

**La publicidad comparativa subjetiva como causal de competencia
desleal**

PRESENTADA POR:

David Lizandro Torres Sandoval

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Victor Javier Sánchez Seclen

PRESIDENTE

Carlos Augusto Tejada Lombardi

SECRETARIO

Leyla Ivon Vilchez Guivar De Rojas

VOCAL

Dedicatoria

A Dios, Señor y Padre, de quién proviene toda dádiva y don, por su infinita paciencia, misericordia, y amor; por concederme fuerzas para continuar, consuelo en el pesar, y luz en mi dudar;

A mis padres, Vito y Aly, por ser mis ejemplos de trabajo y perseverancia, por ser mis guías y consejeros durante mi etapa universitaria, y por haber sido mis primeros y constantes maestros en toda buena obra;

Y, de manera especial, a Shiary, mi empuje y confidente, por acompañarme y animarme durante el desarrollo de este trabajo, de cerca y de lejos, a las buenas y a las malas;

In Perpetuum Et Unum Diem.

Agradecimientos

A mi asesora temática y metodológica, Leyla Ivon Vílchez Guivar De Rojas, por su disposición, comprensión y conocimientos impartidos durante el desarrollo del presente artículo.

Índice

Resumen	5
Abstract	6
Introducción	7
1. Revisión de literatura	10
1.1. Antecedentes de investigación	10
1.1.1. Internacionales	10
1.1.2. Nacionales	12
1.1.3. Locales	13
1.2. Bases teóricas conceptuales	14
1.2.1. Publicidad Comercial	14
1.2.2. Publicidad Comparativa	21
1.2.3. Competencia desleal	26
2. Materiales y métodos	28
2.1. Diseño de la investigación	28
3. Resultados y discusión	29
3.1.1. Caso Costeño Graneadito	30
3.1.2. Caso <i>Always</i>	32
3.1.3. Caso Coca-Cola	35
3.1.4. Caso Desafío Franca	39
3.2. Propuesta de regulación de nuevos supuestos de publicidad comparativa subjetiva	41
3.2.1. Clasificación de bienes	42
3.2.2. Factibilidad de información al alcance del consumidor	43
3.2.3. Viabilidad de comparación en bienes de consumo habitual o frecuente	45
4. Conclusiones	47
5. Recomendaciones	48
6. Referencias	49

Resumen

La regulación de la publicidad comparativa ha sufrido cambios muy severos en los últimos años. Específicamente lo relativo a la licitud de los enunciados subjetivos dentro de un contexto comparativo. Y es que, tras distintos precedentes de observancia obligatoria consagrando criterios disímiles, la vigente Ley de Represión de la Competencia Desleal optó por considerar ilícita toda afirmación publicitaria que no sea veraz, objetiva y pertinente; trayendo como consecuencia la limitación en el uso de esta herramienta comercial. Es así que la presente investigación, empleando un enfoque cualitativo, y de índole documental o bibliográfica, busca determinar los supuestos en los cuales debería permitirse el uso de publicidad comparativa subjetiva en nuestro país; para ello, se ha procedido al análisis de diversos pronunciamientos del INDECOPI referidos a la publicidad comparativa, evidenciándose que los argumentos sobre los cuales se ha basado esta prohibición no resultan aplicables a todo tipo de bienes. Así también, tras el análisis referido, se propone la inclusión de los bienes de conveniencia como supuesto en el cual debería permitirse el uso de enunciados subjetivos dentro de la publicidad comparativa; dado que ello supondría un mayor caudal de información para el consumidor respecto a nuevas opciones de bienes en el mercado que se adapten a su propia experiencia, gusto o parecer.

Palabras claves: Publicidad comparativa, competencia desleal, bienes de conveniencia.

Abstract

The regulation of comparative advertising has undergone very severe changes in recent years. Specifically, regarding the legality of subjective statements within a comparative context. And it is that, after different precedents of mandatory observation establishing dissimilar criteria, the current Law for the Repression of Unfair Competition chose to consider illegal any advertising statement that is not truthful, objective and pertinent; resulting in the limitation in the use of this commercial tool. Thus, the present investigation, using a qualitative approach, and of a documentary or bibliographic nature, seeks to determine the assumptions in which the use of subjective comparative advertising should be allowed in our country; To this end, various INDECOPI pronouncements regarding comparative advertising have been analyzed, showing that the arguments on which this prohibition has been based are not applicable to all types of goods. Likewise, after the aforementioned analysis, the inclusion of convenience goods is proposed as an assumption in which it should allow the use of subjective statements within comparative advertising; since this would suppose a greater volume of information for the consumer regarding new options of goods in the market that adapt to their own experience, taste or appearance.

Keywords: Comparative advertising, unfair competition, convenience goods.

Introducción

No podríamos imaginar el intercambio comercial en nuestra economía contemporánea, altamente competitiva, sin la presencia de la publicidad. Esta herramienta comercial ostenta antecedentes muy remotos; la actividad publicitaria (o anunciadora, en sus inicios) ha incluido desde comerciantes que ofrecían recompensas por esclavos prófugos, enseñas grecorromanas y medievales, pregoneros ambulantes, hasta empresas que cautivan al consumidor potencial con campañas publicitarias rebosantes en creatividad, y también en capital invertido. Es así que la publicidad resulta un instrumento imprescindible, no solo para las transnacionales, sino también para aquellas pequeñas y medianas empresas que desean presentar al público sus bienes y servicios, y de ese modo, incrementar la demanda por ellos. Dentro de las múltiples variantes en que puede presentarse, la publicidad comparativa es una de aquellas modalidades más cautivantes, quizá por la delgada línea que separa la comparación leal de la desleal, o porque provee al público el placer de ver empresas o marcas desnudando las falencias de sus rivales, usualmente en tono humorístico o irreverente.

Según la legislación peruana, ciertas clases de publicidad comparativa implican un comportamiento desleal, y resultan, por ende, ilícitas; tal es el caso de la comparación subjetiva, esto es, aquella en que la comparación involucra aspectos que no cuentan con un estándar único u objetivo de comprobación. Por otro lado, existen ordenamientos donde no se aplica este mismo estándar; tenemos, por ejemplo, el caso de los Estados Unidos, donde la publicidad se encuentra regulada en las siguientes leyes: la Ley FTC (*Federal Trade Commission Act*) y la Ley de marcas registradas (*Lanham Act*). La Federal Trade Commission, ha considerado a la publicidad comparativa un valioso medio para mejorar la competencia, y emitió, en agosto de 1979, una “*Declaración de Políticas en Relación con la Publicidad Comparativa*” a través de la cual la incentivó abiertamente, alentando las referencias directas o indirectas a los competidores, con las aclaraciones necesarias para evitar el engaño del consumidor. Vale decir, por tanto, que, en dicho país, las comparaciones subjetivas son permitidas, siempre que no se incurra en fraude o engaño al consumidor. Aunque parezca inverosímil, tal apertura y permisividad se presentaron también en nuestro país, aunque solo de manera transitoria.

En efecto, el texto primigenio del artículo 8° del derogado Decreto Legislativo N° 691 – emitido en 1991– permitía la publicidad comparativa, exigiendo ciertos requisitos, pues prescribía:

Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Toda comparación debe ser: específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Sin embargo, a través de la Resolución N° 168-97-TDC (Caso *Always*) la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI interpretó que dicho dispositivo hacía referencia, no a los requisitos que debía cumplir la publicidad comparativa para ser reputada lícita (que es lo que se deduce naturalmente), sino a los rasgos con los que debía contar la publicidad para recién considerársele comparativa. Por consiguiente, la Sala optó por considerar lícita en nuestro país a la publicidad subjetiva en un contexto comparativo (siempre que se respeten las restricciones generales exigidas a toda publicidad), aduciendo que no se encuadraba dentro de lo previsto por el artículo 8, aunque para ello realizó una interpretación que claramente traicionaba el espíritu de la ley. Posteriormente, en julio del 2000, este criterio de la Sala sería consagrado a través de la modificación realizada por la Ley N° 27311, removiéndose, ahora legalmente, la obligatoriedad de la objetividad. El antes citado artículo 8° pasó a establecer: “Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores”. En resumen, se permitió abiertamente el uso de enunciados subjetivos en la publicidad comparativa, de manera similar al caso norteamericano.

Luego de algunos años, la SDC, compuesta por vocales diferentes, estableció un nuevo precedente a través de la Resolución N° 547-2003/TDC (Precedente *Coca Cola*). La Sala reputó ilícitas las comparaciones de índole no comprobable, esto es, subjetivas, al no tener un carácter informativo y ser pasibles de dañar al consumidor. En concreto, se añadió jurisprudencialmente un requisito de licitud a la publicidad comparativa, además de los ya exigidos a toda publicidad: el de ser objetiva, y por tanto verificable y veraz. Esta nueva restricción llegaría a consagrarse posteriormente en nuestro ordenamiento, por medio de la vigente Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual considera esencial que los actos de comparación contengan información objetiva, exacta, verdadera y pertinente a fin de reputarlos lícitos, quedando excluida de este modo, toda subjetividad en la publicidad comparativa.

Puede observarse entonces, tras los distintos criterios jurisprudenciales y cambios legislativos sobre publicidad comparativa subjetiva en nuestro país, que en los últimos años se ha adoptado una posición más estricta, pese a que hubo una época en la que en el Perú rigió una regulación más permisiva, comparable a la norteamericana, afectando este viraje a los legítimos

intereses de muchos agentes del mercado. En este contexto, es pertinente preguntarse ¿En qué supuestos es factible permitir el uso de publicidad comparativa subjetiva?

La interrogante descrita encuentra justificación en el hecho que la regulación en materia de publicidad comparativa restringe, hasta cierto punto, la libertad de los agentes económicos, pues impide al empresario ofertar su producto en el mercado bajo consideraciones subjetivas que el estime se adecuan al mismo, sin llegar a engañar o defraudar al consumidor; quien, a su vez, ve recortada su libertad, pues en base a su propio criterio, y tras haber evaluado las diferentes opciones existentes en el mercado, podría elegir aquel producto que se adapte tanto a sus preferencias como posibilidades personales; tomando en cuenta que cada persona tiene gustos, opiniones, o pareceres diferentes que se explican en razón de que cada individuo tiene una personalidad distinta, y además el hecho innegable, y de sentido común, que cada individuo solo es libre de elegir aquellos productos que se encuentran al alcance de su presupuesto.

Por lo tanto se puede aducir que aun cuando un anuncio publicitario comparativo contenga especificaciones netamente subjetivas y no comprobables (sabor, por ejemplo), éste no perjudicaría a ninguna de las partes intervinientes, quienes al contrario, se verían beneficiadas; pues el empresario anunciante podrá poner a disposición del público un bien alternativo cuyas peculiaridades pueden amoldarse a los gustos o bolsillos de los consumidores, y éstos, por su parte, tendrán mayor información respecto a nuevos productos y podrán decidir, en base a sus preferencias personales, si están de acuerdo con el anuncio, o si, por el contrario le son leales a la marca de su reiterada preferencia. De este modo, se ha considerado como hipótesis el hecho que sería factible permitir el uso de elementos subjetivos dentro un contexto comparativo en la publicidad de bienes de consumo habitual o frecuente.

En consecuencia, se ha planteado como objetivo general de la presente investigación el determinar los supuestos en los cuales debe permitirse el uso de publicidad comparativa subjetiva. Asimismo, como objetivos específicos hemos considerado el analizar diversos pronunciamientos emitidos por el organismo regulador (INDECOPI) en lo referente a la publicidad comparativa; y así, proponer la inclusión de supuestos en los cuales se debe permitir la publicidad comparativa subjetiva

1. Revisión de literatura

1.1. Antecedentes de investigación

Para la realización del presente artículo de investigación, se han revisado y analizado los siguientes antecedentes de investigación:

1.1.1. Internacionales

Según Gutiérrez (2003) en su tesis denominada “Publicidad comparativa” tuvo como objetivo describir el desarrollo, recepción, y los modelos de regulación en los que se enmarca la publicidad comparativa, además de reseñar diversos argumentos a favor y en contra, la clasificación, la regulación (en España y en el Derecho Comparado) la definición y autorregulación de dicha figura jurídica. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, concluye que, tanto en la legislación y tratados españoles, como comunitarios, existe unanimidad en que la publicidad comparativa debe ser veraz, así como ser verificable. Señala también que la legislación española sobre publicidad comparativa debería impedir que productos consolidados en el mercado se comparen de un modo abusivo con productos nuevos, así como permitir a productos que son poco conocidos en el mercado compararse con otros ya consolidados. Este trabajo contribuye a nuestra investigación respecto a la manera en que puede definirse y clasificarse la publicidad comparativa, así como reconocer los argumentos usados en su favor; además de coadyuvar en la comprensión de sus características.

De igual forma, González (2014), en su trabajo de fin de máster referido al régimen jurídico de la publicidad comparativa, reseña la evolución y argumentos a favor de la publicidad comparativa, así como su marco regulatorio y sus principales requisitos a fin de ser considerada leal dentro del derecho español, haciendo referencia también a un nuevo proyecto de regulación y estudiando cómo podría variar la aplicación si es que el referido Anteproyecto de Código Mercantil llegara a aprobarse. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, y de índole bibliográfico, concluye que, una tipificación adecuada de la publicidad comparativa incentiva un mejor funcionamiento del mercado, fomentando comportamientos deseables; mientras que su prohibición de manera general no aporta nada. Respecto a este trabajo, es de señalarse su aporte en cuanto a la definición y delimitación de la figura de la publicidad comparativa, así como de los argumentos recogidos a su favor.

