicitarios ya no es vigente por distintos motivos o circunstancias (la opinión del testigo ya no es la misma), para tal efecto ya no se puede hablar de un testimonio auténtico.

Ahora, aterrizando una vez más en el anuncio objeto de denuncia, en líneas anteriores, ya se ha señalado que el mensaje emitido sí califica como publicidad, por ende, se encuentra sujeto a las normas pertinentes en la materia. Específicamente, se trataría de una publicidad testimonial ya que, el anuncio si cumple con todos los requisitos exigidos y además posee las peculiaridades

que se le requiere, siendo así que cuenta con desiguales declaraciones las cuales provienen de personas que son distintas al anunciador (E.Wong, Laive, Gloria, Santa Isabel, Nestlé, Plaza Veá, entre otras grandes empresas), las cuales han expresado sus dictámenes sobre los servicios prestados por éste.

Consecuentemente, incumbirá verificar si todos aquellos requisitos exigidos se cumplen conforme las disposiciones del art. 5° de la norma en cuestión. Cabe resaltar que, en este tipo de publicidad, se procede a prestar declaraciones de consumidores que efectivamente son distintos al anunciante y sobre todo que expresen su opinión por cuenta propia, sin coacción ya sea de forma objetiva o subjetiva sobre aquel producto adquirido o sobre algún servicio que haya sido anunciado.

En este sentido, siempre deberá tenerse en cuenta que cualquier tipo de anuncio que proceda a incluir publicidad testimonial, deberá proceder a respetar de forma estricta todo aquello que ha sido estipulado por el testigo, ello debido a que si este testimonio es ofrecido de forma tal que involucre una variación el sentido real del contenido de las opiniones o juicios emitidos, entonces, se estará conformando una contravención a lo establecido por el principio de veracidad, ya que con lo señalado, se está induciendo a los consumidores en un error en base a la falsedad del testimonio ofrecido.

3.4. Sobre la Autenticidad Publicitaria:

Con respecto al principio de autenticidad, y para determinar si se ha respetado el mismo o no, era ineludible que Telefónica Móviles proceda a confirmar que las declaraciones que fueron impresas en el anuncio referido, fueron o no citadas por las empresas mencionadas, de lo contrario, al no ser así, se estaría contraviniendo y vulnerando al principio citado líneas arriba.

Sobre ello, la enunciada indicó que las empresas mencionadas si habían cumplido con aprobar el contenido del texto anunciado antes de que se proceda a difundir el mismo, entonces, se sobreentiende que las mismas conocían y entendían el contenido del anuncio.

Ahora, con el objeto de poder comprobar las afirmaciones enunciadas por la empresa, esta procedió a presentar lo siguiente:

- Correos electrónicos impresos que fueron enviados entre los empleados de Gloria y Telefónica.

- Cartas que fueron expedidas por Supermercados Peruanos S.A. en representación de Plaza Vea, por Nestlé, Wong y Laive.

Con respecto a la relación de Gloria y el anunciante, de la lectura y análisis del texto referente a los correos electrónicos impresos, los cuales son materia de análisis y que fueron enviados entre Gloria y Telefónica, cabe señalar sobre estos que, la mencionada prueba no se esboza como idónea para la acreditación del testimonio que haya sido emitido por la empresa Gloria sobre algún servicio que haya sido ofrecido por la empresa denunciada toda vez que en el correo no evidencia en ningún momento que se haya hecho referencia al anuncio en cuestión.

Ahora, aterrizando en la primera parte del contenido de las cartas que fueron enviadas por las demás empresas, se aprecia que poseen contenidos similares dentro del cual estas autorizan a la denunciada para que proceda a hacer uso de la información sobre las mismas, además, procedieron a declarar que, si conocían el contenido aquellos avisos publicitarios para la campaña de prensa y de igual forma, también autorizaron su difusión.

Ahora, acudiendo a lo señalado por Plaza Vea, esta procedió a manifestar que los servicios ofrecidos por la empresa Telefónica habían ayudado a mejorar la productividad de la empresa.

