

DOCUMENTO DE TRABAJO

“LINEAMIENTOS SOBRE PUBLICIDAD ENGAÑOSA”

1. Introducción

1.1. Modelo de economía social de mercado.

De conformidad con lo establecido por el artículo 58º de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), la iniciativa privada es libre y se ejerce en el marco de una economía social de mercado, dentro del cual el Estado debe orientar el desarrollo del país, actuando principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Por otro lado, el artículo 59º señala que el Estado garantiza la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria, agregando que el ejercicio de dichas libertades no debe ser lesivo a la moral, la salud y la seguridad públicas.

En particular, “(...) la economía social de mercado parte de la premisa que el mejor sistema para la asignación y distribución de los recursos es aquel que propicia la concertación libre entre la oferta y la demanda, puesto que de este modo se promueve el despliegue de las iniciativas de los seres humanos, se incentiva la competencia creadora y se impulsan las innovaciones tecnológicas. Al Estado en este esquema le corresponde crear las condiciones mínimas para que las actividades económicas privadas se desarrollen de manera libre y competitiva, procurándoles un marco para su desarrollo eficiente, que redunde en mejores productos y precios competitivos para los consumidores y usuarios”¹.

En el marco de una economía social de mercado, la legislación que reprime la competencia desleal tiene como finalidad brindar el marco legal para que los empresarios puedan realizar sus actividades dentro de los principios que rigen este modelo económico, promoviendo el desarrollo de la leal y honesta competencia. La finalidad de dicha legislación no es incentivar la permanencia en el mercado de empresas ineficientes que no responden a los retos que implica interactuar en un mercado competitivo, sino, por el contrario, incentivar que las empresas organicen sus negocios para la captación de clientela y el mejoramiento de su posicionamiento en el mercado por medios basados en su esfuerzo empresarial propio².

1.2. Rol promotor de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1

Dentro del marco general al cual se ha hecho referencia en el punto precedente, corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1 (en adelante, la Comisión), la función de generar los incentivos necesarios para que los agentes del mercado orienten su actuación dentro de los principios del modelo económico reconocido en la Constitución, informando a través de diversos mecanismos, acerca de los criterios de interpretación de las normas vigentes en materia de represión de la competencia desleal, para que de esta manera los agentes

¹ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 10063-2006-PA/TC)

² Ver: Resolución N° 255-2010/CCD-INDECOPI y Resolución N° 1751-2011/SC1-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 124-2010/CCD, en el procedimiento seguido por Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. en contra de Entrelíneas S.R.L. Así como, ver: Resolución N° 169-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 434-2014/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 015-2012/CCD, en el procedimiento seguido por Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Arzobispo Loayza S.A.C. en contra de Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Daniel Alcides Carrión S.A.C.

económicos adecuen su conducta de acuerdo a la legislación vigente, conforme a los deberes de lealtad y honestidad, con la finalidad de que la economía social de mercado genere bienestar para todos.

De esta manera, la legislación ha asignado³, entre otras, las siguientes atribuciones a la Comisión: (i) ordenar a la Secretaría Técnica el inicio de un procedimiento sancionador de investigación y sanción de actos de competencia desleal; (ii) declarar la existencia de un acto de competencia desleal e imponer la sanción correspondiente, así como dictar las respectivas medidas correctivas; (iii) expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley; (iv) en sus procedimientos, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia.

En ese orden de ideas, debemos indicar que, en uso de las facultades contenidas en las normas que rigen su actuación, y como un mecanismo más dentro del rol promotor, el inicio de procedimientos de oficio se rige principalmente de los siguientes criterios: (i) en aquellos casos en los cuales se afectaría los intereses de un número significativo de consumidores, (ii) cuando la conducta distorsionaría gravemente el correcto funcionamiento del mercado, y, (iii) cuando el mercado por sí mismo no fuera capaz de corregir las distorsiones que impidan su normal funcionamiento.

Finalmente, debemos señalar que, con el fin de desincentivar la repetición de conductas que distorsionen el correcto funcionamiento del mercado, la Comisión está facultada para imponer sanciones a los agentes económicos que infrinjan las disposiciones contenidas en las leyes que le han sido encargadas. Para dicha misión, podrá aplicar diversos criterios establecidos, tales como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección de la infracción, la modalidad así como el alcance del acto de competencia desleal, la reincidencia o reiteración, entre otros, para poder determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes⁴.

1.3. La buena fe empresarial en el proceso competitivo

La leal competencia es fundamental para que en un sistema de economía social de mercado genere bienestar para todos los agentes económicos. Al respecto, se ha destacado⁵ que el derecho de la competencia se entiende como la prerrogativa que tiene toda persona natural o jurídica de participar en el mercado, compitiendo en él

³ Ver: Resolución N° 255-2010/CCD-INDECOPI y Resolución N° 1751-2011/SC1-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 124-2010/CCD, en el procedimiento seguido por Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. en contra de Entrelíneas S.R.L. Así como, ver: Resolución N° 169-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 434-2014/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 015-2012/CCD, en el procedimiento seguido por Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Arzobispo Loayza S.A.C. en contra de Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado Daniel Alcides Carrión S.A.C.

⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**
Artículo 53.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción
(...)
a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;
b) La probabilidad de detección de la infracción;
c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
d) La dimensión del mercado afectado;
e) La cuota de mercado del infractor;
f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.

⁵ Ver: Competencia Desleal y Regulación Publicitaria, de la "Colección por el Vigésimo Aniversario del Indecopi, análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutorios", Lima, 2013, p. 15.

mediante la oferta de sus bienes y/o servicios, dentro de un contexto de lealtad y libertad, lo cual implica que los precios en el mercado se generan como consecuencia de la interacción entre la oferta y demanda, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación peruana⁶.