Del mismo modo, Pedreira (2018), en su trabajo de investigación de fin de grado denominado “La publicidad comparativa” analiza esta figura jurídica y las distintas

regulaciones legislativas de las cuales ha sido objeto. Presenta también el concepto de la comparación publicitaria para poder deslindarlo así de figuras afines y estudiar los diferentes argumentos a favor y en contra de la misma. Así también se hace un repaso a la evolución de la normativa, tanto europea como española, que regula esta clase de publicidad. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, y de índole bibliográfico, concluye que las últimas reformas legislativas supusieron un avance al eliminar la doble regulación de la publicidad comparativa, permaneciendo lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Competencia Desleal. Resultan importantes subrayar, para los fines del presente, la definición esgrimida por la autora, sus elementos constitutivos, así como los argumentos en contra de la publicidad comparativa recogidos.

Asimismo, Saffirio (2012) en su tesis de licenciatura tuvo como objetivo analizar el enfoque adoptado por la Ley N° 20.169 respecto a la publicidad comparativa desleal al constituirse dicha norma en la primera regulación directa de la referida modalidad publicitaria en Chile. En ese sentido, expone las definiciones amplia y restringida de la publicidad comparativa, así como sus efectos en el mercado y su regulación en el derecho comparado. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, y de índole bibliográfico, concluye que la Ley N° 20.169 constituye un avance puesto pone fin a la regulación difusa sobre competencia desleal, regulando por primera vez la publicidad comparativa desde un enfoque liberalizador, permitiéndose su uso siempre que sea veraz y demostrable; señala además que se prescinde de un requisito de licitud relativo a la objetividad de la comparación, reconociéndose lícita la comparación de juicios subjetivos, no operando en ese caso la exigencia de que sean juicios comprobables. Respecto a nuestra investigación, resulta revelador conocer la distinción entre la publicidad comparativa y otras conductas afines, así como sus ventajas y posibles efectos nocivos. Cabe destacar también la referencia a la licitud de la publicidad comparativa subjetiva en la legislación chilena.

Así también, Rossi (2010) en su tesis de grado denominada “Marco legal de la publicidad comparativa” reseña el trasfondo jurídico de esta técnica publicitaria, estudiando también los argumentos doctrinarios a favor y en contra y, revisando la jurisprudencia argentina relevante, así como el derecho comparado; proponiendo, finalmente, un proyecto de ley que regule la publicidad comparativa. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, y de índole bibliográfico, concluye señalando que la publicidad comparativa resulta tanto un aliado del consumidor como del empresario, brindando beneficios a ambas partes, por lo que su propuesta busca equilibrar los intereses de ambos sectores, permitiéndola con ciertas restricciones, como

es el caso de las comparaciones subjetivas. Los temas expuestos por la autora resultan de gran importancia para nuestra investigación; principalmente lo relativo a los argumentos a favor y en contra, además de la fundamentación utilizada en su propuesta de legislación de la publicidad comparativa en el ordenamiento argentino.

1.1.2. Nacionales

En el mismo sentido, Fiestas (2016) desarrolla un estudio de la percepción del consumidor ante la publicidad comparativa, específicamente en lo referido al caso de colchones Paraíso vs colchones El Cisne. Así, tuvo como finalidad determinar tal percepción en el público trujillano además de identificar aquellos hábitos que tienen las personas por efecto de la publicidad, obteniendo como resultado la confirmación de su hipótesis, pues las personas encuestadas percibieron mejor la calidad de la marca anunciante en comparación con la marca aludida en la publicidad. Tras desarrollar una investigación de enfoque cuantitativo, y emplear la técnica de la encuesta, a través de cuestionarios; concluye señalando que al 25% de los encuestados le parece incorrecto el uso de la publicidad comparativa, mientras que la mayor parte de ellos (59%) se muestra de acuerdo con la legalidad de ésta. Así también, se observa que, tras la emisión de la publicidad, hubo cambios en la percepción del público respecto a la calidad de los productos comparados, sin que esto implique necesariamente, a decir de la autora, un traspaso automático de la clientela. Respecto a nuestra investigación, resultan de interés los resultados obtenidos por la encuesta desarrollada por la autora respecto a la confiabilidad del mensaje publicitario, y la percepción del público respecto a la licitud, o resultados del acto comparativo.

De manera similar, Sosa (2018) mediante su artículo denominado “Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción” disputa la interpretación y la aplicación que se ha usado con algunos de los términos de la Ley de Represión de Competencia Desleal. Para ello, expone el concepto de publicidad comparativa y explica los problemas que han surgido en su regulación; analizando también la importancia económica de su protección. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, y emplear el método analítico, concluye que, si bien existe cierta permisividad en nuestra regulación de la publicidad comparativa, los requisitos de la *exceptio veritatis* contenidos en el artículo 11 de la LRCD, al ser tan ambiguos, imprecisos o discrecionales, han desincentivado su uso tras haber generado inseguridad jurídica mediante los pronunciamientos del INDECOPI. La investigación del autor mencionado resulta de suma importancia para el presente trabajo, pues algunas de sus propuestas sobre cómo debería

aplicarse o formularse a la publicidad comparativa dentro de la Ley de Represión de la Competencia Desleal concuerdan con la hipótesis de este trabajo, siendo de gran importancia los argumentos usados.

Asimismo, Rivera (2017) en su artículo “El Efecto Intimidatorio o ‘Chilling Effect’: De cómo la mala regulación mató a la publicidad comparativa en el Perú” crítica la regulación de la publicidad comparativa en el Perú. Para ello, analiza la evolución de su regulación, el concepto del “efecto intimidatorio” causado por su regulación actual, así como la protección constitucional de la publicidad comercial al ser esta una exhibición de la libertad de expresión. Por último, se aplican a las normas peruanas de publicidad comparativa un test empleado en el derecho comparado para analizar restricciones de la libertad de expresión comercial, concluyéndose que nuestra regulación es inconstitucional. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, concluye señalando que el tratamiento de la publicidad comparativa en la LRCD resulta inconstitucional al vulnerar la libertad de expresión comercial, debiendo limitarse la publicidad comparativa solo cuando engañe al público o denigre a los consumidores. Esta investigación nos permite contar con argumentos adicionales que aboguen por una regulación más abierta de la publicidad comparativa subjetiva, especialmente en lo relacionado a la protección de la libertad de expresión comercial.

1.1.3. Locales

Del mismo modo, Villegas (2018) en su tesis referida “Análisis del daño concurrencial ilícito como consecuencia de la publicidad engañosa en el sector comercio” analiza el daño concurrencial ocasionado por la publicidad engañosa además de los distintos lineamientos y directrices de su regulación. Tras desarrollar una investigación básica, descriptiva, y analítica, concluye señalando que existe insatisfacción de los consumidores respecto a las sanciones impuestas por el INDECOPI, debiendo contarse con mecanismos que ayuden a prevenir el uso de publicidad engañosa. A efectos de nuestra investigación, este trabajo resulta importante pues nos permite conocer la definición y elementos básicos de la publicidad comercial.

De igual forma, Sánchez (2019) desarrolla su tesis identificando los riesgos relevantes para el Derecho Penal ocasionados por la publicidad engañosa, ello tras el estudio del caso “Leche Pura Vida Nutrimax”. Tras desarrollar una investigación de enfoque cualitativo, y emplear un método bibliográfico, concluye que la protección brindada por el ente administrativo (INDECOPI) resulta insuficiente, porque se pone en juego el patrimonio como bien jurídico, esto es, el interés patrimonial del público consumidor. Por lo tanto, recomienda su

configuración como una modalidad de estafa ocurrida dentro de la relación de consumo. Se destacan de esta investigación lo aportado respecto a los conceptos elementales de la actividad publicitaria dentro de una economía social de mercado, así como de los principios que han de regirla, con especial énfasis en el principio de veracidad.

1.2. Bases teóricas conceptuales

1.2.1. Publicidad Comercial

1.2.1.1. Concepto

Según Fernández Novoa (citado en Vilela, 2010), puede definirse a la publicidad como “aquella manifestación y comunicación a través de los medios técnicos de difusión que se hace al público de los consumidores con el fin de encaminar su atención hacia los servicios y productos de la empresa” (p.128). Este concepto se ajusta a la denominada publicidad convencional, que es la que tradicionalmente se utiliza en medios audiovisuales, o escritos (periódicos, revistas), en contraposición a la publicidad no convencional la cual incluye formas de marketing directo, tales como “un *mailing* personalizado, técnicas de buzoneo, o comunicaciones telefónicas o electrónicas (...), el patrocinio, las actividades en el punto de venta, los regalos y tarjetas de fidelización, las publicaciones de empresas (revistas corporativas y catálogos)” (Rubí, 2007, p.21). De un modo similar, el maestro Anxo Plaza, citado por Murillo (2015) refiere que la publicidad es aquella manifestación efectuada por una persona determinada como parte de su actividad económica o profesional, la cual tiene como propósito fomentar directa o indirectamente la adquisición de determinados bienes o servicios.

Puede afirmarse que en las definiciones precedentes se vislumbran ya las funciones características de la publicidad; informar y persuadir, las cuales analizaremos posteriormente. En nuestro contexto latinoamericano, Paredes (2004) detalla que “la publicidad es un proceso de comunicación impersonal y controlado que, a través de los medios masivos, da a conocer productos y servicios con el objeto de influir en la compra y aceptación (...) usa distintos medios de persuasión” (p.69). Observamos en esta definición un aspecto no considerado anteriormente, el de la ‘comunicación impersonal’, esto es, la comunicación que se dirige a un receptor en masa, un público en general, el cual, si bien puede tener características específicas (sectores definidos de consumidores), conforman un colectivo.

Por su parte, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI, 2001), a través de sus “Lineamientos sobre Competencia

Desleal y Publicidad Comercial” definió a la publicidad comercial como “una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores”. Revisando este concepto, verificamos que la autoridad administrativa introdujo un detalle que, si bien podría inferirse en las definiciones antes señaladas, aquí se percibe claramente: el hecho de *desviar* las preferencias; el cual se presenta cuando se atrae a un público que solía consumir los productos ofrecidos por una empresa competidora; configurándose de este modo un *daño concurrencial*. Pese a ello, Murillo (2015) considera que en lo que respecta a nuestro ordenamiento jurídico, y ante un mercado muy cambiante, era necesario contar con una conceptualización más integral, que no omitiera a supuesto fáctico alguno del ámbito de aplicación de las normas pertinentes; necesidad de la que se percató también el legislador nacional, pues a través de la vigente Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), contenida en el Decreto Legislativo N° 1044, se estableció que se consideraría como publicidad:

A 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.

La redacción general de esta nueva definición, a diferencia de la considerada en los lineamientos, no solo incluye a todas las modalidades actuales de la publicidad, sino que también tiene el potencial de contener los nuevos supuestos publicitarios que paulatinamente aparezcan en el futuro (Murillo, 2015).

Por otro lado, no debe perderse de vista que, en sí misma, la publicidad persigue ineludiblemente un fin lucrativo;

Aunque su presencia se percibe a primera vista como gesto amable y sonriente, en realidad las artimañas publicitarias se basan en un frío cálculo y una sutil manipulación destinados a incrementar las transacciones de la empresa anunciadora. La publicidad es siempre interesada. No hay que engañarse, resulta costosa y sus resultados deben rentabilizar el esfuerzo financiero. (Spang, 2010, p.40)

Aunque esta afirmación parezca un tanto parcializada, es innegable que concuerda con lo que sucede en la realidad, aunque ello no impida finalmente que los consumidores estén conscientes del objetivo final del mensaje publicitario, Este hecho será considerado luego.

1.2.1.2. Funciones

Un elemento común que se encuentra en las definiciones de la publicidad es su fin persuasivo. De acuerdo a la Real Academia Española (RAE, 2018) *persuadir* implica “inducir, mover, obligar a alguien con razones a creer o hacer algo”. Para lograr tal cometido persuasivo, la publicidad se apoya no solo en la sugestión, sino también en la información, logrando combinarlas intrincadamente. La información a la que aludimos no se refiere a la información técnica que puede presentar una empresa a sus consumidores sobre sus productos o servicios, pues, como señala Calle (2002) existe una diferenciación entre la publicidad y la simple información técnica:

- (i) El contenido del mensaje. El mensaje publicitario busca comunicar a los consumidores y usuarios las bondades y cualidades de un bien o servicio. La información, en cambio, comunicará las características y demás elementos objetivos del producto o servicio.
- (ii) La finalidad: el anuncio publicitario, en estructura y contenido, está orientado a persuadir y a influir en la conducta del receptor, intenta sugestionar a través de la exaltación de las ventajas del producto o servicio, es subjetiva. La información, en cambio, destaca hechos o características en forma objetiva.
- (iii) Los destinatarios: El destinatario de la publicidad es el público en general y del deber de información son los consumidores interesados en adquirir el producto o servicio.
- (iv) Los medios utilizados: La publicidad generalmente se efectúa por medios de prensa, radiales y televisivos, mediante leyendas o gráficos que figuren sobre la mercadería o sus envases, pero la información técnica aparece frecuentemente en los envases o embalajes del producto y los manuales de uso. (p. 143)

Observamos pues, que en la publicidad comercial, la información brindada se encuentra claramente delimitada por el propósito final de inducir o persuadir al público, y es brindada paulatinamente de acuerdo al nivel de interés de un potencial comprador; se entiende así que pudiera existir cierta clase de información que es relevante para un consumidor ya interesado, pero no resulta “atrayente” o “influyente” para el público en general, a quien primero debe captarse y convencerse de las bondades o ventajas del bien o servicio ofrecidos. Díez Canseco y Buleje (2010) son de una apreciación similar pues refieren que, en su mayoría, la publicidad contiene solo aquella información que le es indispensable, la misma que es presentada de un modo sencillo para que los consumidores sean capaces de entenderla; así pues, en contraste con los contratos, la publicidad no es un medio adecuado para incluir toda la data referente a un producto, por lo que es necesario que los consumidores se agencien de información complementaria para poder tomar una buena decisión de consumo.

