

**Análisis de las funciones del Indecopi
a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos**

Competencia Desleal y Regulación Publicitaria

**COLECCIÓN POR EL VIGÉSIMO
ANIVERSARIO DEL INDECOPI**

**Copyright © 2013 Instituto Nacional de Defensa de la Competencia
y de Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi)**

Calle de la Prosa N°104 – San Borja, Lima, Perú.

Teléfono: (51-1) 224-7800

Correo electrónico: escuela@indecopi.gob.pe

Sitio web: www.indecopi.gob.pe

AUTORES : Abelardo Aramayo Baella, Ivo Gagliuffi Piercechi,
Ricardo Maguiña Pardo, Carlos Rodas Ramos,
Alex Sosa Huapaya, Pierino Stucchi López Raygada

DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN : Q & P Impresores S.R.L.
www.qypimpresores.com

CORRECCIÓN DE ESTILO : Helena Karina Díaz Salcedo

CUIDADO Y REVISIÓN

DE LA EDICIÓN : Hebert Tassano Velaochaga y Giovana Hurtado Magán

IMPRESIÓN : Corporación Gráfica Aliaga S.A.C.

Domicilio Legal: José de la Torre Ugarte N°570 - Lince

Impreso en Lima, Perú

Mayo del 2013 – Primera Edición

Tiraje: 3000 ejemplares

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú – N° 2013-07487

ISBN: 978-9972-664-31-1 (O.C.)

ISBN: 978-9972-664-33-5 (V.6.)

La información contenida en este documento puede ser reproducida parcialmente, informando previa y expresamente al Indecopi y mencionando los créditos y las fuentes de origen respectivas.

Indecopi adopta en sus textos la terminología clásica del masculino genérico para referirse a hombres y mujeres. Este recurso busca dar uniformidad, fluidez y sencillez para la lectura del documento. No disminuye de modo alguno el compromiso institucional en materia de equidad de género.

Las ideas, afirmaciones y opiniones expresadas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no necesariamente reflejan las opiniones del Indecopi.



Consejo Directivo

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga	Presidente
María Elena Juscamaita Arangüena	Consejero
Juan Manuel Echevarría Arellano	Consejero
Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio	Consejero
Malka Maya Albarracín	Consejero

Consejo Consultivo

Elena Conterno Martinelli
Walter Albán Peralta
Richard Webb Duarte
Catalina Chepa Guzmán Melgar
José Ricardo Stok Capella
Carlos Ramos Núñez

Gerente General

Santiago Dávila Phillipon

Directora de la Escuela Nacional del Indecopi

Giovana Hurtado Magán



ÍNDICE

PRESENTACIÓN	7
INTRODUCCIÓN	9
OBJETIVOS	11
CAPÍTULO 1	
REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL	13
1.1. Marco Teórico Conceptual.....	14
1.1.1. Modelo económico constitucional que sustenta la represión de la competencia desleal.....	14
1.1.2. Modelos de represión de la competencia desleal.....	19
1.1.3. La cláusula general como norma de prohibición y tipo sancionador..	23
1.1.4. Listado enunciativo de actos de competencia desleal.....	33
1.2. El concepto de competencia desleal a través de su evolución legislativa en el Perú	51
1.2.1. La regulación en las Leyes de Industrias.....	52
1.2.2. El Decreto Ley N°26122.....	53
1.2.3. La Ley de Represión de la Competencia Desleal	55
1.3. Casos ilustrativos sobre Represión de la Competencia Desleal	56
1.3.1. Caso Caballero Bustamante.....	56
1.3.2. Caso Bembo-Renzos	58
1.3.3. Caso IFB.....	61
1.3.4. Caso Lab. Nutrition	63
1.4. Evaluación de las resoluciones analizadas y de la labor del Indecopi en la lucha contra la competencia desleal.....	69
CAPÍTULO 2	
¿UN MERCADO SIN PUBLICIDAD?: EL DERECHO PUBLICITARIO Y SU REGULACIÓN EN EL PERÚ	73
2.1. Marco teórico conceptual	75
2.1.1. Aspectos generales. ¿Qué es la publicidad comercial?	75
2.1.2. Aspectos sustantivos: principios que rigen la publicidad comercial y formatos publicitarios.....	90