En el marco del proceso competitivo, cabe destacar que todo empresario causa necesariamente un daño a su competidor, puesto que parte natural de la pugna competitiva es la captación de consumidores a favor de un agente económico y la detración de clientela para el otro, siendo que esta sustracción de clientela será lícita cuando se funde en la decisión libre e informada de los consumidores, así como en las mejores condiciones de oferta que ofrece el agente a estos⁷. De tal manera, resultan ser supuestos típicos de actuación conforme a la buena fe empresarial, ofrecer mejor calidad de productos y servicios, poner a disposición de los clientes bienes a precios competitivos, brindar información pertinente a los consumidores, entre otros.

Sin embargo, cuando la atracción de consumidores se realiza mediante actuaciones que distorsionan u obstruyen el correcto funcionamiento del proceso competitivo, aquellas resultan contrarias al deber general de conducta que representa el actuar conforme a la eficiencia económica y a la corrección que debe guiar la pugna competitiva, siendo que en este caso, nos encontramos ante una conducta contraria a la buena fe empresarial, que califica, por consecuencia, como un acto de competencia desleal.

En dicho escenario, debe indicarse que todos los actos regulados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal son contrarios a la buena fe empresarial. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1044 ha previsto en el Capítulo II un listado enunciativo de las conductas tipo que constituyen actos de competencia desleal contrarios a la buena fe empresarial, como por ejemplo, los actos de engaño, actos de denigración, sabotaje empresarial, entre otros⁸.

1.4. El rol del consumidor

El papel del consumidor es esencial para el desarrollo de una economía social de mercado. En efecto, tal como hemos señalado anteriormente, la competencia no es otra cosa que la pugna entre competidores por captar la preferencia del mayor número de consumidores; razón por la cual, la decisión libre del consumidor va a ser determinante en el resultado final de esta lucha. No es posible imaginar un sistema económico de este tipo sin entender que su figura central es el consumidor.

Esta función que cumple el consumidor dentro del mercado, por un lado exige al Estado que, mediante un rol promotor, genere las condiciones para que los competidores brinden al consumidor información veraz acerca de los productos y servicios que ofrecen en el mercado. Por otro lado, los consumidores, conscientes del papel que cumplen en la economía y de la trascendencia del mismo para el correcto

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO Nº 757 - LEY MARCO PARA EL CRECIMIENTO DE LA INVERSIÓN PRIVADA**

Artículo 3.- Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.

Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.

⁷ Ver: Resolución Nº 100-2012/CCD-INDECOPI y Resolución Nº 0303-2013/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente Nº 147-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Telefónica Multimedia S.A.C. en contra de Directv Perú S.R.L.

⁸ Ver: Resolución Nº 3156-2012/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente Nº 121-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Cemex Perú S.A. en contra de Justino Atencio Gutiérrez.

funcionamiento del proceso competitivo, deben tener un comportamiento activo, requiriendo de los proveedores mayor y mejor información, a fin de que éstos mejoren la calidad de sus productos y/o servicios y, en consecuencia, contribuyan al desarrollo de los mercados y a la consolidación del sistema económico.

La obligación de brindar información veraz se sustenta en el hecho de que ésta repercute en una mayor transparencia en el mercado, lo que a su vez facilita al consumidor la adopción de decisiones de consumo adecuadas a sus intereses, generando de este modo una mayor competencia entre los agentes económicos.

2. La actividad publicitaria

En el mercado, los agentes económicos cuentan con una herramienta principal a través de la cual informan a los consumidores sobre la existencia de sus bienes y/o sus servicios. Ella es la actividad publicitaria, la misma que consiste en dar a conocer sus ofertas y persuadir a los consumidores para que contraten las mismas. Sin perjuicio de lo anterior, la actividad publicitaria igualmente resulta ser una herramienta para reducir la asimetría informativa existente entre los consumidores y los proveedores de bienes y/o servicios, dado que procura que los destinatarios de la publicidad tomen sus decisiones de consumo basados en la satisfacción de sus necesidades y/o el ajuste a sus intereses.

En dicho contexto, en la actividad publicitaria se distingue una triple función: (i) la de ser informativa; (ii) la de ser persuasiva; y, (iii) la de constituir un mecanismo de competencia. De este modo, “[a] través de la publicidad comercial se informa al público en general, de la existencia de un determinado producto o servicio, lo que ayuda a reducir los costos de transacción de acceder a información en que deben incurrir los consumidores para adquirir y contratar bienes y servicios. La publicidad comercial conlleva una finalidad persuasiva que es la de atraer clientela mediante la presentación de las características favorables y ventajas de los productos o servicios ofrecidos o la exaltación de sentimientos en el consumidor que puedan ser vinculados con aquello que se ofrece. Finalmente, al ser la publicidad comercial parte integrante de la actividad empresarial, es un mecanismo típico de competencia puesto que constituye una de las herramientas que disponen los oferentes para desviar la clientela hacia sus productos o servicios, y así incrementar su participación y poder en el mercado y, consecuentemente, sus ganancias.”⁹

De acuerdo a lo anterior, la publicidad comercial resulta ser un elemento esencial para que nuestro sistema económico funcione adecuadamente. Es por ello que las afirmaciones que se consignan en cada uno de los elementos publicitarios necesitan gozar de dos principios importantes que van de la mano y que no pueden existir uno sin el otro: (i) el principio de veracidad; y, (ii) el principio de sustanciación previa. Para entender mejor la aplicación de ambos conceptos, los revisaremos más adelante.

En ese sentido, en las siguientes líneas se analizará un supuesto típico y frecuente de competencia desleal que se da a través de la actividad publicitaria y que puede generar graves distorsiones en el mercado.

⁹ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 185-2007-PA/TC)

2.1. La interpretación de la publicidad

De acuerdo a nuestra legislación, la publicidad es evaluada por la autoridad teniendo en cuenta que es un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios.