Una de las formas de persuadir al consumidor es a través de la sugestión. Para el diccionario de RAE (2018), sugestionar es “dominar la voluntad de alguien, llevándolo a obrar en determinado sentido”. Esto implica que los ofertantes buscarán provocar una respuesta positiva de parte de los consumidores, apelando, no a la información, si no usando otras estrategias. En este punto, es preciso hacer una salvedad: resulta equivocado confundir la sugestión con el engaño (Avellaneda y Sumar, 2010). Un engaño presupone que el consumidor incurrió en error al calificar una información brindada, tomando como verdadero algo que no lo es. Sin embargo, la sugestión puede apelar, no a datos objetivos, sino a emociones, experiencias, es decir, a ámbitos más subjetivos. Como afirman Avellaneda y Sumar (2010), la presencia de mecanismos sugestivos no sugiere necesariamente el uso de engaño por parte de los anunciantes, así como tampoco que los consumidores sean receptores que crean toda sugestión.

Consideramos necesario desarrollar este último punto tocado por los mencionados autores. Los consumidores contemporáneos generalmente han estado expuestos a anuncios publicitarios desde su infancia; y a través de todo medio en que exista atención del público, desde los periódicos, calles, medios audiovisuales hasta los mismos correos electrónicos, páginas web, etc. Por esta situación, consideramos que el consumidor promedio no es tan ingenuo como a veces se pretende. En este sentido, tenemos que Avellaneda y Sumar (2010) citando una encuesta elaborada el año 2000 por Analistas & Consultores en el Perú para uso exclusivo de la ASPEC (Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios) corroboran lo antes mencionado; cuando se les interrogó si era posible confiar en que la publicidad sea veraz, un muy pequeño porcentaje de los peruanos (9.6%) respondió afirmativamente. Por otro lado, un contundente 70.3% sostuvo que *a veces o casi nunca* puede confiarse en la publicidad.

Es por ello que no es producto de un razonamiento adecuado el concluir que la mera publicidad producirá inmediatamente en los consumidores una respuesta positiva (Avellaneda y Sumar, 2010). Si esto fuera así, sería lógico afirmar que existiría una relación directamente proporcional entre los productos más publicitados y los productos con mayor demanda, lo cual no siempre puede verificarse en la realidad.

1.2.1.3. Clasificación según la naturaleza de las afirmaciones

De acuerdo a Maguiña y Sosa (2010), las afirmaciones pueden ser objetivas o subjetivas. Dentro de las objetivas se encuentra la publicidad de tono excluyente y la publicidad objetiva *per se*. Se incluyen dentro de las subjetivas a las exageraciones publicitarias y a la publicidad subjetiva *per se*.

A. Afirmaciones objetivas

a.1. La publicidad de tono excluyente

Conforme señala Gutiérrez (2003), a través de esta clase de alegación, la empresa anunciante hace conocer que su oferta es la mejor del mercado. Es decir, el bien anunciado se ensalza a sí mismo, por encima del resto, dentro de un género o categoría de productos. Citando al maestro Tato Plaza, Maguiña y Sosa (2010) señalan que este lugar de preeminencia es tal, que ningún competidor ni un círculo reducido de ellos, logra llegar a él.

Además de lo señalado, la publicidad de tono excluyente es, para Lema Devesa (citado en Aramayo et al., 2013) “toda afirmación de contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público (...) y a través de la cual se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupa una posición preeminente en el mercado” (p.95). Reseñando lo antes afirmado, podemos concluir, junto a (Maguiña y Sosa, 2010) que la publicidad de tono excluyente contiene las siguientes características ineludibles:

- i. Una afirmación respecto a que el producto anunciado, o su fabricante, ocupa un lugar preeminente o ventajoso frente a la competencia.
- ii. transmite información concreta.
- iii. contiene alegaciones comprobables.
- iv. los consumidores la toman en serio.

Además de ello, es importante señalar que un anuncio de tono excluyente se considerará una variante publicitaria lícita solo cuando se determine, en base a evidencias, que la posición de preeminencia invocada es verdadera, esto debido a que los consumidores toman en serio sus afirmaciones (Aramayo et al., 2013).

A fin de una mejor comprensión de este tipo de alegaciones, ofrecemos algunas pautas señaladas por Lema Devesa (citado en Maguiña y Sosa, 2010) respecto a la manera en que suele presentarse este tipo de afirmaciones publicitarias; entonces, se configurará la publicidad de tono excluyente:

- Si los enunciados contienen adjetivos con el fin de ensalzar una posición de predominio, tales como: “inmejorable”, “inimitable”, “único”.
- Si se emplea el adverbio “solo” al lado de rasgos específicos del producto ofrecido o empresa ofertante, como es el caso de “la facilidad de lavado que solo te puede ofrecer X marca”.

- Cuando se emplee el adverbio “sí” enfatizando de tal modo una característica que el público entienda que hay una preeminencia del producto anunciado frente a los productos de la competencia.
- Si se usan afirmaciones o enunciados que destaquen un lugar de superioridad en el mercado, tales como: “por fin un detergente que...” “la marca número 1 en...”
- Si se utiliza algún artículo determinado (“el”, “la”) bien sea: (i) al lado de un calificativo de índole sugestivo, como es el caso de “la verdadera...” “el legítimo...”; o (ii) si se le conecta con un lugar geográfico específico, así se tiene “el proveedor experto en Chiclayo”.

Finalmente, es oportuno señalar la distinción entre este tipo de alegaciones y la publicidad comparativa indirecta ante las posibles confusiones que pudieran surgir entre estas dos figuras. Saffirio (2012) citando a Tato Plaza, señala que el objetivo central de la publicidad de tono excluyente es enfatizar la preeminencia de la oferta propia, por lo que, la alusión indirecta a las ofertas de la competencia constituye un efecto subsidiario y no un componente principal del mensaje, como si lo es dentro de la publicidad comparativa. Lema Devesa (2014) coincide con lo antes señalado, indicando que una alusión genérica a los competidores no es suficiente para calificar un anuncio publicitario como comparativo, opinión a la cual nos aunamos, pues, como analizaremos más adelante, existen ciertos requisitos adicionales que deben presentarse para considerar determinado anuncio como ejemplo de publicidad comparativa.

a.2. La publicidad objetiva *per se*

De acuerdo con Aramayo et al. (2013) esta clase de publicidad comprende afirmaciones publicitarias específicas referidas al producto anunciado, o bien a la empresa que lo fabrica, las mismas que pueden ser comprobadas. Maguiña y Sosa (2010) añaden que la información transmitida de este modo puede ser comprobada pues no se desprende de la concepción o parecer del emisor del anuncio, sino que estriba en lo que ha sido admitido como un hecho por el público destinatario del anuncio publicitario. Como natural consecuencia de tal objetividad, estas alegaciones serán tomadas en serio por los consumidores.

Podemos referir algunos ejemplos que ayuden a ilustrar lo antes reseñado: (i) un anuncio audiovisual afirmando que cierta empresa ha logrado obtener la certificación ISO 9001, (ii) un anuncio emitido por determinado banco informando que la tasa de interés efectiva anual ofrecida es de 26%, (iii) un afiche publicitario informando que determinado producto es de procedencia norteamericana, (iv) un consorcio hotelero promocionando sus servicios en base a su reciente adquisición de la categoría de cuatro estrellas. Tal como indican Maguiña y Sosa

(2010), al tratarse y percibirse como datos reales por el público receptor e influenciar su decisión de compra, tales datos se encontrarán sujetos al principio de veracidad.

Pese a que la objetividad antes descrita se desprende, en principio, de los propios enunciados o afirmaciones utilizadas, existe una excepción en nuestra realidad jurídica que es pertinente mencionar. En efecto, Maguiña y Sosa (2010) refieren que hay ciertos anuncios publicitarios que están basados en algún elemento subjetivo, pero que, paralelamente, son sustentados a través de *tests* o estudios de mercado. Estos anuncios son denominados por el Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (en adelante CONAR) como “subjetivos comprobables”. Como podrá observarse, esta clase de anuncios adquiere un contenido comprobable a raíz de los mismos estudios que los respaldan, provocando que el público perciba las conclusiones de dicho estudio como información fidedigna.

B. Afirmaciones subjetivas

b.1. La exageración publicitaria

De acuerdo con Maguiña y Sosa (2010), se caracteriza por emplear anuncios que engrandecen desmesuradamente las virtudes de los productos o servicios publicitados. Así pues, es el tipo de publicidad que prorrumpe en alabanzas de una manera rimbombante, presenta además un núcleo de información que resulta comprobable, y, por ende, verdadero; pero que finalmente no es tomado en serio por el consumidor.

En este sentido, puede apreciarse que en este tipo de publicidad existen alegaciones que pueden comprobarse total o parcialmente, es decir, afirmaciones cuyo contenido (o parte de él) puede sujetarse al principio de veracidad. Sobre tales extremos comprobables versa la exageración y no sobre juicios subjetivos que sean imposibles de comprobar. Pese a ello, los consumidores no toman la exageración en serio, pues la reconocen como tal (Maguiña y Sosa, 2010). En consecuencia, se entiende que los destinatarios de esta clase de publicidad son capaces de distinguir, sin mayor dificultad, entre la exageración propiamente dicha y el núcleo mínimo de verdad que se está comunicando. Al hacerlo así, no son pasibles de ser inducidos a error.

Sin perjuicio de lo antes señalado, es pertinente precisar que la exageración se encuentra permitida por la LRCD, siempre que no induzca a error al consumidor. En efecto el artículo 20° de dicho dispositivo legal señala: “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”. En consecuencia, tenemos que un anuncio que haga uso de exageraciones publicitarias será capaz de inducir a error al público consumidor si su núcleo fáctico de verdad no se ajusta a la realidad (Maguiña y Sosa, 2010). Si esta incongruencia llegara a verificarse, la exageración sería calificada acertadamente como publicidad engañosa.

A modo de ejemplo podemos citar los siguientes anuncios publicitarios reales: (1) La publicidad audiovisual emitida en 1990 por el chicle “kilométrico Boomer” el cual refería contener “metros y metros de super chicle”; (2) El anuncio publicitario perteneciente a la marca de pasta dental “Aquafresh”, promocionando el poder blanqueador de su dentífrico, retratando a dos personas que usan ojeras en la boca a fin de evitar el resplandor emitido por sus dientes; (3) La publicidad gráfica emitida por los cuchillos de marca WMF, dando a entender que sus utensilios son tan afilados que pueden cortar inclusive las tablas de madera.

b.2. La publicidad subjetiva *per se*

Maguiña y Sosa (2010) los definen como todos aquellos mensajes publicitarios que incluyen enunciados privados de un contenido que pueda comprobarse, sustrayéndose al principio de veracidad dado que son incapaces de inducir a error al consumidor. De este modo encontramos:

a) Las expresiones publicitarias triviales y de carácter general. – De acuerdo con Fernández-Novoa (citado en Maguiña y Sosa, 2010), comprenden enunciados que alaban de manera general a un producto o servicio por medio de frases vacías, invitando o incitando a consumirlo. Estas expresiones se limitan a sugerir la compra o contratación del producto o servicio anunciado y son recordadas fácilmente. Podemos citar como ejemplos los siguientes enunciados: “Hay cosas que el dinero no puede comprar, para todo lo demás existe MasterCard”; “A que no puedes comer sólo una” de las papas fritas Sabritas; “D’Onofrio, cerca de ti”, “Te llama la llama”.

b) Los juicios estimativos. – Comprenden expresiones que carecen de contenido que pueda comprobarse de modo objetivo, refiriéndose a puntos de vista opinables. Efectivamente, no hay un criterio o estándar único que permita determinar su exactitud o inexactitud, y solamente expresan la opinión de la empresa anunciante, incluyendo de este modo los juicios estéticos, como, por ejemplo: “una hermosa muestra de arte”, “el hotel más acogedor” (Maguiña y Sosa, 2010).

1.2.2. Publicidad Comparativa

1.2.2.1. Concepto

Habiendo revisado diferentes nociones sobre la publicidad comercial, procederemos a limitar nuestro análisis a uno de los tipos de publicidad más cuestionados y sobre el cual existen opiniones divergentes e incluso prejuicios: la publicidad comparativa. Y es que, al constituir una de sus características principales, la referencia a los bienes o servicios de una empresa competidora, se han generado diversas apreciaciones respecto a su licitud. Empero, no nos adelantemos, y pasemos a definirla.

Tato Plaza, citado en Iparraguirre y Palmisano (2007), refiere didácticamente que este tipo de publicidad contiene primordialmente dos componentes característicos, el primero es la alusión que se hace tanto a los bienes ofertados por el anunciante como a los productos competidores; y el segundo es el propósito de referenciarlos conjuntamente: contrastarlos de tal modo que, directa o indirectamente se evidencien las virtudes de los bienes ofertados por el anunciante frente a las falencias del producto competidor.

Tenemos entonces que dentro de las diversas formas que la publicidad comercial ha adoptado; la publicidad comparativa ofrece un elemento distintivo, y es que hace referencia a los productos o servicios ajenos. Pese a ello, no es el único tipo de publicidad que contiene dichas alusiones, pues la así llamada publicidad adhesiva también hace una referencia conjunta a las ofertas tanto del anunciante como del competidor. Sin embargo, a fin de diferenciarlas, Noda (2003) explica que la publicidad comparativa hace una alusión conjunta a ambas ofertas con el fin de diferenciarlas, y de ese modo, destacar las ventajas del anunciante sobre las desventajas de la competencia; sin embargo, la publicidad adhesiva efectúa dicha referencia con el fin de equipararlas, y así, destacar las similitudes y minimizar las diferencias.

Si bien tras un examen superficial, podría pensarse que por el solo hecho de referenciar ofertas ajenas, tanto la publicidad comparativa como la adhesiva tienen el mismo potencial de desviar o modificar las decisiones de compra del consumidor (y, por tanto, han de recibir el mismo tratamiento legislativo); la diferencia antes precisada es vital al momento de evaluar el nivel de influencia que podrían tener sobre el público. En efecto, consideramos que cada una tiene riesgos y posibles consecuencias diferentes; mientras en la publicidad comparativa podría incurrirse en denigrar al competidor, en la publicidad adhesiva podría ser posible de engaño al momento de negar, al extremo, las diferencias de las ofertas.