En el mismo sentido, Nestlé anunció que el servicio prestado por la denunciada les había ayudado toda vez que este había contribuido a mejorar los canales de comunicación dentro de las instalaciones de su empresa, no obstante, no hicieron alusión alguna sobre el incremento de la productividad o algo parecido.,

Finalmente, si bien Laive y Wong hicieron informe al incremento de su productividad, puntaron que el uso de la RPM había ayudado a que mejorara su producción y no específicamente que era una causa de esta.

Entre los textos se advierte que todas las empresas citadas, emitieron varias opiniones sobre los servicios móviles que eran ofrecidos por telefónica, es en razón de ello que, el análisis de autenticidad discurrirá únicamente sobre las afirmaciones emitidas por las citadas. Como se mencionó en líneas anteriores con respecto a los testimonios auténticos, habrá que comprobar si los testimonios que fueron enunciados hacen alusión a una experiencia que sea reciente y real, sobre los testigos que hicieron uso del producto y sobre todo, comprobar si este anuncio ha reflejado el sentido real de los manifestaron ellos.

Ahora bien, enfocándose en el contenido del primer requisito, si se trata de una experiencia reciente y real, del correo electrónico emitido por las empresas mencionadas, puede descifrarse que en efecto, estas si han adquirido el servicio de RPM que fue ofrecido por la denunciada, de esto se puede concluir que en efecto, se encontraron en la capacidad de poseer una experiencia reciente y sobre todo real con el uso de la red adquirida.

Asimismo, para el análisis del segundo requisito, bajo un estudio general del anuncio materia de cuestionamiento, se puede sobrentender que, en efecto, las empresas anunciaron que el contenido del mensaje de tipo publicitario estaba orientado a indicar en el mismo, que el uso del servicio móvil ofrecido por la denunciada había ayudado al crecimiento de sus respectivos negocios.

Sin embargo, a criterio personal, existe un aspecto del anuncio que se ha pasado por alto, esto es la utilización de la frase *“hará crecer su negocio”*, la cual podría enuncia que una afirmación emitida por determinadas empresas, quienes afirman al público en general, que, al usar la red de telefónica, tuvieron una experiencia positiva, dejando en clase a los consumidores que, en efecto, el uso de esta posibilitará el crecimiento de tu negocio.

En razón de lo expuesto a lo largo del presente, cabe señalar que lo que telefónica señaló en su anuncio, jamás fue lo que las empresas quisieron manifestar dado que, el uso de la RPM no incrementó directamente la productividad de las empresas, por ello se inició la denuncia y el objeto de análisis del presente.

3.5. Sobre la Veracidad Publicitaria:

Es regla general que los testimonios deberán guardar características básicas y esenciales como la veracidad y que realmente deben reflejar las creencias, opiniones o las experiencias de quien fue testigo. Para tales efectos, se ha consignado una obligación para quien anuncia, la obligación de verificar si las opiniones del testigo son realmente veraces. De igual forma, habrá que respetar lo consignado por el principio de veracidad, quien no se limita a una autorización de tipo expresa y escrita por parte del testigo para que se pueda difundir su testimonio.

Para que este tipo de publicidad se encuadre dentro de lo lícito habrá que tener en cuenta los siguientes niveles de la veracidad:

- Por un lado, respecto de la emisión, esta se encuentra directamente vinculado al testigo;
- Por otro lado, con relación al contenido, deberá estar relacionado con el sentido de las expresiones publicitarias volcadas por quien es testigo.

En temas referentes al Derecho de la Publicidad, una vez más el principio de veracidad hacia su aparición, enfocándose el respeto de toda verdad en el marco de la actividad publicitaria y así evitar dos consecuencias negativas, que por un lado se tergiversen haciendo publicidad falda y que por el otro, se induzcan a errores a través de la publicidad engañosa.