En esa línea, respecto a una pieza publicitaria particular, dicha evaluación debe ser realizada sobre todo el contenido de un anuncio, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. Por otra parte, en el caso de campañas publicitarias, éstas deben ser analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

En primer lugar, cabe resaltar que el análisis integral se refiere a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros. Para establecer si un anuncio infringe lo dispuesto en las normas publicitarias vigentes, debe ser analizado de forma conjunta, tal como un consumidor aprehende el mensaje publicitario.

De igual manera, debe destacarse que el examen superficial de un anuncio publicitario es el que surge de manera natural a los ojos de un consumidor que observa un anuncio publicitario sin recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. Es así que el concepto de examen superficial de un anuncio no se refiere a un examen descuidado o irresponsable, sino a que el consumidor no hace un análisis exhaustivo, profundo o especializado los anuncios que se difunden en el mercado. Conforme a este postulado, los anuncios van a ser juzgados de acuerdo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría según el significado común y usual de las palabras, frases, oraciones e imágenes.

En base a los elementos expuestos, la Comisión interpreta los anuncios publicitarios difundidos en el mercado, evaluando caso por caso, cuales pueden inducir a engaño a los consumidores, conforme a los criterios que expondremos líneas abajo.

3. Los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño

3.1. Concepto

En términos generales, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1044 ha definido a los actos de engaño como “una manifestación típica de competencia desleal. Se producen cuando un agente económico transmite a los consumidores un mensaje erróneo respecto de su actividad empresarial, lo que puede generar que un consumidor prefiera la oferta de dicho agente económico en desmedro de otros. Esta conducta se considera desleal porque tiene un doble efecto negativo: (i) en el consumidor, quien a raíz de un acto de engaño, podría adoptar una decisión de consumo que no resulta adecuada a sus intereses; y, (ii) en los competidores, quienes podrían perder la preferencia de los consumidores que desviaron su elección a favor del agente que realizó la conducta de engaño. (...) Esta discordancia entre las afirmaciones de los agentes económicos y la realidad afecta la transparencia en el mercado.”

En particular, conforme se ha destacado, la publicidad comercial se encuentra sometida a dos principios fundamentales, que son: (i) el principio de veracidad; y, (ii) el principio de sustanciación previa, que son principios que se complementan entre sí a fin de brindar información veraz y exacta a los consumidores para que tomen sus decisiones de consumo de manera adecuada.

3.2. El principio de veracidad publicitaria

La publicidad comercial es una de las herramientas de competencia más dinámicas, utilizadas por los agentes económicos para la captación de los consumidores. En ese sentido, la publicidad comercial suele ser una de las maneras más frecuentes, a través de la cual se materializan los actos de engaño.

Por tal motivo, respecto de todos los actos de competencia y, de la publicidad en particular, recae la obligación de no inducir a error al consumidor sobre las características, atributos o condiciones de los bienes o servicios que ofrecen en el mercado. A esto se conoce en doctrina como la exigencia de respeto al principio de veracidad publicitaria¹⁰.

De acuerdo con el principio de veracidad, las informaciones y/o imágenes que se difundan mediante un anuncio publicitario deben ser ciertas y no deben inducir a error al consumidor, ni de manera directa, ni por ambigüedad, ni por omisión, ni por exageración.

En diversos pronunciamientos, se ha destacado que para establecer si un anuncio induce a error a los consumidores, previamente deberá determinarse cuál es el contenido del mensaje publicitario. De esta manera, una vez delimitado dicho mensaje, luego de una revisión general de todos los elementos comprendidos en el anuncio, se puede deducir el significado que le atribuiría el consumidor a quien va dirigida dicha publicidad, el mismo que debe ser corroborado con la realidad. En caso exista una discordancia entre ellos, podrá concluirse que el anuncio publicitario es falso o induce a error y que, consecuentemente, infringe el principio de veracidad.¹¹

Sin perjuicio de lo anterior, el principio de veracidad no tiene un carácter absoluto debido a que la propia legislación limita su ámbito de aplicación a aquellos supuestos en los que estemos frente a publicidad que transmita un mensaje objetivo. De este modo, solo aquellas afirmaciones objetivas pueden ser evaluadas a la luz del principio de veracidad publicitaria¹².

4. El contenido del mensaje publicitario

4.1. Mensaje publicitario subjetivo

Son las afirmaciones contenidas en un anuncio que, por la forma en que son presentadas al consumidor, dan la impresión de que el anunciante presenta declaraciones de parte mediante las cuales intenta convencer de que se consuma el producto anunciado o se adquiera el servicio promocionado.

¹⁰ Ver: Resolución N° 0723-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 054-2013/CCD, en el procedimiento seguido por Angélica Sotomayor Baca en contra de Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Maynas S.A.

¹¹ Ver: Resolución N° 2378 -2013/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 180-2012/CCD, en el procedimiento seguido por María Elena Enriqueta Garreaud Indacochea en contra de Clínica San Felipe S.A. Así como, ver: Resolución N° 235-2014/CCD-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 0253-2013/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Instituto de Educación Superior Tecnológico Privado María de los Ángeles CIMA'S E.I.R.L. De igual manera, ver: Resolución N° 0139-2015/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 167-2013/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Franquicias PR S.A.C.

¹² Ver: Resolución N° 123-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 199-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Carito del Carmen Carrasco Montalva en contra de Universidad Esan.

A modo de ejemplo, una empresa fabricante de pasta dentales, en su publicidad utilizaba las frases “la mejor marca, al mejor precio”. La Comisión señaló que el término “mejor”, tanto en su calidad de adjetivo como de adverbio, tenía diversas connotaciones de naturaleza subjetiva, relacionadas con lo “preferible” o “conveniente”, por lo que su sola inclusión, no era capaz de dotar al mensaje publicitario de parámetros objetivos que permitieran determinar su veracidad, por lo que se declaró infundada la denuncia¹³.