Ahora bien, es importante precisar que la referencia a la oferta competidora no siempre se presenta de un mismo modo, pues puede hacerse a través de alusiones directas o indirectas. En efecto, como señala Sosa (2018), la empresa anunciante aludirá explícitamente a otra empresa

cuando haga mención de sus signos distintos, marca de sus productos, o mencione el nombre de su establecimiento, llegando inclusive a emplear imágenes. En este caso, el competidor aludido será identificado instantáneamente al haber sido señalado de manera expresa. Por otro lado, nos encontraremos frente a una alusión indirecta (o implícita) “cuando los consumidores o un sector significativo de estos puedan deducir -en función a las circunstancias en las que se presenta el anuncio o a las que alude- a qué agente económico se está haciendo referencia de manera inequívoca” (Sosa, 2018, p. 25); esto es, cuando tras un proceso razonado, el consumidor puede llegar a una conclusión certera sobre la identidad del competidor aludido.

Lo antes reseñado nos ha introducido un concepto al cual nos referiremos abundantemente en el presente: la posibilidad que la publicidad comparativa haga uso de afirmaciones objetivas y subjetivas y la diferente regulación que ambas clases de afirmaciones deberían recibir.

1.2.2.2. Argumentos a favor de la publicidad comparativa

A continuación, señalaremos algunos de los argumentos esgrimidos a favor de la publicidad comparativa, evaluando las réplicas que existen a nivel de la doctrina nacional. Ante todo, es necesario referirnos a lo señalado por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI, 2002) en el precedente de observancia obligatoria emitido por su Sala de Defensa de la Competencia en el Expediente N° 051-2002/CCD (The Coca-Cola Company vs Embotelladora Don Jorge SAC):

El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal, recogido en el artículo 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.

Observamos que, si bien podría entenderse que el daño sufrido por un competidor tras haber sido objeto de publicidad comparativa se erige como argumento en contra de su licitud, nuestra legislación, como veremos posteriormente, ha consagrado el modelo social de represión de la competencia desleal, según el cual dicho daño ha de “soportarse” en tanto exista un mayor beneficio para el consumidor, el cual, en este caso, cuenta con mejor información antes de realizar su decisión de consumo.

En este sentido, tenemos que Noda (2003) refiere que un argumento usado en pro de la licitud de las afirmaciones subjetivas indica que el anuncio comparativo subjetivo se limita a probar, a comparar, es decir, tiene una mera finalidad persuasiva; sin embargo, también confronta dicho argumento señalando que una comparación publicitaria debería contar solamente con

información de la propia marca ofertada, pero ello no ocurre así, pues la publicidad comparativa suele incluir información de la oferta competidora.

Además de ello, Noda (2003) indica:

En el caso que la información relativa a los competidores fuera positiva, estaríamos ante un intento de colgarse de la reputación ajena (...) En el caso que la comparación fuera en términos negativos, estaríamos ante un intento de destrucción de la posición del competidor. (p.315)

Aunque lo antes expresado podría ocurrir en el plano de los hechos, ha de tenerse presente que en ambos casos es el consumidor quien resultaría beneficiado; en el primer caso, puede tomar conocimiento de una nueva opción en el mercado así como del “estatus” que dicho anunciante reconoce a su competidor, quien también se beneficiaría de la publicidad “gratuita” respecto a su reputación como modelo a seguir; y en segundo lugar, obtendrá información acerca de una oferta similar a la empresa competidora ya posicionada, la que, en caso no vaya acorde a su subjetividad, reforzará su opción por ella. Consideramos que ambos supuestos resultan acordes al modelo social de represión de la competencia desleal.

Adicionalmente, Noda (2003) recoge el argumento que señala que el producto publicitado a través de un anuncio comparativo subjetivo realmente es mejor que el producto del competidor con una buena posición en el mercado. No obstante, siguiendo su crítica a los argumentos que presenta, indica:

Si el producto es verdaderamente superior al competidor ¿le afecta en algo la ilegalidad del uso de comparaciones subjetivas? No. La vía de las comparaciones objetivas está abierta. El argumentar que no puede hacerlo, no quiere hacerlo o, tal vez, que no sirve de nada hacerlo, implica que es necesario destruir el posicionamiento del competidor para vencerlo; ello quiere decir que el producto no es realmente superior al del competidor desde el punto de vista de la mercadotecnia. (p.316)

Por otro lado, puede recogerse un argumento adicional a favor de la publicidad comparativa del pronunciamiento de la Comisión de Competencia Desleal del INDECOPI realizado a través de la Resolución N°13-97-CCD (de fecha 31 de marzo de 1997), citada por Gagliuffi (2003), la cual indica:

Cabe señalar que la competencia mercantil no está exenta de situaciones en las que un comerciante considera que ciertas frases, imágenes, sonidos o cualquier otro tipo de manifestaciones o exigencias difundidas por un competidor agravan o denigran la calidad de sus productos o la propia imagen comercial. Sin embargo, definir los actos de denigración depende la mayoría de las veces de criterios subjetivos, vinculados muchas veces con la percepción de quien juzga los anuncios. Por ello la Comisión tiene en cuenta que la particular naturaleza de la competencia mercantil es susceptible de generar pugnas intensivas entre

unas empresas y otras por hacerse de un determinado mercado y, por ello, al interpretar las normas que reprimen la denigración a nivel publicitario y como acto de competencia desleal, han restringido su aplicación a los casos más evidentes, dejando a salvo aquellas manifestaciones o expresiones que, no obstante ser a veces subidas de tono, se encuentran dentro de los límites del daño concurrencial, es decir del perjuicio que se causan las empresas entre sí por el sólo hecho de competir en un mismo mercado. (p. 309)

Se entiende que la Comisión estuvo dispuesta a pasar por alto ciertas expresiones o manifestaciones que, dependiendo del criterio, pudieran considerarse denigratorias por algunas subjetividades más sensibles, lo cual deja claramente abierto el camino a que se aplique un criterio similar para ciertas expresiones subjetivas dentro de la publicidad comparativa, las cuales, evidentemente, no serían tomadas en serio por el público consumidor.

1.2.2.3. Argumentos en contra de la publicidad comparativa

En este punto, haremos referencia a los argumentos formulados por diversos autores en contra del uso de publicidad comparativa subjetiva. Tenemos a Noda (2003), quien refiere lo siguiente:

(...) el anunciante tiene la libertad de afirmar todo tipo de cosas puesto que el consumidor siempre se dará cuenta de la verdad cuando pruebe el producto (...) su uso para justificar la publicidad comparativa subjetiva es falaz. Con la misma facilidad dicho argumento podría servir para justificar la publicidad engañosa. (p.314)

Básicamente infiere que los argumentos que se usan a favor de la publicidad comparativa subjetiva, podrían aplicarse también a la publicidad engañosa. Por otra parte, tenemos el siguiente pronunciamiento (el cual fue consagrado como precedente de observancia obligatoria) de la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI (Resolución N° 0547-2004/TDC-INDECOPI, del 10 de diciembre de 2003, emitida dentro del Expediente N° 051-2002/CCD), la cual refiere:

La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo (...) cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo, es decir de objetividad, provoca que el competidor aludido sufra un daño –materializado en la detracción potencial o real de clientela– sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad es negativo, y por ello inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal. (p.31)

En concreto, la Sala sostiene que a los consumidores les resulta inviable comprobar las virtudes anunciadas a través de la publicidad comparativa que no tenga un carácter estrictamente informativo, dentro de la cual encontraríamos las comparaciones subjetivas.

1.2.3. Competencia desleal

El artículo 58° de nuestra Constitución Política señala lo siguiente: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. De este modo, el modelo adoptado por el constituyente se caracteriza por la progresiva reducción de la actividad del Estado dentro del mercado, promoviendo, en su lugar, la competencia y reservándosele una labor vigilante, en defensa de los intereses empresariales, pero, sobre todo, de los intereses del público consumidor y de la sociedad en su conjunto (Aramayo et al., 2013).

Se deduce, por tanto, que este modelo económico depende en gran manera de un adecuado sistema de normas que regulen, promuevan y velen por el buen desenvolvimiento de la competencia. En ese mismo Diez Canseco y Buleje (2010) consideran que lo ideal sería instituir reglas de mercado que puedan impulsar el progreso de muchas más actividades económicas dado que solamente una economía dinámica, con gran cantidad de transacciones estará en óptimas condiciones para afrontar el porvenir. Uno de los pilares sobre el cual descansa todo el sistema de defensa de la libre y leal competencia se encuentra en el artículo 61° de nuestra Carta Magna: “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna Ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”.

En este sentido, debemos indicar que, en nuestro ordenamiento jurídico, este sistema de protección y vigilancia se ha estructurado en dos subsistemas reguladores; el de “represión de competencia desleal” y el de “libertad de competencia”. Es así que, conforme describen Aramayo et al. (2013) el primero tiene como objetivo primario reprimir aquellas conductas empresariales que pretenden evitar o limitar la concurrencia en el mercado; mientras que el segundo busca que los empresarios mantengan un actuar leal y correcto durante sus actividades económicas, suponiendo la previa existencia de concurrencia.

1.2.3.1. Modelo social imperante

Dentro del sistema regulador o de represión de la competencia desleal han existido tres modelos diferentes que corresponden a diferentes etapas de la evolución del entendimiento de esta disciplina; así, resulta importante comprender cada una de estas etapas, pues, tal como lo ha señalado Rodríguez (2017) citando a Aurelio Menéndez, ello nos permite identificar determinados problemas que suceden en la actualidad.

De acuerdo con Guzmán (2011) en el primer modelo, el modelo Paleoliberal, no se caracterizaba por una amplia intervención del Estado, al contrario, solo se encontraban regulado el sistema de marcas y el de la responsabilidad civil; por ello, se sostiene que el modelo Paleoliberal no contaba aún con una verdadera regulación de la Competencia Desleal.

Posteriormente emergería el modelo profesional (también llamado empresarial o corporativista), el cual, de acuerdo a Rodríguez (2017) estaba enfocado en velar por los intereses de los empresarios competidores, pues tuvo su origen en la presión ejercida por éstos al solicitar la aplicación de sanciones efectivas frente a las prácticas que les eran perjudiciales; surgiendo así, en esta etapa, la formulación de una cláusula general. En ese sentido, este modelo resulta incompleto pues “no analiza la perspectiva del mercado en su conjunto (...) impide que cualquier persona pueda denunciar un acto de Competencia Desleal, y a la vez, impide enfocar la represión de la misma en entes que no sean empresas” (Guzmán, 2011, pp.248-249).

Finalmente, y a diferencia del modelo antes descrito, en el modelo social se vulnera al proceso competitivo como tal, de manera que la acción ejercida no es una herramienta que primordialmente busca tutelar los intereses subjetivos de algunos agentes, aunque ellos sean finalmente resguardados de todas formas (Rodríguez, 2017). En ese mismo sentido, se pronuncia Guzmán (2011) al referir que el modelo social contiene “un fuerte componente de interés general; lo cual ha permitido autorizar comportamientos que antes se encontraban prohibidos, y a su vez, incorporar nuevos supuestos de comportamientos que vulneran la buena fe competencial” (p.249).

En efecto, en esta etapa rige un criterio innovador ausente en la etapa anterior, el de la competencia por eficiencia, el cual le ha permitido tener en cuenta, no sólo los intereses de los empresarios, sino el de la sociedad en su conjunto. Tal como lo explican Aramayo et al. (2013); el modelo social tiene como base el hecho de que, en una economía social de mercado, lo que impulse la distribución de los pocos recursos existentes debe ser la competencia por eficiencia. El logro de los objetivos del modelo social implicaría un beneficio para toda la sociedad, dado que resulta de público interés que el consumidor intermedio o final satisfaga sus necesidades con un mínimo costo y un máximo beneficio, teniendo a su alcance aquella oferta que, en base a su eficiencia, ofrece la combinación de calidad y precio más ventajosa.

Este último modelo es el que se ha consagrado en nuestro ordenamiento. En efecto, el artículo 6.2° de la LRCD establece: “Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la

conurrencia en una economía social de mercado”. Ello se complementa con lo expuesto en la Exposición de Motivos de los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el ámbito de las Telecomunicaciones (Resolución N° 014-2014-CD/OSIPTTEL) donde se señala que: “(...) por buena fe empresarial se entiende el logro de la preferencia de los usuarios por la eficiencia y los méritos propios, sin acudir o aprovecharse indebidamente de los méritos ajenos”. Así pues, podemos aseverar que, en nuestro país, se ha dejado de lado una imperativa defensa de los derechos subjetivos de los empresarios a fin de procurar mantener, propiciar o reestablecer la eficiencia dentro del mercado. En ese mismo sentido, Rodríguez (2017) nota que, al emplearse el estándar de competencia en base a la eficiencia, se elimina toda probabilidad de que las normas referentes a la competencia desleal se enmarquen dentro del modelo “profesional”, también llamado “corporativista”; por lo cual resulta indudable que nuestra regulación sobre la competencia desleal se adhiere al modelo social, de manera que pueden presentarse conductas desagradables para el empresario común, sin que estas se reputen ilícitas según la pauta de conducta que se desprende de la cláusula general prevista en nuestra LRCO.

Es importante concluir refiriendo que la consagración del modelo social en nuestro país ha propiciado la aplicación de un principio cuyas consecuencias prácticas están íntimamente ligadas al eje del presente trabajo. Por consiguiente, en virtud del principio de licitud del daño concurrencial: “(...) Todo daño que pueda producirse en atención a un comportamiento eficiente para la sociedad en su conjunto, será aceptado (...) pese a que el agente económico dañado se sienta afectado por la práctica” (Rodríguez, 2017, p.245).