Empero, se debe recordar que el citado principio no deberá aplicarse de forma discriminatorias y a raíz de cualquier tipo de expresión publicitaria, por el contrario, deberá enforzarse en aquellas afirmaciones que sean concretas y que además se puedan comprobar por ser de tipo informativo, para ello, habrá que tomar en consideración las pautas objetivas que ayudan a fijar si son exactas o inexactas. Lo mencionado encausa su fundamento en que existen expresiones de tipo trivial y afirmaciones que carecen de un contenido que pueda ser comprobado, quedando entonces excluido de lo normado por este principio.

En el caso en concreto, corresponde analizar si el mensaje publicitario emitido por Telefónica Móviles respeta el principio de veracidad.

- Con respecto a su emisión, sí se ha respetado este apartado.
- Con respecto a su contenido, se ha determinado que ninguna de las expresiones utilizadas en el anuncio fue alegadas en ningún momento por los supuestos testigos, lo cual se extrae de la lectura de los documentos alcanzados por la denunciada.

Por lo tanto, para concluir la presente investigación, se expresa que la publicidad testimonial esgrimida por Telefónica Móviles S.A.C en su anuncio “*Avinka Bienvenida a ser más productiva. Bienvenida a la RPM*”, infringe las exigencias previstas en el artículo 5° de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Toda vez que, como se ha analizado, ningún testimonio que haya sido emitido por las empresas en cuestión anunciaron lo que la denunciada indicó en este, que el uso de sus servicios móviles había ayudado a incrementar la productividad empresarial de las mismas. En consecuencia, no constituye publicidad testimonial lícita en los términos del artículo referente. Por tales consideraciones, la Sala resolvió confirmar la Resolución N° 095-2005/CCD-INDECOPI emitida el 24 de agosto de 2005 por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal, pronunciamiento con el que se expresa conformidad por las consideraciones mencionadas hasta este punto.

Referencias

- Alter, C. (2005). *Publicidad Testimonial: Utilización de Grupos de Referencia Celebrities vs. Hombre Común* (Tesis de pregrado). Universidad del Salvador: Buenos Aires.
- Campana, A. (2018). “Análisis de la existencia de guías y lineamientos para la aplicación del principio de sustanciación en los avisos publicitarios en el mercado de los servicios de telecomunicaciones”. Trabajo Académico para optar al título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor. Pontificia Universidad Católica del Perú: Lima
- Comisión de protección al Consumidor. Expediente N° 0874-2007/CPC. 18 de octubre de 2007.
- Deza, T (2011). *Competencia desleal y publicidad: Marco conceptual*. Indecopi. Sede Lima Norte.
- Gonzáles, G. (2015). *El principio de veracidad publicitaria y el deber de información a los consumidores*. Recuperado de: <https://www.gonzalezvaldivialaw.com/images/gonzalez-valdivia/publicaciones/gonzalez-delgado.pdf>
- Guzmán Napurí, C. (2011). *Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13693/14317>
- Indecopi (2015). *Lineamientos sobre publicidad engañosa*. Recuperado de: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509cec14fc
- Indecopi. (2018). *Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial*. Recuperado de <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/6687>
- Indecopi. (2019). *Lineamientos sobre Protección al Consumidor*. Recuperado de <https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2019/12/Lineamientos-sobre-protecci%C3%B3n-al-consumidor-LP.pdf>
- Ley de Represión de competencia desleal. Decreto Legislativo N°1044.
- Otamendi, J. (1998). La competencia desleal. *Revista jurídica de la universidad de Palermo*, 3(2).

- Tribunal Constitucional del Perú. Expediente N° 185-2007-PA/TC. 18 de agosto de 2009.
- Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Expediente N° 112-2004/CPC. 16 de febrero de 2005.
- Sosa, A. (2016). LA PUBLICIDAD ENCUBIERTA Y NUEVAS MODALIDADES PUBLICITARIAS. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/14964/15498>
- Villarsi, N. (2019). *El principio de Autenticidad*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/431582268/El-Principio-de-Autenticidad>