Otro ejemplo, aplicable a este tipo de mensajes fue el de una empresa fabricante de salsas rojas para pastas, anunciaba que su producto es una “salsa completa”. Al respecto, la Comisión señaló que el término “completa”, tenía diversas connotaciones de naturaleza subjetiva, relacionadas con lo “perfeccionado” o “acabado”, por lo que su sola inclusión en el anuncio analizado, no era capaz de dotar al mensaje publicitario de parámetros objetivos que permitían determinar su veracidad, en la medida que no existía un criterio unívoco de medición que permitían concluir qué podía ser considerado como una “Salsa completa” considerando que dicho aspecto se encontraba relacionado a los gustos de los consumidores que eran disimiles¹⁴.

Adicionalmente, otro ejemplo que puede ayudar a esclarecer la idea sobre de qué hablamos cuando estamos frente a mensajes publicitarios subjetivos es el caso de una empresa que comercializaba maquinarias pesadas. Esta empresa difundió un anuncio por el cual señalaba la siguiente afirmación: “Maquinas – Herramientas Robustas de Alta Calidad”. En particular, la Comisión indicó que dicha frase no era capaz de inducir a error a los consumidores respecto de las características y atributos de sus productos en tanto no se presentaban parámetros objetivos que determinen exactamente en qué consistía que sus productos eran de alta calidad. En tal sentido, dicho colegiado destacó que resultaba evidente que los consumidores percibirían dichas afirmaciones como un juicio de valor estimativo y unilateral del anunciante respecto de sus productos, por lo que no era capaz de inducirlos a error¹⁵.

4.2. Mensaje publicitario objetivo

Son las afirmaciones contenidas en un anuncio que un consumidor percibe, mediante una interpretación integral y superficial como objetivamente comprobable, es decir, mensurable mediante un sistema de medición comúnmente aceptado.

De manera ilustrativa, afirmaciones tales como “con peso certificado” o “30% de descuento en juguetes para niño de dos (2) a tres (3) años”, son afirmaciones que los consumidores perciben como comprobables.

A modo de ejemplo, podemos citar el siguiente caso que contenía afirmaciones objetivas que no fueron acreditadas por los anunciantes. Es así que una empresa dedicada a la venta de calzado, afirmaba que sus sandalias y sus zapatillas estaban diseñadas para “bajar de peso”, “tonificar los músculos” y “mejorar la postura”. Al respecto, la Comisión observó que el mensaje transmitido a los consumidores tenía carácter objetivo, dado que un consumidor consideraría que dichos beneficios eran consecuencia directa del uso de dicho calzado en las actividades habituales que

¹³ Ver: Resolución N° 189-2009/CCD-INDECOPI y Resolución N° 2337-2010/SC1-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 015-2009/CCD, en el procedimiento seguido por Intradevco Industrial S.A. en contra de Colgate - Palmolive Perú S.A.

¹⁴ Ver: Resolución N° 044-2015/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0566-2015/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 101-2014/CCD, en el procedimiento seguido por Margareth Katerine Olórtégui López en contra de Alicorp S.A.A.

¹⁵ Ver: Resolución N° 085-2015/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0602-2015/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 182-2014/CCD, en el procedimiento seguido por Oliperú S.A.C. en contra de Steel Industry S.A.C.

tendría una persona (caminar por ejemplo). De este modo, a criterio del referido colegiado, las afirmaciones incluidas en la publicidad en mención transmitían a los consumidores el mensaje de que, como consecuencia directa del uso del calzado cuestionado, la persona que lo haría bajaría de peso, tonificaría los músculos y mejoraría la postura, sin necesidad de ninguna actividad adicional fuera de la habitual¹⁶.

Otro caso adicional que ayuda a determinar en qué casos encontramos mensajes publicitarios objetivos fue aquel en donde una empresa dedicada a la venta de pastas dentales, difundió un anuncio que indicaba que la siguiente afirmación respecto de su producto: “Es la única crema dental con doce (12) beneficios y doce (12) horas de protección”. En particular, la Comisión consideró que dicha frase era de carácter objetivo e informaba claramente a los consumidores que el producto anunciado ofrecía, de manera exclusiva y excluyente, el referido número de beneficios, por lo que correspondía a dicha empresa acreditar la veracidad de la misma; sin embargo, no lo hizo¹⁷.

5. Tipos de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño

5.1. Engaño por falsedad

El engaño por falsedad resulta ser el caso más simple de infracción al principio de veracidad publicitaria pues implica que las afirmaciones empleadas no corresponden a la realidad¹⁸.

De esta manera, para poder abrir el panorama y poder entender mejor este supuesto, explicaremos brevemente algunos casos aplicables. Es así que, una empresa del rubro de tiendas por departamento difundió una publicidad que indicaba que su producto “Juego de Cuchillería”, era de la marca “Home”, pese a que, en realidad, era de una marca distinta; dicha afirmación generó una circunstancia susceptible de defraudar las expectativas de los consumidores que adquirieron dichos bienes en la falsa creencia que eran de la marca determinada en la publicidad¹⁹.

Un ejemplo adicional que puede ilustrar este supuesto, resulta ser el caso de una empresa dedicada a la venta de productos electrodomésticos que difundió una publicidad de dos modelos de televisores afirmando que tenían las siguientes resoluciones: (i) 1920 x 1080; y, (ii) 1920 x 768. Sin embargo, las mismas eran superiores a las que realmente les correspondían a los productos anunciados²⁰.

¹⁶ Ver: Resolución N° 090-2012CCD-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 195-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Import Israel S.R.L.

¹⁷ Ver: Resolución N° 176-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0414-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 069-2012/CCD, en el procedimiento seguido por Intradevco Industrial S.A. en contra de Colgate – Palmolive Perú S.A.

¹⁸ Ver: Resolución N° 064-2009/CCD-INDECOPI y Resolución N° 1036-2010/SC1-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 149-2008/CCD, en el procedimiento seguido por Jorge Alberto de la Melena Mariátegui en contra de Instituto San Martín del Perú.

¹⁹ Ver: Resolución N° 117-2010/CCD-INDECOPI y Resolución N° 3210-2010/SC1-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 193-2009/CCD, en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Saga Falabella S.A.