2. Materiales y métodos

2.1. Diseño de la investigación

El presente artículo de investigación de tesis se enmarca dentro del tipo de investigaciones documentales, teóricas o bibliográficas, porque tiene en cuenta el análisis de su objeto de estudio a la luz de las bases teóricas y las bases conceptuales, las cuales profundizan en los contenidos encontrados en fuentes bibliográficas, tanto en físico como en virtual, ya sea libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos.

Como parte de su desarrollo, se ha hecho una planificación de actividades, y considerando que en la presente investigación ha seguido un diseño de investigación bibliográfico, se describen las siguientes actividades:

- a) Una clara delimitación del problema de investigación, el cual versa sobre la flexibilización de la regulación del uso de la publicidad comparativa subjetiva en casos concretos.
- b) Una revisión sistemática, rigurosa y profunda del material bibliográfico, sobre la publicidad comercial, específicamente sobre la publicidad comparativa de índole subjetiva y sobre la competencia desleal, pues ambas son las variables que enmarcan la presente investigación.
- c) Además, se analizó y reflexionó sobre cada información bibliográfica relevante para el presente artículo, a fin de poder delimitar correctamente y con total seguridad el problema de investigación, el cual es ¿En qué supuestos es factible permitir el uso de publicidad comparativa subjetiva?
- d) Se elaboró un bosquejo o esquema de temas, de acuerdo a los objetivos específicos.
- e) Finalmente, se desarrolló cada tópico planteado en la estructura del presente artículo, tanto en sector de revisión de la literatura como en el sector de resultados y discusión. En este último, podemos observar los supuestos en que debería permitirse la publicidad comparativa subjetiva en nuestro país, ello en base a la descripción y análisis de diversos pronunciamientos emitidos por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa; y, de ese modo, plantear la propuesta de Proyecto de Ley que modifique los artículos pertinentes del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

3. Resultados y discusión

3.1. Análisis de los pronunciamientos emitidos por el INDECOPI relacionados a la publicidad comparativa subjetiva.

De manera similar a lo ocurrido en otros ordenamientos jurídicos, en un primer momento nuestro país no vio con buenos ojos a la publicidad comparativa. En efecto, de acuerdo a Benavides y Lorca (2005), este tipo de publicidad “era considerada como una práctica de competencia desleal, que afectaba al mercado, a los competidores y a los consumidores, y por esta razón se le sancionaba” (p.164). Como ejemplo de ello, tenemos que el artículo 11°, inciso g), del Reglamento General de Industrias (contenido en el Decreto Supremo N° 001-71-IC-DS) señalaba literalmente que constituía un acto de competencia desleal el “hacer en la publicidad

comparaciones expresas con los productos y/o servicios de los competidores”. Posteriormente, esta disposición fue modificada por el Decreto Supremo N° 047-85-ICTI/IND, el cual señalaba como un acto de competencia desleal hacer una comparación con los productos de la competencia con el propósito de desacreditarlos. Asimismo, no consideraba como desleal el hecho de incluir en la publicidad alguna marca o signo identificatorio de la competencia, siempre que no se induzca a error al consumidor respecto a las características de la oferta competidora.

No sería sino hasta el año 1990, con el surgimiento de nuevas tendencias económicas y un mercado que gozaba de más apertura, que nuestra regulación publicitaria dio un nuevo paso evolutivo, pues con la publicación del Decreto Supremo N° 026-90-ICTI/IND6 se permitió la difusión de campañas publicitarias en donde se compararan la calidad, precio y beneficio de productos similares (Benavides y Lorca, 2005). Pese a ello, dicho dispositivo legal gozó de poco tiempo de vigencia, pues sería reemplazado poco tiempo después por el Decreto Legislativo N° 691° - Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, a través del cual, por primera vez, se reguló de manera directa y específica diversos aspectos relacionados a la actividad publicitaria, tales como la publicidad comparativa propiamente dicha. En efecto, a través de dicha norma no solo se le consideró lícita, sino que también se establecieron parámetros regulatorios que buscaban beneficiar al mercado (tanto a los competidores como a los consumidores); constituyendo el principal sustento de esta nueva norma la nueva concepción de la regulación de la competencia (Benavides y Lorca, 2005); a la cual se le denominó economía social del mercado.

En este orden de ideas, tenemos que el texto primigenio del artículo 8 del Decreto Legislativo 691 señalaba expresamente:

Artículo 8.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores.

Toda comparación debe ser: específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados.

Es en este contexto normativo que surge la jurisprudencia relevante para el presente trabajo, la cual revisaremos a continuación.

3.1.1. Caso Costeño Graneadito

A través de la Resolución N° 072-96-CCD, publicada en “El Peruano” el 31 de enero de 1997, y expedida en los expedientes acumulados N° 039-96-CPD y 076-96-CCD; el aún joven

INDECOPI resolvió la denuncia planteada contra Transcontinental, proveedora del arroz “Costeño Graneadito”, por parte del Consorcio de Alimentos Fabril Pacífico S.A. y Nicolini Hermanos S.A. Transcontinental había difundido un anuncio publicitario afirmando que tres cuartos de kilo de su arroz embolsado tenían un mejor rendimiento en volumen que un kilo de arroz superior a granel. Pese a ello, como señala Bullard (2010), en el transcurso del procedimiento se demostró que tal afirmación resultaba falsa, pues los estudios en que el anuncio pretendió basarse no contaban con el adecuado sustento técnico, mientras que, por otro lado, se presentaron tres estudios diferentes, con un mayor grado de detalle, mostrando que no existía tal capacidad de rendimiento.

Hemos de precisar que, conforme se desprende de lo antes señalado, si bien en el anuncio publicitario en cuestión no se hizo una referencia directa, ni indirecta a otra marca de arroz embolsado, el anuncio si realizó una alusión específica a un género de productos, en este caso, al arroz ofrecido a granel. Así lo entendería también la Resolución N° 168-97-TDC, al señalar que:

Una comparación será específica cuando en el anuncio se confronten 2 o más productos claramente identificados o fácilmente identificables por un consumidor razonable. Cabe señalar que la confrontación puede hacerse también entre género de productos o entre un producto y un género de productos, siendo que sólo será específica en la medida que sean claramente identificados o fácilmente identificables por un consumidor razonable.

Dado que la publicidad en estudio contenía enunciados claramente objetivos, los cuales contaban incluso con medidas de peso definidas explícitamente, el ente administrativo acertadamente verificó la veracidad de tales afirmaciones, concluyendo finalmente que resultaban falsas, y, por tanto, que la denuncia devenía en fundada. Sin embargo, conforme lo explica Bullard (2010), existió un interesante detalle adicional que se presentó en este procedimiento; la Sala competente analizó la factibilidad de ordenar la publicación de un anuncio rectificatorio, y para ello, fue necesario determinar cuál era el efecto residual de la publicidad cuestionada en la mente de los consumidores. Así, los datos estadísticos presentes en el expediente mostraron que, en un inicio, se incrementó notablemente la preferencia del público por el arroz “Costeño Graneadito” de modo tal que el consumo de arroz a granel casi desapareció, y se afectó, en menor grado, a otras empresas productoras de arroz embolsado. A pesar de ello:

En unas cuantas semanas la población fue cambiando nuevamente sus preferencias hacia otros arroces embolsados. Los consumidores habían advertido, sin necesidad de hacer los complejos análisis técnicos presentados en el expediente, que el rendimiento ofrecido no era tal. Si bien el arroz embolsado rendía más que el arroz a granel, tres cuartos de kilo no

superaban en rendimiento a un kilo. Los consumidores, además, no regresaron al granel (como era de esperarse) sino que giraron a otras marcas de embolsado, corrigiéndose así el defecto inicial de información. La razón del mayor rendimiento es, aparentemente, la bolsa. Al estar embolsado el arroz absorbe menos humedad, con lo que su rendimiento final aumenta, lo que no ocurre con el arroz a granel. Nótese además que la promoción del arroz estuvo dirigida principalmente a consumidores de bajos ingresos. (Bullard, 2010, p.43)

Cabe destacar que esta jurisprudencia nos deja un dato sumamente valioso, y es que demuestra que el mercado –en este caso a través de los consumidores–, fue capaz de corregirse sin necesidad de una intervención externa; pues, pese a encontrarse con una publicidad engañosa, sus agentes obtuvieron beneficios (o daños) concurrenciales en razón a su eficiencia y no por otro motivo.

En efecto, la empresa anunciante vio incrementarse la demanda de su producto, “Costeño Graneadito”, gracias a aquel sector de consumidores que aun percatándose que el rendimiento no ocurría según el porcentaje publicitado, si existía una mejor relación costo/rendimiento respecto al arroz a granel que ellos consumían, por lo que estuvieron dispuestos a pagar por ello, beneficiándose ambas partes. Las empresas de la competencia (aquellas que ofrecían arroz embolsado de otras marcas) captaron a aquellos consumidores que también percibieron el incremento del volumen respecto al arroz a granel, pero sus preferencias (o sus bolsillos) los llevaron a adquirir otra marca de arroz embolsado, beneficiándose ambas partes también en este caso. Por otro lado, aquellos consumidores que reforzaron su consumo de arroz a granel, si bien pudieron experimentar fugazmente el mejor rendimiento del arroz embolsado, tras sopesar la relación costo/rendimiento, valoraron más el menor precio del tipo de arroz a granel que consumían que la mejoría en el rendimiento del arroz embolsado, dictándolo así su sentido de ahorro. Bullard (2010) indica algo similar cuando refiere que “en el caso de los productos de muy baja calidad lo que ocurre es que los individuos no desean pagar (porque su presupuesto no les alcanza) por un bien promedio. Por eso es que pagan menos” (p.44).

En atención a lo reseñado, consideramos finalmente que resulta razonable esperar que el mercado tenga la capacidad de corregir también defectos futuros de un modo similar a como ocurrió en el presente caso.

3.1.2. Caso *Always*

El 21 de septiembre de 1996, Productos Sanitarios Sancela Perú S.A. (*en adelante Sancela*) lanzó un anuncio publicitario televisivo (denominado “Camerino”) promocionando su toalla higiénica “Nosotras”; en éste, dos modelos comentaban sus experiencias del siguiente modo:

Modelo 1: *Aquí entre nosotras, no todo está dicho en toallas higiénicas.*

Modelo 2: *Por ejemplo, antes, para sentirme seca yo usaba esas toallas con malla en la cubierta -coge una toalla higiénica con alas, cubierta por el material denominado polietileno perforado, cuya superficie es tomada en primer plano- pero ese plastiquito en los lados ¡uf! me irritaba la piel -mientras dice esto, señala el costado de la toalla.*

Modelo 1: *Ahora para nosotras eso quedó atrás.*

Modelo 2: *Porque la cubierta de Nosotras es mucho más suave para esa parte tan delicada -mientras dice esto enseña la toalla higiénica Nosotras, la que es enfocada en primer plano por la cámara de televisión.*

Modelo 1: *Por eso nos da más protección sin irritación.*

Modelo 2: *¿Y sabes qué más? Como esta zona no es igual que esta otra, Nosotras tiene también formas distintas: ancha para adelante y angosta para atrás.*

Modelo 1: *Para nosotras, Nosotras plus con alas.*

Modelo 2: *Y Nosotras invisible, también con alas.*

Modelo 1: *Porque nadie conoce mejor nuestro cuerpo.*

Las dos modelos: *Que nosotras.*

No mucho tiempo después, esto es, el 15 de noviembre del mismo año, Procter & Gamble (P&G) formuló una denuncia contra Sancela, por presuntas infracciones a las normas en materia de publicidad comparativa, ello a pesar que, a primera vista, no se observaba en el anuncio alguna referencia explícita a su producto. Zegarra (2005) recoge lo señalado por P&G en su denuncia, la que alegaba que el anuncio introducía una comparación “no sólo con las demás toallas del mercado, sino en particular con las toallas de cubierta de polietileno como su toalla “Always” (p.170). Además de ello, tanto el autor citado como Canales y Rivera (1998) coincidieron en señalar que, para la empresa denunciante, el mensaje transmitido transgredía el principio de veracidad, pues (i) no era cierto que la toalla “Nosotras” otorgase más protección que la toalla “Always”; y (ii) tampoco era cierto que la toalla “Nosotras” causara menos irritación que la toalla “Always”. Además de ello, P&G alegó la comisión de actos de denigración contra su producto.

Por otro lado, conforme recoge Zegarra (2005), al contestar la denuncia interpuesta, “Sancela manifestó que en ningún caso el anuncio “Camerino” debía entenderse como un caso de publicidad comparativa, porque no había comparación explícita de productos” (p. 170). En ese sentido, señaló que el anuncio cuestionado sólo contenía frases y expresiones referidas a la toalla Nosotras y a algunas de sus cualidades o atributos. Asimismo, la empresa denunciada señaló que el uso de las frases “más protección” y “sin irritación” no implicaba necesariamente una comparación, pues tales frases constituían expresiones superlativas utilizadas con frecuencia, no solo en la publicidad de toallas higiénicas, sino también en las campañas publicitarias de todo tipo de productos o servicios en general. Además de ello, conforme refiere Lumbroso (1997):

Productos Sancela del Perú S.A. sostuvo que, aun cuando se pudiera interpretar que en el anuncio se afirmaba que NOSOTRAS brinda más protección y produce menos irritación que ALWAYS, tales afirmaciones serían ciertas. Para demostrarlo, presentó un análisis comparativo de las toallas sanitarias ALWAYS y NOSOTRAS realizado por Laboratorios Sancela Colombia, así como una “Investigación cuantitativa Estudio Integral de Toallas Higiénicas” realizada por la firma Investigadores y Consultores en Mercadeo S.A. (ICOM) en el mes de setiembre, consistente en la aplicación de un cuestionario estandarizado a usuarias de las toallas sanitarias ALWAYS y NOSOTRAS. (p. 344)

El 18 de marzo de 1997 la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI emitió la Resolución N° 012-97- CCD, la cual declaró infundada la denuncia, no sin cometer, en opinión de Noda (2003) “gruesos errores de lógica elemental de por medio” (p. 307). Tanto esta resolución, como la emitida por la Sala de Defensa de la Competencia, generarían en su momento un intenso debate entre los especialistas. Así pues, la Comisión, en primer lugar, concluyó que el anuncio “Camerino” constituía un ejemplo de publicidad comparativa, pues, si bien el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 establecía que toda comparación publicitaria debía ser *específica, veraz, objetiva* y dar una apreciación de conjunto de los hechos, “tales requisitos estaban supeditados al cumplimiento de los principios de veracidad y lealtad que informa toda la regulación publicitaria; principios que, por los motivos antes reseñados, la publicidad bajo comentario no contravenía” (Zegarra, 2005, p. 171).

Por otro lado, en lo concerniente a la evaluación de la legalidad del anuncio en cuestión, la Comisión reconoció expresamente la existencia de ciertos límites y requisitos especiales de la publicidad comparativa:

Sin embargo, la publicidad comparativa, en cualesquiera de sus manifestaciones, debe sujetarse a los límites establecidos en el artículo 8 del Decreto Legislativo No. 691 y cumplir con los requisitos de (i) veracidad; (ii) objetividad; (iii) especificidad; y, (iv) apreciación en conjunto. (Resolución N° 012-97-CCD)

En este sentido, la Comisión reconoció que uno de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa señalados por el artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 era, sin lugar a dudas, la objetividad. Es así que la Comisión concluyó que la frase “más protección sin irritación” era una afirmación subjetiva.

Noda (2003) muestra su conformidad con lo señalado por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal hasta este momento, sin embargo, muestra enérgicamente su total desconformidad con lo resuelto:

¿Cómo pudieron concluir algo -la licitud del anuncio- diametralmente opuesto a lo que debieron concluir -su ilicitud? La razón está en el puro y simple desprecio -porque no era desconocimiento- de la ley. La siguiente frase, que venía a continuación del reconocimiento

de la existencia de requisitos de licitud especiales para la publicidad comparativa, es reveladora: "(n)o obstante ello (es decir, no obstante la existencia de los requisitos de licitud), en la medida que la publicidad comparativa debe ser evaluada a partir de estándares similares a los que se emplea para evaluar la publicidad en general, la Comisión considera que para determinar la licitud de la publicidad comparativa el criterio fundamental a seguir será el de la adecuación del anuncio a los principios de veracidad, no denigración y los principios que rigen toda la actividad publicitaria". Es decir, la existencia de los requisitos de licitud de la publicidad comparativa simplemente no le interesó a la Comisión, de ahí que fallara que el uso de afirmaciones subjetivas no estaba prohibido *per se* en la publicidad comparativa. El razonamiento de la Comisión era evidentemente insostenible y carente de la más elemental lógica ya que todas sus premisas la llevaban a concluir la ilicitud del anuncio y terminó fallando lo contrario. La apelación, por supuesto, no se hizo esperar. (p.308)

De este modo, tenemos que la Comisión consideró que entre la regulación de la publicidad en general y la de la publicidad comparativa no debería establecerse distinciones, y por consiguiente, la publicidad comparativa simplemente debería regirse bajo los mismos principios que le eran aplicables a la publicidad comercial en general, tales como los de veracidad y leal competencia (esto es, no confundir ni denigrar).

Como era previsible, Procter & Gamble apeló el fallo de primera instancia, señalando que éste “estaría validando el hecho de que una empresa pueda transmitir un mensaje publicitario diciendo que un producto competidor tiene un efecto negativo o dañino (en este caso, irritar la piel), sin necesidad de sustento o prueba, bajo el único (sic) justificación de que la frase es de tipo ‘subjetivo’”. Tal como lo indica Zegarra (2005) “P&G hizo entonces hincapié en el argumento de que la objetividad era un requisito de validez de la publicidad comparativa” (p. 171).

Es así que mediante Resolución N° 168-97-TDC expedida el 2 de julio de 1997, la Sala de Defensa de la Competencia estableció que el anuncio cuestionado no constituía un caso de publicidad comparativa, confirmando la resolución de la comisión que declaraba infundada la denuncia, ello debido a que las afirmaciones difundidas en el anuncio constituían apreciaciones subjetivas que no inducían a error a los consumidores ni denigraban a los competidores, por lo que no contravenían los artículos 4 y 7 del Decreto Legislativo N° 691.

3.1.3. Caso Coca-Cola

Antes de referirnos a este caso en concreto, es necesario describir dos hechos posteriores a la emisión del precedente de 1997 (caso *Always*). El primero de ellos ocurrió en julio del 2000, cuando a través de la Ley N° 27311 se eliminó el segundo párrafo del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 (Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor), el cual había sido

materia de debate en el caso *Always*. En virtud de esta modificatoria, el criterio de la objetividad dejó de ser un requisito obligatorio de la publicidad comparativa, de manera similar al criterio adoptado por la Sala de Defensa de la Competencia en el caso *Always*; en ese sentido, el artículo 8° antes referido se limitó a establecer que: “Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores”. De este modo, la vía legal también pasó a permitir el uso de enunciados subjetivos dentro de la publicidad comparativa. El cambio descrito, en la opinión de Benavides y Lorca (2005), obedeció a la premura del INDECOPI por fortalecer y aclarar los criterios que había establecido recientemente antes de que se concretara el otro suceso relevante: el pronunciamiento final del Poder Judicial respecto a la impugnación planteada contra la Resolución N° 168-97-TDC. Esto ocurrió en mayo de 2001, cuando la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, como última instancia, “confirmó la sentencia dictada por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema que declaró fundada la demanda contencioso administrativa presentada por Procter & Gamble del Perú S.A. solicitando la ineficacia de la Resolución de 1997” (Escalante y Salazar, 2004, p.238).

Es en este contexto que, en abril del 2002, Embotelladora San Jorge S.A.C. (empresa productora de “Perú Cola”) y Panorama Internacional S.A. presentaron un anuncio audiovisual como parte de una gran campaña publicitaria que consistía en más de 250 anuncios difundidos a través de cinco canales de televisión nacional. El anuncio en cuestión transcurría de esta manera: Se observaban imágenes de diversos turistas (o grupos de turistas) visitando distintos lugares turísticos de nuestro país, cada uno de los cuales, tras probar una bebida de color negro, profiere frases de elogio hacia Coca Cola, convencidos que esa es la bebida que acaban de tomar. En cada uno de los cuatro grupos de turistas, se identificaba a la persona que supuestamente elogia a Coca Cola por nombre, número de pasaporte y nacionalidad. Luego de ello, una voz en off indica “Todos ellos pensaban que el sabor de Coca Cola era inigualable hasta que conocieron Perú...” (y tras la imagen de tres botellas de “Perú Cola”) “...la nueva Perú Cola”. A continuación, los cuatro turistas antes referidos aparecen preguntando sorprendidos “¿No era Coca Cola?”, a lo que la voz en off responde “Es Perú Cola, lo mejor de lo nuestro”; mientras aparece la imagen de cinco botellas del producto y de una mujer que está tomando un vaso del mismo, junto con la frase “Pídela... ¡Cuesta Menos!”

El 7 de mayo de 2002, Coca-Cola denunció a Don Jorge y a Panorama solicitando se declare el acto publicitario descrito como infractor de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor; asimismo, solicitó el cese de la publicidad y la imposición de una multa a la

presunta infractora. Coca-Cola alegaba en su denuncia que “Perú Cola” usaba una etiqueta similar a la empleada por “Coca-Cola” induciendo a error a los consumidores respecto al origen empresarial de ambos productos; que Don Jorge se estaría aprovechando del buen prestigio en el mercado de “Coca-Cola” imitando su producto y ofreciendo el suyo a un menor precio; y que, pese a que en el anuncio publicitario se afirma que el sabor de ambos productos es muy similar –al grado de confusión–, las pruebas realizadas por Apoyo, Opinión y Mercado (por encargo de Coca-Cola) indicarían lo contrario.

El 18 de marzo de 2003, la Comisión emitió la Resolución N° 029-2003/CCD-INDECOPI, declarando infundada la denuncia por presuntas infracciones al artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691, denegando en ese sentido los pedidos accesorios. Tras la apelación correspondiente, la Sala de Defensa de la Competencia falló favorablemente a “Coca Cola” y emitió, en diciembre de ese mismo año, la Resolución N° 547-2003/ TDC-INDECOPI. A través de esta se aprobaba un precedente de observancia obligatoria que revolucionaría la interpretación del artículo 8° del Decreto Legislativo N° 691 pues “pasó de permitir la publicidad comparativa subjetiva, siempre que no denigre a los competidores ni engañe a los consumidores, a prohibirla rotundamente” (Benavides y Lorca, 2005, p. 169). Este precedente, vigente a la fecha, empleó los siguientes principios (entre otros) para determinar la ilicitud de la publicidad comparativa:

- (...) 2. El artículo 8 del Decreto Legislativo N° 691 permite el uso de la publicidad comparativa como instrumento de la acción de concurrencia, sin embargo, dicha modalidad publicitaria se encuentra sometida a los principios que rigen toda la actividad publicitaria (...).
3. El daño sufrido por el competidor debido al uso de publicidad comparativa lícita constituye un daño concurrencial lícito, en aplicación del modelo social de represión de la competencia desleal (...) el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ve beneficiado por la información transmitida por la publicidad.
4. La publicidad comparativa se convierte en ilícita al vulnerar el principio de lealtad, adquiriendo la calidad de acto de competencia desleal. Esto sucede cuando la publicidad comparativa pierde su carácter informativo (...) teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre supuestas desventajas de la oferta ajena.
5. La publicidad comparativa pierde su carácter informativo cuando el anunciante utiliza opiniones o afirmaciones no comprobables, es decir, de carácter subjetivo, ya que es imposible para el consumidor comprobar si las supuestas ventajas anunciadas existen en realidad. Esta falta de carácter informativo (...) provoca que el competidor aludido sufra un daño -materializado en la detracción potencial o real de clientela- sin que el consumidor se vea beneficiado por ello. El efecto neto de este tipo de publicidad comparativa es negativo y, por ello, inaceptable para el modelo social de represión de la competencia desleal al que responde el ordenamiento nacional en materia publicitaria (...)

Tal como se desprende de los criterios citados, el INDECOPI pasó de un criterio sumamente permisivo y flexible (al punto de forzar en ese sentido la interpretación de la norma en el caso *Always*) a un criterio restrictivo y, en opinión de algunos estudiosos, limitador de la libertad de expresión comercial. Así lo indica Guzmán (2011) cuando refiere que “este precedente también ha generado no pocas controversias. De hecho, se ha señalado que vulnera la libertad de expresión impidiendo efectuar afirmaciones subjetivas” (p.253). Y es que, a raíz de este precedente, ningún anuncio publicitario podrá comparar aspectos subjetivos entre productos; aunque con esto no se denigre al competidor ni se engañe al consumidor, pues automáticamente tal anuncio será considerado ilícito.

Examinando brevemente el precedente (y dejando de lado lo referente a la publicidad testimonial a efectos de centrarnos en los objetivos de este trabajo), podemos afirmar que el numeral 3. se enmarca perfectamente dentro del modelo vigente de represión de la competencia desleal (el modelo social) al considerar la información recibida por el consumidor (de parte de la publicidad comparativa) como parte integrante del interés general, prefiriendo así el bienestar de la sociedad por encima del interés particular de cualquier empresa competidora, posición con la cual concordamos plenamente. Del numeral 4 se desprende que, ante la dificultad de precisar cuándo la publicidad comparativa debe reputarse desleal, se ha optado por considerar la transmisión de información al consumidor como aquel elemento distintivo de lo “leal”.

Sin embargo, el numeral 5. contiene nuestra principal objeción a lo decidido por el precedente. Puede entenderse que, en un contexto de publicidad comparativa, la transmisión de información sea muy valorada; sin embargo, somos de la opinión que ésta no ha de ser presentada siempre del mismo modo, o incluso, ser siempre del mismo tipo. En concreto, consideramos que pueden existir afirmaciones de carácter subjetivo que, sin denigrar al competidor, transmitan información valiosa o relevante en un contexto comparativo. En efecto, el consumidor podría haber extraído de las afirmaciones subjetivas del propio caso Coca Cola información útil para futuras decisiones de compra, tal como: a) existe una nueva bebida gasificada negra en el mercado, b) tiene un sabor que algunos consideran comparable al de la Coca Cola. No somos los únicos en adoptar esta posición, así Rivera (2017) considera que el anuncio en cuestión constituye un ejemplo de cómo un producto emergente desafía a un producto consolidado en el mercado, comunicando a los consumidores que el producto nuevo será tan bueno como el producto líder, añadiendo que este caso es un claro ejemplo de cómo actúa la libre competencia.

Además de ello, es pertinente aclarar que cuando el precedente señala que las afirmaciones de carácter subjetivo son enunciados “no comprobables”, entendemos que hace referencia al hecho de que no existe un único criterio o metodología que sirva para determinar su veracidad, y por lo tanto se sustraen a este principio. Esto, sin embargo, no descarta el hecho que cada consumidor es capaz de comprobar el producto “de primera mano”, y así, según su gusto, parecer, idiosincrasia, o preferencia personal, mostrará su acuerdo o desacuerdo con las frases subjetivas empleadas en la publicidad comparativa. Por lo tanto, tenemos que, si bien la publicidad comparativa subjetiva no traslada información que pueda reputarse “absoluta”, si traslada importante información “relativa”, la cual será recibida por un consumidor razonable según lo exija su propia naturaleza. Por último, como consecuencia de lo antes reseñado, el daño concurrencial recibido por el competidor aludido en la publicidad deja de ser ilícito, al existir un beneficio para el consumidor.

Así pues, a nuestro parecer, este precedente contiene ciertos desaciertos y una rigurosidad que han traído como resultado cierto temor y/o recelo a emplear publicidad comparativa, produciéndose así un “efecto intimidatorio” o “*Chilling Effect*” como lo explica Rivera (2017), lo cual no beneficia en nada a la libre competencia.