²⁰ Ver: Resolución N° 135-2012/CCD-INDECOPI y la Resolución N° 0749-2013/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 217-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Hipermercados Tottus S.A.

Finalmente, cabe resaltar un ejemplo que refleja con nitidez en que consiste el supuesto mencionado, se trata de una empresa dedicada a la venta de productos de almacén que difundió publicidad por el cual ofrecía el producto “Barbie Video Girl” con una reducción de precio equivalente al 50% de descuento. Sin embargo, el anunciante nunca implementó en el mercado dicha promoción para hacerla efectiva a los consumidores²¹.

5.2. Engaño por inducción a error

El engaño por inducción a error, ocurre cuando las afirmaciones, aun siendo verdaderas, pueden llevar a un consumidor a considerar que los productos y/o servicios publicitarios poseen determinadas características de las que en realidad carecen, lo cual depende de la forma en que son presentadas y/o de las imágenes que las acompañan²². Es decir, un consumidor considerará, en base a la interpretación que ha dado al anuncio, que la oferta publicitada posee determinadas características de las que en realidad carece.

Al respecto, un ejemplo que permite entender a este criterio con claridad resulta ser el caso de una empresa dedicada a la comercialización de cojinetes con rodamientos, que consignó en sus empaques la frase “Registered in Japan”. Al respecto, de la revisión del empaque, solo se apreciaba dicha frase, sin que tenga ninguna referencia a una procedencia geográfica distinta a Japón. Por ello, la Comisión consideró que la frase “Registered in Japan” era capaz de dar a entender a los consumidores que los referidos productos tenían un origen japonés. Sin embargo, de la revisión de los medios probatorios se verificó que estos provenían de otro lugar geográfico, esto era, de la República Popular China²³.

Siguiendo esa línea, otro caso que a manera de ejemplo queremos exponer, es aquel en el cual una empresa del rubro de combustibles, promocionaba la participación de los consumidores en un sorteo, consignando como ofrecimiento principal la siguiente frase: “Combustible gratis para toda la vida”. Sin embargo, dicho premio sólo tenía una vigencia de veinticinco (25) años, conforme se indicaba en el reverso del cupón. Al respecto, de la revisión de la publicidad, la Comisión consideró que la frase “Combustible gratis para toda la vida” no era genérica, puesto que el entendimiento usual de un consumidor lo lleva a concluir que, de ganar el referido sorteo, tendría gasolina gratis para toda su vida. Por ello, un consumidor entendería que el sorteo le otorgaría un premio que permite a su ganador abastecerse indefinidamente de gasolina gratis, esto es, sin sujetarse a algún límite de consumo y por toda la vida del elegido en el sorteo. Sin embargo, conforme lo indicado por el denunciado, dicho premio consistía en realidad en la entrega de S/. 180 000 en efectivo, considerando un consumo mensual de S/. 600,00 por veinticinco (25) años, por lo que el mensaje indujo a error a los consumidores y, por lo tanto, se configuró un acto de engaño²⁴.

²¹ Ver: Resolución N° 059-2013/CCD-INDECOPI y la Resolución N° 2400-2013/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 121-2012/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Saga Falabella S.A.

²² Ver: Resolución N° 0152-2010/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 164-2008/CCD, en el procedimiento seguido por Instituto del Derecho Ordenador del Mercado – IDOM en contra de P.J.F. Operaciones Logísticas S.A.C.

²³ Ver: Resolución N° 015-2015/CCD-INDECOPI y la Resolución N° 521-2015/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 0069-2014/CCDINDECOPI, en el procedimiento seguido por Luis Felipe Elías Huapaya en contra de Sudameri's de Rodamientos S.A.C.

²⁴ Ver: Resolución N° 3420-2012/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 058-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Asociación Pro Consumidor – Proconsumidor en contra de Repsol Comercial S.A.C.

Un ejemplo adicional, respecto del presente tema fue el caso en donde una empresa difundió anuncios sobre la organización de dos diplomados de capacitación (“Recursos Humanos y su incorporación a la Gestión Pública” y “Gestión Parlamentaria”), en los que consignó el logo del Congreso de la República del Perú, dando a entender que los referidos eventos cuentan con su respaldo. Sin embargo, la mencionada empresa no presentó documento alguno que permita acreditar que contaba con la anuencia de dicha institución para tal propósito²⁵.

Siguiendo los criterios señalados en los párrafos anteriores, una empresa dedicada a la venta de helados realizó una campaña mediante la cual informó a los consumidores que durante dos días podrían tener la posibilidad de adquirir cualquier helado de su marca en triciclos a un precio de un Nuevo Sol (S/. 1). Sin embargo, dicha promoción no se vio cumplida en los hechos, dado que únicamente se encontraban a disposición de los consumidores algunos productos previamente seleccionados por la denunciada, que conformaban un “mix promocional”. Al respecto, la Comisión señaló que la campaña investigada fue capaz de defraudar las expectativas de los consumidores, en tanto que éstos esperaron que durante su ejecución podían acceder a los helados que regularmente se encontraban disponibles en los triciclos a más de un Nuevo Sol, cuando en realidad sólo estaban disponibles los helados previamente seleccionados por la empresa imputada, circunstancia que no era previsible y que no fue informada en los anuncios imputados²⁶.

Finalmente, un ejemplo que ayudará aún mas a esclarecer el panorama respecto de esto supuesto, es aquel mediante el cual una empresa de telefonía lanzó una promoción llamada “Quintuplica”, mediante la cual informaba a los clientes prepago de la empresa imputada –incluyendo a los afiliados al plan “Tarifa Única”– que al realizar una recarga física o virtual tenían la posibilidad de incrementar en cinco (5) veces el importe de la recarga efectuada y, los minutos que disponían para comunicarse. Sin embargo, dicho ofrecimiento no se aplicó a los clientes afiliados al plan “Tarifa Única”, para quienes acceder a la promoción implicaba, como mínimo, un incremento del 300% de su tarifa regular, lo que determinó que no recibieran una efectiva “quintuplicación” del saldo recargado. Luego de la evaluación de la información, la Comisión concluyó que la información que se colocó a disposición de los consumidores (...), debió ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario que fue aprehendido por un consumidor luego de realizar un examen superficial e integral de la publicidad que se difundió en el mercado²⁷.

5.3. Engaño por omisión de información relevante

Una modalidad de la inducción a error se genera mediante la omisión de información, el cual puede verse expuesto el consumidor cuando la publicidad carece de información respecto de algún aspecto esencial de un producto y/o servicio.

Al respecto, se ha destacado que “para determinar si un anuncio induce a error por omisión –y en consecuencia, si se incurre en actos de engaño– se debe analizar si los elementos que han sido mantenidos ocultos son relevantes para formar en el consumidor una expectativa errónea en relación con el mensaje publicitario que

²⁵ Ver: Resolución N° 213-2013/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 244-2011/CCD, en el procedimiento de oficio en contra de Sociedad Civil Sembrando Valores.

²⁶ Ver: Resolución N° 009-2010/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 061-2009/CCD y N° 073-2009/CCD (acumulados), en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Nestlé Perú S.A.

²⁷ Ver: Resolución N° 172-2009/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0371-2011/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 118-2009/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Telefónica Móviles S.A.

aprehende mediante un análisis integral y superficial del anuncio. Así, una publicidad será considerada engañosa por omisión si un consumidor variase la expectativa que le genera el mensaje publicitario y, en última instancia, su decisión de consumo, al conocer los elementos omitidos en el anuncio”²⁸.

En particular, se han destacado dos (2) criterios para determinar si la omisión de una información es relevante: (a) que, la información omitida no resulte previsible por un consumidor razonable según los usos y costumbres existentes en el mercado; y, (b) que la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio. En ambos casos, la información omitida es relevante y, por tanto, su omisión constituye un engaño al consumidor.

De manera ilustrativa, podemos citar el caso en el cual una empresa dedicada al rubro de telecomunicaciones difundió una promoción del servicio de “Internet Móvil” a alta velocidad a solo S/.49.00 por los dos primeros meses. En el interior del anuncio se indicaba que la velocidad de navegación en cualquier plan era de 2000 kbps. Sin embargo, el anunciante omitió informar que en realidad la velocidad mínima garantizada era solo el 10%, a pesar que dicha omisión era capaz de inducir a error a los consumidores respecto de las reales ventajas del servicio ofrecido²⁹.

5.4. Engaño por información inexacta y/o ambigua

De manera adicional a los supuestos anteriormente tratados, se ha resaltado que el anunciante debe asumir la responsabilidad por las distintas interpretaciones razonables que se generen como consecuencia de las afirmaciones publicitarias ambiguas. Por ello, la responsabilidad del anunciante no solo radica en transmitir información verdadera a través de su publicidad, sino asegurarse que esta no sea susceptible de inducir a error a los consumidores, al presentar, por ejemplo, un contenido inexacto y/o ambiguo, que pueda desvirtuar los términos de la oferta anunciada³⁰.

En dicha situación, se ha concluido que, de existir ambigüedad sobre un mensaje publicitario debido a las diversas interpretaciones derivadas de los términos de un anuncio, este deberá ser interpretado a favor del público destinatario, es decir, del consumidor³¹.

Al respecto, existe un caso bastante útil respecto del supuesto planteado, se trata de una empresa dedicada a la venta de productos importados, que comercializó condensadores secos consignando las frases “MADE DUCATTI ITALY” y “MADE IN CHINA”, en los empaques y en los mismos productos. Al respecto, la Comisión determinó que dichas frases transmitían a los consumidores un mensaje ambiguo respecto a la procedencia geográfica del producto. Por tanto, dicha presentación era capaz de inducir a error a los consumidores, quienes pudieron haber interpretado que

²⁸ Ver: Resolución N° 060-2012/CCD-INDECOPI y Resolución N° 1217-2013/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 259-2011/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Telefónica Móviles S.A.

²⁹ Ídem.

³⁰ Ver: Resolución N° 009-2010/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0478-2011/SC1-INDECOPI, emitida bajo los Expedientes N° 061-2009/CCD y N° 073-2009/CCD (Acumulados), en el procedimiento seguido de oficio y por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Nestlé Perú S.A.

³¹ Ídem.

se trataba de productos de origen italiano, cuando esto no era cierto, dado que provenían de la República Popular China, conforme se verificó en el procedimiento³².

6. El deber de sustanciación previa

Es una práctica común que, en el desarrollo de sus actividades empresariales, los agentes económicos informen a los consumidores acerca de su oferta. En palabras sencillas, esto quiere decir que los anunciantes presentan información sobre las características, ventajas y/o efectos positivos que podría obtener todo consumidor como consecuencia del uso de sus productos o servicios.

Es así que, la información transmitida desde los agentes económicos hacia los consumidores resulta ser especialmente relevante, puesto que cualquier afirmación que no pueda ser corroborada o no haya sido previamente probada puede generar una inducción a error o engaño hacia los consumidores.

En ese sentido, los consumidores pueden ser inducidos a error cuando dentro de una alegación publicitaria, un agente económico no ha proporcionado las pruebas suficientes que avalen la veracidad de dicha información. Es por esta razón que resulta de suma importancia entender a que nos referimos cuando se trata el tema de sustanciación previa.

El deber de sustanciación previa constituye la única forma como el anunciante debe ejercer la actividad probatoria propia del deber de veracidad, conforme a lo regulado en el artículo 8.4 del Decreto Legislativo 1044. De esta manera, las reglas de pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos en un procedimiento por las partes se deben guiar por la regla general de sustanciación previa, con lo cual se deben admitir y evaluar solo aquellos medios probatorios pre-constituidos presentados por el anunciante, esto es, aquellos que han sido elaborados con anterioridad a la difusión del anuncio publicitario³³.