3.1.4. Caso Desafío Franca

Este caso tuvo como protagonistas a la Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A. (en lo sucesivo, Backus), como denunciante, y Ajeper S.A. (en adelante, Ajeper) como denunciada por la presunta infracción de los artículos 4, 7 y 8 del Decreto Legislativo N° 691 – Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor, así como por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena.

A partir de julio del 2008, y con el fin de promocionar su cerveza “Franca”, Ajeper había desplegado una campaña publicitaria denominada “Desafío Franca” la cual consistía en la emisión simultánea de dos diferentes anuncios televisivos, una pieza publicitaria radial, paneles publicitarios, y pruebas de degustación al paso. La pieza televisiva central mostraba un personaje principal haciendo referencia a los estereotipos generalmente presentes en la publicidad de cervezas, para finalmente dejarlos de lado aduciendo que “*lo que realmente importa es el sabor que tú prefieres, y por eso* (tras la imagen de una botella de cerveza Cristal frente a una de cerveza Franca) *con la cerveza que toma la mayoría y Franca, hicimos 600 pruebas ciegas, y ¿saben qué? Fue un empate técnico; las dos demostraron que tienen un excelente sabor, así que ahora te toca a ti romper este empate, y para eso hemos creado el*

desafío Franca. Acércate a los módulos que estamos enviando a distintas ciudades del Perú, prueba, compara y elige, ¿cuál es la cerveza que más te gusta?”

Mediante Resolución N° 004-2009/CCD-INDECOPI del 14 de enero de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Backus contra Ajeper por la infracción del principio de veracidad establecido en el artículo 4 del Decreto Legislativo N° 691, así como por la infracción del principio de lealtad por explotación de la reputación ajena contenido en el artículo 7 del citado cuerpo legal e interpretado conforme el artículo 14 del Decreto Ley N° 26122 (la Ley de Represión de la Competencia Desleal vigente en dicha fecha). Tras ello, Ajeper interpuso un recurso de apelación reiterando que el caso en cuestión no calificaba como uno de publicidad adhesiva, sino comparativa, la misma que además estaba basada en un estudio cuantitativo ajustado a un estricto y detallado protocolo.

Finalmente, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, a través de la Resolución N° 0988-2009/SC1-INDECOPI del 10 de setiembre de 2009, ratificó el criterio del precedente de observancia obligatoria del caso Coca Cola, criterio que también fue respaldado por la ahora vigente, y en ese entonces recién publicada, Ley de Represión de la Competencia Desleal, contenida en el Decreto Legislativo N° 1044. La decisión de la Sala señaló, entre otras cosas, lo siguiente:

La Resolución 0547-2003/TDC-INDECOPI señala que la equiparación de ofertas basada en hechos comprobables en la realidad, y que, a la vez, sea veraz, no calificará como un aprovechamiento indebido de la reputación ajena. Esto último debido a que una equiparación de naturaleza objetiva, en la medida que sea comprobada, cumple una función informativa, produciendo un efecto beneficioso sobre el mercado al reducir las asimetrías y los costos de búsqueda de información para el consumidor. Conforme a esta interpretación, recogida y precisada en el Decreto Legislativo 1044 actualmente vigente, solo los mensajes publicitarios adhesivos que se basen en aspectos eminentemente subjetivos o aquellos que, siendo objetivos, no se encuentren suficientemente sustentados, serán ilícitos e implicarán un aprovechamiento indebido de la reputación del competidor equiparado.

Además de ello, la Sala, citando el precedente Coca Cola, señaló que el anuncio publicitario cuestionado no constituía un caso de publicidad comparativa (como argumentaba la denunciada), sino de publicidad adhesiva dado que se equiparaban ambos productos, indicándose que compartían la cualidad de tener un “excelente sabor”. Sin embargo, esta apreciación, a nuestro juicio, resulta un poco forzada. En efecto, conforme lo señala el propio precedente Coca Cola, “en la publicidad adhesiva, la finalidad de la referencia conjunta es la equiparación de ambas ofertas, es decir, resaltar las semejanzas y negar las diferencias”, situación que no se verifica del todo en el anuncio televisivo, pues tras una apreciación integral

de éste, se tiene que el mensaje de Franca no fue “nuestra cerveza sabe tan rica como la Cristal” o “es de la misma calidad que la Cristal”, y menos aún, “tiene el mismo sabor de la Cristal” (como sí lo indicaba Perú Cola en el caso anteriormente examinado); sino simplemente, “el sabor de nuestra cerveza logró que muchos la prefieran, llegando incluso a igualar al porcentaje de los que prefirieron Cristal, que es la cerveza que toma la mayoría”. El hecho que el spot invitara al consumidor a comparar y elegir la cerveza de su preferencia refuerza la ausencia de publicidad adhesiva, pues enfatiza que cada una tiene un sabor particular.

Ahora bien, dado que, en nuestra opinión, no se equipararon ambas ofertas, y tampoco se presentaron las ventajas de la oferta de Ajeper frente a la de Backus, consideramos que no nos encontramos ante un caso de publicidad adhesiva ni menos frente a uno de publicidad comparativa. Siendo esto así, la campaña publicitaria en cuestión debió ser examinada a la luz del principio de veracidad a fin de determinar si lo señalado podía ser respaldado con el estudio cuantitativo desarrollado.

3.2. Propuesta de regulación de nuevos supuestos de publicidad comparativa subjetiva

Los casos analizados nos han permitido examinar la evolución de la regulación de la publicidad comparativa en nuestro país durante los últimos veinticinco años. Asimismo, nos han permitido verificar como estos habrían tenido un pronunciamiento administrativo, no sólo diferente, sino contrario al que tuvieron originalmente, de haberse presentado durante una época distinta. Así, por ejemplo, si la campaña publicitaria de “Perú Cola” se hubiera emitido unos años antes, mientras la Sala de Defensa de la Competencia seguía sosteniendo el criterio establecido a través del caso *Always*, el spot televisivo de “Perú Cola” no habría acarreado sanción ni amonestación alguna por presentar enunciados subjetivos. Pero por encima de todo, el análisis de los casos antes descritos nos permite concluir que la cada vez más estricta regulación de la publicidad comparativa no ha beneficiado al consumidor en general, y, en consecuencia, tampoco a la competencia en sí; contraviniéndose con ello el objetivo principal de nuestro modelo social de represión de competencia desleal. Al contrario, esta prohibición de información subjetiva en la publicidad comparativa, como lo afirma Sosa (2018) “nos parece un claro ejemplo de rezago del modelo profesional, pues lo que al final parece proteger la Ley es a la empresa y no al consumidor o al mercado” (p.36).

Así pues, cabe perfeccionar la regulación vigente, considerando que, en atención a los casos antes analizados, existen ciertos supuestos en los que debería permitirse el uso de enunciados subjetivos dentro de la publicidad comparativa, dado que ello redundaría en un mayor flujo de información al alcance de los consumidores, y, por tanto, beneficiaría al mercado en general; a

diferencia del efecto producido por el Decreto Legislativo N° 1044, el cual, en base a trabas y requisitos, logró desterrar prácticamente el uso de publicidad comparativa en nuestro país, exponiéndonos de este modo a la cartelización del mercado al limitarse el flujo de información (Rivera, 2017). Así pues, pasaremos a examinar cuáles serían dichos supuestos.

3.2.1. Clasificación de bienes

En primer lugar, a efectos de delimitar los nuevos supuestos en que sería factible permitirse la publicidad comparativa subjetiva, corresponde hacer una breve clasificación de los productos o bienes que serían objeto de dicha publicidad. En ese orden de ideas, corresponde centrarnos primero en los bienes de consumo, los que, de acuerdo a Monferrer (2013), “son aquellos que son adquiridos para satisfacer las necesidades personales y de las familias” (p. 101); en contraposición a aquellos que son adquiridos para ser revendidos, para elaborar otros productos, o para ser usados dentro de operaciones empresariales, los cuales se denominan bienes de negocio, o industriales (Ferrell y Hartline, 2012).

Ahora bien, dado que el universo de los bienes de consumo, aún es demasiado extenso, conviene centrarnos en los denominados bienes de conveniencia. Según Kotler y Armstrong (2012), los bienes de conveniencia son aquellos que son adquiridos frecuente e inmediatamente, tras haberse hecho poco esfuerzo para compararlos. Por tanto, tenemos que estos bienes no están sujetos a un minucioso examen previo, dado que se les suele adquirir de manera rutinaria; al contrario, “al consumidor le resulta cómodo adquirir(los) sin procurarse información adicional” (Stanton, Etzel y Walker, 2007, p.222) o, dicho de otro modo, el consumidor no cree conveniente emprender una búsqueda detallada a fin de obtener dicho producto (Lamb, Hair y McDaniel, 2011). Es importante recalcar que los autores señalados también coinciden en el hecho que los bienes de conveniencia son generalmente artículos de un relativo bajo costo y de vasta distribución. Así pues, todo indica que el consumidor ya se encuentra familiarizado con esta clase de productos y no requiere de excesiva información para decidir su compra. Y es que, ésta, aunque es importante, como afirma Rojas (2012) “no es una variable determinante para la decisión de consumo” (p.71). En consecuencia, podemos concluir que esta clase de bienes tiene las características óptimas para ser objeto de publicidad comparativa subjetiva con un menor, o incluso nulo, riesgo de inducir a error a los potenciales consumidores.

Simultáneamente, podemos, si se quiere, precisar un poco más las definiciones antes reseñadas proveyendo una lista de bienes de conveniencia, la cual no es exhaustiva en modo alguno, sino que es presentada con fines ilustrativos. Hemos optado por agrupar los bienes de

acuerdo a la clase a la que pertenecen según la Clasificación de Niza, con el fin de resaltar el hecho que estos pueden provenir de diferentes sectores industriales; sin que esto implique que todos los bienes de tales clases constituyen bienes de conveniencia. Siendo esto así, tenemos: desodorantes, dentífricos, o detergentes para ropa (clase 3); pañales para bebés, toallas higiénicas (clase 5); preservativos (clase 10); ciertos artículos de oficina o papelería (clase 16); peines y cepillos de dientes (clase 21); verduras o frutas en conserva, aceites, lácteos (clase 29); café, cereales, golosinas, helados (clase 30); cervezas, bebidas gaseosas, zumos, aguas minerales (clase 32).

3.2.2. Factibilidad de información al alcance del consumidor

Luego de haber delimitado con más claridad el tipo de bienes que pueden incluirse en nuestra propuesta, conviene exponer los motivos por los cuales debería permitirse la publicidad comparativa subjetiva en el caso de los bienes de conveniencia. Conforme señaláramos en el análisis del caso que dio origen al precedente “Coca Cola”; la transmisión de información resulta determinante al momento de evaluar si cierto mensaje publicitario transgrede los límites de la competencia desleal. Sin embargo, sostuvimos también que la información transmitida no debía ser necesariamente objetiva para ser relevante o útil al consumidor. Esto resulta perfectamente aplicable en el caso de los bienes de conveniencia, en cuya adquisición, como hemos visto, tiene lugar un menor escrutinio.

En efecto, la elección de un bien de conveniencia de determinada marca no obedece usualmente a sus características objetivas (excepto el precio), las cuales sí tendrían un mayor peso durante la adquisición de un bien de negocio o industrial, o incluso de otros bienes de consumo (de compra o de especialidad). Según las definiciones y ejemplos antes proporcionados; tanto el sentido común como nuestra propia experiencia indican que el consumidor, para adquirir un bien de conveniencia, es guiado principalmente por sus propias costumbres, su nivel de comodidad o satisfacción, su preferencia personal en cuanto al gusto u olfato, el valor que otorga a una marca establecida, o inclusive en ocasiones, su curiosidad por lo novedoso. No obstante, ello no implica que el consumidor está privado totalmente de esta información de carácter subjetivo, si no que depende de experiencias previas, la suya primordialmente, y también la de otros consumidores. Esto es natural, pues, como refiriéramos antes, los bienes de conveniencia se caracterizan por su consumo frecuente, o rutinario.

Ahora bien, ¿qué papel desempeña en esta dinámica la publicidad comparativa subjetiva? En primer lugar, tenemos que los enunciados subjetivos, si bien no transmiten directamente

información comprobable, si generan interés o curiosidad, despiertan emociones, o transmiten valores abstractos, lo cual, a su vez, incentiva al consumidor a *generar su propia y personalísima* información, optando por la marca publicitada la próxima vez que tenga que adquirir el bien de conveniencia, dado el consumo habitual que hace de ellos. En ese sentido, los enunciados subjetivos dados en un contexto comparativo refuerzan los efectos antes mencionados, pues captan una mayor atención, generan un mayor interés, y desafían al consumidor a experimentar nuevas alternativas respecto a bienes que adquiere frecuentemente. Así, la publicidad comparativa subjetiva genera un flujo de información (personalizada de acuerdo a cada consumidor, y verificable para él mismo) que no podría ser generada por la publicidad comparativa que contenga enunciados puramente objetivos.

Por estos motivos, nos mostramos en desacuerdo con la Resolución N° 547-2003/TDC (Precedente *Coca Cola*) respecto a que la falta de objetividad en la publicidad comparativa provoca un daño al competidor aludido sin que se produzca un beneficio al consumidor; pues como hemos señalado, el consumidor (incentivado por la publicidad comparativa subjetiva) ha obtenido una información *personalísima*, verdadera para él mismo, la cual no le ha implicado costo alguno, pues ha sido obtenida como parte de su hábito de adquirir frecuentemente bienes de conveniencia.

Además de ello, es importante resaltar que la publicidad comparativa subjetiva juega un rol importantísimo en la promoción de nuevos productos; por lo que también brinda al consumidor información relevante al respecto. Así pues, la doctrina reconoce que muchas veces el primer contacto entre un bien y el consumidor se da a través de la publicidad (Diez Canseco y Buleje, 2010). Esto resulta especialmente cierto en el caso de la publicidad comparativa, pues el hecho de contrastar ofertas causa un mayor impacto o impresión en el consumidor, aunque éste no crea al pie de la letra en el mensaje publicitario, como veremos más adelante. Y si se trata de promocionar nuevos bienes de conveniencia (los que no suelen ser escogidos en base a características objetivas, como indicáramos previamente) la publicidad comparativa subjetiva podría convertirse en una herramienta sumamente útil, pues impulsaría al consumidor a probar por sí mismo una alternativa nueva, y así generar su propia información, respecto a nuevos sabores, olores, o gustos.

En concreto, la publicidad comparativa subjetiva podría emplearse tanto por una nueva empresa, cuyos productos deben competir a nivel nacional con productos más cimentados o provenientes del extranjero; así como por empresas regionales que buscan destacar valores subjetivos frente a otros productos más estandarizados y más ampliamente reconocidos. En ese

orden de ideas, no debe olvidarse que la simple información respecto a la existencia de una oferta alterna a la de un producto ampliamente conocido resulta tan fundamental para el público consumidor que no deberían permitirse restricciones a ese tipo de expresiones comerciales (Rivera, 2017).

3.2.3. Viabilidad de comparación en bienes de consumo habitual o frecuente

Alguien podría argumentar que lo antes indicado podría usarse para justificar la legalización de la publicidad engañosa. Podría decirse que, dado que el consumidor eventualmente comprobará las características subjetivas del bien, no importa si se da a conocer bienes nuevos a través de publicidad que infrinja el Principio de veracidad. Sin embargo, no debe olvidarse que un enunciado subjetivo no debe equipararse a uno engañoso, pues respecto al primero, es muy probable que parte del público consumidor convenga con la opinión del anunciante, mientras que un enunciado engañoso, al ser pasible de comprobación objetiva, resultará falso ineludiblemente. Así pues, los mensajes publicitarios que empleen una comparación subjetiva deberán presentarse, como lo que son, opiniones que invitan al consumidor a que experimente él mismo el producto, y no aparentar un carácter objetivo o comprobable.

Pese a ello, no debe perderse de vista que el consumidor, como destinatario del mensaje publicitario, está consciente que se encuentra frente a un mensaje persuasivo. La propia exposición de motivos de la LRCD indica que “los consumidores toman con cierta desconfianza los mensajes publicitarios, ya que son conscientes de que son declaraciones interesadas del anunciante”. Lo descrito está íntimamente ligado al fundamento del Principio de Autenticidad. Así pues, cuando un consumidor razonable percibe la publicidad subjetiva (ya sean expresiones publicitarias triviales o juicios estimativos), se muestra medianamente escéptico, pues sabe que el anunciante trata de convencerlo a adquirir su producto. Nuestra interrogante entonces es: Si se acepta que el consumidor puede distinguir el elemento subjetivo en tales afirmaciones, tomándolas como lo que son, ¿por qué no podría hacer lo mismo en un entorno comparativo? Así pues, el consumidor no creerá a ciegas lo afirmado por el anuncio comparativo, sino que postergará su juicio hasta que él mismo pueda, *personalmente*, comprobar lo anunciado.

En efecto, aplicando ello a los bienes de conveniencia, tenemos que luego de haber sido persuadido a adquirir el bien publicitado, el consumidor, contrastará si este se adecúa a sus preferencias o gustos personales. Esta comprobación, conforme se desprende de la naturaleza de los bienes, no ocurre de manera esporádica o distante en el tiempo, al contrario, suele efectuarse instantáneamente, o a lo mucho en cuestión de pocos días. Así el consumidor solo

tendrá las siguientes opciones: a) descubrirá que efectivamente, según su parecer, la nueva oferta es preferible a la que había venido adquiriendo, y en consecuencia, la comprará habitualmente; b) descubrirá que es una oferta aceptable, aunque no se amolda a sus gustos del mismo modo que la marca que habitualmente adquiere, por lo que la considerará como una segunda opción en caso no pueda adquirir su preferida; c) descubrirá que no le resulta una oferta aceptable, y por el contrario, afianzará su preferencia por la marca que ha venido adquiriendo.

En este punto es necesario referirnos al primer caso analizado en el presente; a fin de dar un respaldo casuístico a lo que afirmamos. Si bien en el caso “Costeño Graneadito” el Tribunal del Indecopi tuvo que analizar un caso de publicidad engañosa, durante el análisis del efecto residual de la publicidad cuestionada, se evidenció que parte de los consumidores, tras probar por ellos el producto anunciado y considerar que tenía ventajas respecto al arroz a granel que usualmente consumían, cambiaron a consumir arroz embolsado; así, tras la predilección de unos y el rechazo de otros, el mercado fue capaz de corregirse a sí mismo. Esta situación, como era de esperarse, solamente podía presentarse con bienes de conveniencia (como el arroz) pues los consumidores pudieron contrastar rápidamente lo publicitado con sus preferencias personales, y así, en la próxima oportunidad, modificaron sus hábitos de compra según la información recabada por ellos mismos; la cual, dicho sea de paso, adquiere un mayor peso que otras opiniones externas. Así pues, según nuestro parecer, puede anticiparse perfectamente esta dinámica al permitirse la publicidad comparativa subjetiva de bienes de conveniencia.

4. Conclusiones

1. La publicidad comparativa ha sido objeto de una regulación cambiante, la que, con el paso de los años, ha ido adoptando un criterio cada vez más restrictivo como lo reflejan finalmente los artículos 11° y 12° del vigente Decreto Legislativo 1044; normativa que ha limitado injustamente diversas expresiones publicitarias subjetivas dentro en un contexto comparativo, pese a que no significaban vulneraciones al principio de veracidad ni se inducía a error a los consumidores, y, por el contrario, eran un vehículo de información relativa a nuevos productos en el mercado o a nuevas características que el público pudiera encontrar deseables; tal como se desprende del análisis de los pronunciamientos emitidos por el INDECOPI.

2. Así pues, tras el estudio de los diversos bienes que pueden ser objeto de anuncios publicitarios, tenemos que los bienes de conveniencia, en atención a sus especiales características de consumo, pueden perfectamente ser publicitadas mediante comparaciones subjetivas sin que ello implique que el consumidor deba asumir un mayor costo por obtener dicha información; pues, por el contrario, se beneficia con nuevas alternativas que se amolden mejor a su propia experiencia, gusto o parecer. Entre los bienes de conveniencia consideramos desodorantes, dentífricos, o detergentes, pañales para bebés, toallas higiénicas, preservativos, artículos de oficina o papelería, peines y cepillos de dientes, verduras o frutas en conserva, aceites, lácteos, café, cereales, golosinas, helados, cervezas, bebidas gaseosas, zumos, aguas minerales y otros.

5. Recomendaciones

1. A efectos de propiciar una mejor y leal competencia que involucre también un nuevo caudal de información para el consumidor, es necesario que el legislador formule la modificación legislativa en los artículos 11 y 12 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, en lo referente a los bienes de conveniencia como objeto de publicidad comparativa subjetiva, conforme a lo antes señalado.

2. Es necesario que se desarrolle y amplíe la investigación respecto a la posibilidad de emplearse publicidad comparativa subjetiva, no sólo en bienes, sino también en servicios de conveniencia, para lo cual podría examinarse también la jurisprudencia relevante del INDECOPI respecto a los casos dados recientemente, por ejemplo, en el rubro de telecomunicaciones u otros servicios; ello con el fin de beneficiar a un mayor número de consumidores.

6. Referencias

Artículos

- Benavides Torres, E. y Lorca Visconti, S. (2005). Publicidad comparativa: ¿Depende del cristal con que se mira? *Derecho & Sociedad*, (24), 163-170. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/16958>
- Bullard, A. (2010). ¿Es el Consumidor un Idiota? El Falso Dilema entre el Consumidor Razonable y el Consumidor Ordinario. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Vol. 6 (10), 5-58.
- Canales Mayorga, C. y Rivera Serrano, A. (1998). ¿Cuál es la más cómoda? Comentarios acerca de los criterios adoptados por el INDECOPI en materia de publicidad comparativa. *Ius et Veritas*, 9 (16), 300-316.
- Diez Canseco Núñez, L. y Buleje Díaz, C. (2010). Un Nuevo 'Código de Consumo': Consecuencias de Pretender Re-regular Equivocadamente la Actividad Publicitaria. *Derecho & Sociedad*, (34), 17-27.
- Escalante, D., y Salazar, E. (2004). Always Coca Cola. Comentarios en torno a la reciente modificación del criterio utilizado por el Tribunal del Indecopi en publicidad comercial comparativa. *Ius et Veritas*, 14 (28), 230-244.
- Gagliuffi Piercechi, I. (2003). La publicidad denigratoria en el Perú: Memorias sobre la guerra de las Kolas amarillas (historia de Gómez, los chamanes, los cocineros y la impulsadora). *Themis - Revista De Derecho*, (46), 299-313.
- Guzmán Napuri, C. (2011). Introducción a la Represión de la Competencia Desleal en el Perú. Un análisis del Decreto Legislativo N° 1044. *Revista de Derecho Administrativo*, (10) Tomo 2, 245-257. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13693>
- Iparraguirre, G., Palmisano, A. (2007). Primer Capítulo de la contienda publicitaria comparativa entre empresas cerveceras: Atribución “La Cerveza más cara de

- Sudamérica”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Vol. 3 (4), 101-126.
- Lema Devesa, C. (2014). La publicidad comparativa en la Unión Europea. *Derecom*, (16), 27-37. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4796952>
- Lumbroso, G. (1997). "Más protección sin irritación": ¿será cierto? La objetividad en la publicidad comparativa. *Themis - Revista De Derecho*, (36), 339-349.
- Maguiña Pardo, R. y Sosa Huapaya, A. (2010). “El mejor del Perú”: ¿exageración publicitaria o engaño? escoja usted. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Vol. 6 (10), 93-116.
- Murillo Chávez, J. A. (2015). Los mil y un rostros de la publicidad. Análisis sobre el actual concepto jurídico de publicidad comercial en el Perú. En P. Urteaga Crovetto y A. Verona (Eds.), *Anuario de Investigación del CICAJ 2013-2014. Las instituciones jurídicas en debate* (pp. 161-207). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/168204>
- Noda Yamada, C. (2003) Libertad de expresión, competencia y publicidad. Consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa. *Ius et Veritas*, 13 (27), 307-317.
- Paredes, R. (2004). Fundamentos para la regulación de la publicidad comparativa. *Abante*, Vol. 7 (1), 67-102. Recuperado de https://www.researchgate.net/publication/5224163_FUNDAMENTOS_PARA_LA_REGULACION_DE_LA_PUBLICIDAD_COMPARATIVA
- Rivera, A. (2017). El Efecto Intimidatorio o “Chilling Effect”: De cómo la mala regulación mató a la publicidad comparativa en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (49), 249-261. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19891>
- Rodríguez, G. M. (2017). Cláusula general de competencia desleal en el Perú: Lo bueno, lo malo y lo espantoso. *Derecho & Sociedad*, (49), 239-247. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/19890>

- Rojas, C. (2012) El alcance del deber de información en materia de protección al consumidor: Un replanteamiento desde el derecho y economía conductual y el neuromarketing. *Themis - Revista de Derecho*, (62), 65-79.
- Sosa, A. (2018). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. *Foro Jurídico*, (17), 21-46. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/22137>
- Vilela Carbajal, J. E. (2010). El Derecho a la Información en la Protección del Consumidor. Especial Referencia a la Contratación Bancaria. *Derecho & Sociedad*, (34), 119-133.
- Zegarra Mulanovich, G. (2005). "Y mi palabra es la ley": Indecopi, publicidad comparativa e interpretación Contra Legem. *Themis - Revista De Derecho*, (50), 169-197.

Libros

- Aramayo Baella, A., Gagliuffi Piercechi, I., Maguiña Pardo, R., Rodas Ramos, C., Sosa Huapaya, A. y Stucchi López Raygada, P. (2013). *Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Lima, Perú: INDECOPI.
- Avellaneda, J. y Sumar, Ó. (2010). *Paradojas en la Regulación de la Publicidad en el Perú*. Lima, Perú: Universidad del Pacífico.
- Calle Casusol, J. P. (2002). *Responsabilidad civil por publicidad falsa o engañosa*. Lima, Perú: ARA Editores.
- Ferrell, O. C. y Hartline, M. D. (2012). *Estrategia de marketing* (5.^a ed.). Cengage Learning Editores.
- Kotler, P. y Armstrong, G. (2012). *Marketing* (14.^a ed.). Pearson Educación.
- Lamb, C.W., Hair, J.F., y McDaniel, C. (2011). *Marketing* (11.^a ed.). Cengage Learning Editores.
- Monferrer, D. (2013). *Fundamentos de marketing*. Publicacions de la Universitat Jaume I.

Spang, K. (2010). Vender con figuras. En S. Robles y M. Romero. (Coord.), *Publicidad y lengua española: un estudio por sectores* (40-53). Salamanca, España: Comunicación Social Ediciones y Publicaciones.

Stanton, W.J., Etzel, M.J. y Walker, B.J. (2007). *Fundamentos de marketing* (14.^a ed.). McGraw-Hill Interamericana Editores.

Tesis

Gutiérrez Sanjuán, L. (2003). *Publicidad comparativa* [Tesis doctoral, Universidad de las Palmas de Gran Canaria]. Recuperado de <http://hdl.handle.net/10553/1862>

Rubí I Puig, A. (2008). *Publicidad comercial y libertad de expresión. La protección constitucional de la información en el mercado* [Tesis doctoral, Universitat Pompeu Fabra]. Recuperado de <http://www.tdx.cat/TDX-0116109-174349>

Saffirio Palma, C. (2012). *Publicidad comparativa: Regulación en la Ley No. 20.169 sobre competencia desleal* [Tesis de Licenciatura, Universidad de Chile]. Recuperado de <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112904>