Ello implica que los anunciantes se encuentran obligados a probar, a través de medios idóneos, la veracidad de las afirmaciones objetivas que difunden en cada uno de sus anuncios, con la finalidad de ayudar a los consumidores a tomar la mejor decisión de consumo.

Esta objetividad incluida en los mensajes publicitarios se sustenta sobre la base de elementos comprobables, que son tomados en serio por los consumidores. Por ello, cada uno de los anunciantes debe contar con los medios probatorios necesarios (tales como la naturaleza del producto, investigaciones desarrolladas sobre el producto que muestren la efectividad obtenida por el uso del mismo, entre otros) que acrediten de manera veraz las afirmaciones respecto de las características que gozan y mediante las cuales son promocionados los productos y servicios, antes de la difusión de los anuncios en el mercado.

A modo de ejemplo, dentro del desarrollo del mercado, hemos podido apreciar diversos casos en los cuales ha sido posible establecer parámetros que ayudan a entender de manera clara lo que significa este deber de sustanciación previa. A continuación explicaremos algunos casos.

³² Ver: Resolución N° 020-2015/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0520-2015/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 0112-2014/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de A & C Ducatti Company S.A.C.

³³ Ver: Resolución N° 0883-2013/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 242-2011/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Quality Products S.A.

Un primer ejemplo es el caso en donde una empresa promocionaba mediante un anuncio televisivo el producto “Modeline 20mg Parche”, señalando diversas afirmaciones respecto del mismo como por ejemplo “sistema coadyuvante en tratamientos reductores de peso” y “contiene fucus vesiculosos, un extracto de alga marina que ha sido utilizado por la medicina oriental desde hace más de cien años para controlar la obesidad”. Es así que la Comisión apreció que las afirmaciones cuestionadas tenían un carácter objetivo y, por lo tanto, estaban sujetas al principio de veracidad. Al respecto, de la revisión de los documentos presentados por la empresa imputada, la Comisión concluyó que ninguno tendría aptitud para contribuir a la acreditación de dichas afirmaciones, dado que no se tenía certeza de que estos fueron realizados de manera previa a la difusión de la publicidad materia de imputación, por ello no habría dado cumplimiento al principio de sustanciación previa que obliga a los anunciantes a contar con los medios de prueba idóneos antes de la difusión de su publicidad³⁴.

Otro caso que nos puede ayudar ha sido una denuncia respecto del producto “Aceite Extra Virgen Premium Sacha Inchi”, el mismo que habría sido promocionado incluyendo afirmaciones como “48% Omega 3”, “36% Omega 6” y “9% Omega 9”. Luego de la revisión de los medios probatorios, la Comisión concluyó que la información presentada por la empresa imputada era de fecha posterior a la difusión de sus afirmaciones publicitarias y que la misma tampoco acreditaba los valores indicados respecto de cada tipo de ácido, toda vez que la cantidad de “Omega 3”, “Omega 6” y “Omega 9” era menor a la anunciada en el producto, lo que también fue confirmado por la segunda instancia³⁵.

Finalmente, otro caso que consideramos puede dar un enfoque importante respecto del deber de sustanciación previa es la denuncia realizada en contra de una empresa que produciría infusiones y bebidas calientes. La imputada habría promocionado su producto “Herbi, Choco Taza de 90 gramos”, incluyendo en la publicidad en empaque la frase “con canela y clavo”. Es así que, luego del análisis realizado por la Comisión respecto de los medios probatorios, se concluyó que el informe que habría adjuntado como medio probatorio para certificar dichas afirmaciones, tendría fecha posterior a la difusión de la publicidad en el mercado, por lo que dicha prueba no podría haber sido tomada en cuenta para el análisis de la veracidad de la afirmación en cuestión toda vez que al momento de lanzar al mercado el producto no se contaba con los estudios necesarios que respaldasen que parte de su composición era la canela y el clavo de olor³⁶.

A modo de conclusión, podemos establecer entonces que claramente el deber de sustanciación previa implica que antes de publicitar determinados atributos de un producto o servicio, todo agente económico que califique como anunciante debe haber comprobado dichas características y poseer las pruebas pertinentes³⁷. Finalmente podemos ver que el deber de sustanciación previa deja de ser una mera obligación

³⁴ Ver Resolución N° 150-2012/CCD-INDECOPI, emitido bajo el expediente N° 242-2011/CCD. Seguimiento de oficio en contra de Quality Products S.A.C.

³⁵ Ver: Resolución N° 182-2013/CCD-INDECOPI y Resolución N° 0271-2014/SDC-INDECOPI, emitidas bajo el Expediente N° 023-2013/CCD, en el procedimiento seguido por el señor Luis Alberto Chara Limas en contra de Peruvian Functional Foods S.A.C.

³⁶ Ver: Resolución N° 137-2015/CCD-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 074-2015/CCD, en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Corporación Oro Verde S.A.C.

³⁷ Ver: Resolución N° 0083-2012/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 229-2010/CCD, en el procedimiento seguido por Intradevco Industrial S.A. en contra de Reckitt Benckiser Perú S.A.

formal debido a que adquiere relevancia como un mecanismo de garantía que minimiza estos riesgos. En esa línea, al exigirle al anunciante que cuente con pruebas previas a la exteriorización de su publicidad, se generan incentivos para que, desde el inicio de su difusión, la pieza publicitaria cuente con un respaldo suficiente³⁸.

7. La carga probatoria del anunciante

Existen diversos pronunciamientos referidos a la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño, en donde se ha establecido la aplicación de este principio jurídico reconocido como la carga de la prueba.

Es así, que al referirnos al mismo entendemos que el anunciante tiene la carga de probar adecuadamente las afirmaciones publicitarias difundidas. Ello surge como consecuencia de que antes de publicitar los atributos de un determinado producto o servicio, los agentes económicos han elaborado y obtenido las pruebas pertinentes que respalden dichas afirmaciones, ya que a fin de cuentas, es el propio anunciante quien se encuentra en mejor posición para acreditar la veracidad de aquello que se afirma en un anuncio publicitario³⁹.

De manera aplicativa, la Comisión se ha pronunciado en casos concretos respecto a quien recae la carga de la prueba. A modo de ejemplo, en un caso en donde el imputado habría entregado en calidad de medio probatorio una muestra del ambientador “Air Wick Freshmatic” con la finalidad de que la autoridad haga uso del mencionado producto y así acredite que las características del aromatizador difundidas en el anuncio eran acordes con la realidad, se señaló que no sería válida tal acción pues de hacerlo exoneraría a la imputada de la carga probatoria⁴⁰.

Como hemos podido apreciar, los anunciantes soportan la carga de la prueba respecto de la veracidad de las afirmaciones que dan sobre sus productos y servicios, debido a la posición asimétrica en que se encuentran frente a los consumidores. Otra sería la historia en un escenario en donde los usuarios o autoridades sean quienes deban probar la veracidad de las afirmaciones vertidas por el empresario anunciante. Ello nos podría llevar a situaciones de imposibilidad de probanza dado el desequilibrio informativo en que se encuentran los consumidores o la propia autoridad respecto de los alcances y características de los bienes promocionados. A su vez, esto podría generar altos incentivos para que los anunciantes difundan anuncios que no sean veraces, toda vez que existiría una baja probabilidad de que la divergencia con la realidad en que han incurrido sea demostrada⁴¹.

Es importante no dejar de lado, que la carga de la prueba va de la mano con el principio de sustanciación previa dado que constituyen la única forma como se debe ejercer la actividad probatoria propia del deber de veracidad⁴².

³⁸ Ver: Resolución N° 0271-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 023-2013/CCD seguido por Luis Alberto Chara Limas en contra de Peruvian Functional Foods S.A.C.

³⁹ Ver: Resolución 098-2008/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente seguido por Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios en contra de Hipermercados Metro S.A.

⁴⁰ Ver: Resolución N° 0083-2012/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 229-2010/CCD seguido por Intradevco Industrial S.A. en contra de Reckitt Benckiser Perú S.A.

⁴¹ Ver: Resolución N° 0271-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 023-2013/CCD seguido por Luis Alberto Chara Limas en contra de Peruvian Functional Foods S.A.C.

⁴² Ver: Resolución N° 0271-2014/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 023-2013/CCD seguido por Luis Alberto Chara Limas en contra de Peruvian Functional Foods S.A.C.

8. Publicidad testimonial

La publicidad testimonial ha sido entendida como la manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias recientes y auténticas de un testigo respecto de los productos o servicios anunciados⁴³.

Al respecto, si bien es permitido el uso de testimonios en la publicidad como una herramienta de la competencia, la publicidad testimonial –como cualquier otra modalidad publicitaria–, se encuentra sometida también a los principios que rigen la actividad publicitaria, tales como, el de sustanciación previa y el de veracidad⁴⁴.

Asimismo, debe señalarse que la llamada publicidad testimonial es una modalidad publicitaria que consiste en utilizar las declaraciones de testigos, esto es, personas distintas al anunciante, a fin de dotar a los anuncios de una mayor objetividad, credibilidad y fuerza persuasiva, incrementando de esta forma el interés de los consumidores respecto de sus productos o servicios publicitados.

De igual manera, se ha destacado que toda publicidad testimonial deberá ser evaluada, en primer lugar, en función a su definición, esto es, si se identifica el nombre del declarante o este resulta identificable por su fama o notoriedad, si este es una persona distinta del anunciante, no actúa como su portavoz y presenta la opinión de su producto o servicio. Una vez que se determine que nos encontramos ante un supuesto de publicidad testimonial, pasamos a los niveles de análisis de esta clase de publicidad⁴⁵.

En esa línea, existen dos niveles de análisis de la publicidad testimonial⁴⁶. El primero de ellos relacionado a la evaluación de la declaración examinada, es decir, si aquella califica como un testimonio auténtico y reciente. De otro lado, el segundo nivel de análisis se centrará en analizar si el testimonio difundido, en el caso de afirmaciones de carácter objetivo, se ajustan al principio de veracidad.

A manera de ejemplo, una empresa dedicada a la comercialización de productos adelgazantes, difundió la publicidad testimonial de una persona que indicaba haber sido beneficiada por el consumo del producto anunciado, esto es, que los parches adelgazantes promocionados lo ayudaron a adelgazar y que bajó cuatro (4) kilos la primera semana y el primer mes perdió doce (12) kilos. Al respecto, la Comisión consideró que los medios de prueba presentados por la imputada no acreditaban la experiencia real de la testigo con el producto en cuestión⁴⁷.

⁴³ **DECRETO LEGISLATIVO 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

Artículo 59.- Definiciones.- Para efectos de esta Ley se entenderá por:

(...)

j) Publicidad testimonial: a toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo, a causa de que se identifique el nombre de la persona que realiza el testimonial o ésta sea identificable por su fama o notoriedad pública. (...).

⁴⁴ Ver: Resolución N° 0145-2012/SC1-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 003-2010/CCD-INDECOPI-LAL, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Técnicas Americanas de Estudio Para Perú S.A.

⁴⁵ Ver: Resolución N° 019-2012/CCD-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 102-2011/CCD, en el procedimiento seguido por Presto Ya S.A.C. en contra de Respaldo S.A.C.

⁴⁶ Ver: Resolución N° 019-2012/CCD-INDECOPI y la Resolución N° 0967-2013/SDC-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 102-2011/CCD, en el procedimiento seguido Presto Ya S.A.C. en contra de Respaldo S.A.C.

⁴⁷ Ver: Resolución N° 029-2014/CCD-INDECOPI, emitida bajo el Expediente N° 056-2013/CCD, en el procedimiento seguido de oficio en contra de Quality Products S.A.