2.1.3.	La autorregulación publicitaria	118
2.2.	Evolución Legislativa del Derecho Publicitario.....	130
2.3.	Principales Resoluciones emitidas por Indecopi.....	138
2.3.1.	Definición Publicidad Comercial.....	139
2.3.2.	Principio de Leal Competencia aplicable a la publicidad comercial...	146
2.3.3.	Publicidad Alusiva.....	149
2.3.4.	Principio de veracidad	155
2.3.5.	Información complementaria.....	162
2.4.	Evaluación del impacto de las resoluciones analizadas. Desarrollo jurisprudencial que generó un nuevo y mejorado dispositivo legal.....	170
2.4.1.	Principio de veracidad (actos de engaño)	171
2.4.2.	Denigración publicitaria (acto de denigración).....	172
2.4.3.	Publicidad comparativa y adhesiva (actos de comparación y equiparación)	173
2.4.4.	Actos contra el principio de legalidad.....	173
2.4.5.	Publicidad de promociones.....	174
2.4.6.	Otros aspectos positivos.....	174
2.5.	Qué debe mejorarse: propuestas a futuro	175
2.5.1.	Garantizar que no se sobre regule la actividad publicitaria	175
2.5.2.	Prepararse para aplicar la ley frente a las nuevas tecnologías.	179
2.5.3.	Trabajo conjunto con los privados a través de la promoción de sistemas de autorregulación	180
ANEXO N° 1. Entrevista a Luis Diez Canseco Núñez. Sobre el Desarrollo de la Competencia Desleal en el Perú		184
ANEXO N°2. Cuadro de los miembros de Comisión y Sala que emitieron las principales resoluciones analizadas		190
ANEXO N°3. Cuadro Comparativo entre la LRCD y el Código de Ética Publicitaria		192
BIBLIOGRAFÍA		203
LISTADO DE ACRÓNIMOS		213





PRESENTACIÓN

El aporte del Indecopi al crecimiento económico del país se fundamenta en su institucionalidad, la misma que se sustenta, entre otros aspectos, en las decisiones técnicas emitidas desde su creación. En ese sentido y en el contexto de la conmemoración del vigésimo aniversario institucional, consideramos pertinente compartir la esencia de nuestro trabajo, a través de una serie de publicaciones que describen las funciones que desempeña el Indecopi a través de cada uno de sus órganos resolutivos. Nuestra intención es dar a conocer, de manera didáctica, la labor desplegada a lo largo de estos veinte años en cumplimiento de nuestro mandato, orientado a la protección del consumidor, la propiedad intelectual, la defensa de la libre y leal competencia así como para el desarrollo de la infraestructura de la calidad en nuestro país.

Estos libros han sido estructurados bajo lineamientos y técnicas educativas, uniformizado la forma de presentar los contenidos de cada uno de los tomos que conforman la colección. Así, partimos brindando el marco teórico que sustenta la función encomendada al Indecopi, desarrollando los conceptos fundamentales de la institución protegida. Luego se establecen los hitos legislativos y jurisprudenciales que se dieron en el proceso evolutivo del Instituto.

Finalmente, como no podría ser de otra forma, hemos considerado además un espacio para reflexionar sobre las lecciones aprendidas y mirar hacia el futuro encaminándonos hacia un Indecopi más proactivo que se anticipe y brinde las respuestas que necesita la sociedad y el mercado.

En esta oportunidad nos corresponde presentar el Libro sobre Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. El Capítulo I: Competencia Desleal, estuvo a cargo de Abelardo Aramayo. Este capítulo desarrolla el Marco teórico conceptual de la Competencia Desleal,





los modelos de Represión de la Competencia Desleal, la evolución legislativa, los casos más ilustrativos y el análisis jurisprudencial sobre la fiscalización de la competencia desleal. El Capítulo 2: Regulación Publicitaria estuvo a cargo de Ricardo Maguiña, en el cual se realiza un importante estudio del Derecho Publicitario y su regulación en nuestro país, desarrollando un Marco teórico conceptual, la evolución legislativa, enfoque de las principales resoluciones y evaluación de impacto de las resoluciones analizadas.

Quiero expresar especial agradecimiento a Claudia Britto Falcón, Aldo Chirinos Miñano, Roberto López Baca y Fernando Salhuana Quiroz, pues gracias a su valiosa asistencia se redactó el Capítulo 1 del presente libro.

Esperamos que este texto sea de utilidad y transmita, como es nuestra intención, el alcance del trabajo desplegado por el Indecopi en estos veinte años de labor técnica e independiente al servicio del país, así como el compromiso de cada uno de los colaboradores que forjaron estas páginas, al ser parte de la historia que hoy compartimos con usted.

Hebert Tassano Velaochaga
Presidente del Consejo Directivo





INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna, en el Perú la regulación sobre represión de la competencia desleal, incluyendo a la supervisión general de la publicidad, tuvo su punto de partida como un cuerpo normativo orgánico, estructurado y aplicable en la realidad, gracias a la entrada en vigencia del Decreto Ley N°26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (LRCD), y a la creación e inicio de actividades de una entidad técnica, honesta y multidisciplinaria como es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), que fue capaz de poner en la práctica dicha regulación de manera eficiente.

Estos veinte años de trayectoria del Indecopi en la lucha contra la competencia desleal han sido de constante aprendizaje, innovación y enriquecimiento, a través de la casuística y la investigación, lo que ha consolidado en nuestro país la disciplina jurídica de la represión de la competencia desleal, en particular, y al derecho de la competencia, en general.

En tal sentido, mediante la presente publicación, el Indecopi busca brindar a la ciudadanía información que le permita tener un cabal conocimiento del derecho represor de la competencia desleal y la supervisión publicitaria en el Perú, a través de una revisión y análisis general de su evolución a nivel nacional e internacional, así como del marco legal vigente y de pronunciamientos que explican la lógica que se encuentra detrás de la aplicación de las normas sobre competencia desleal y publicidad, así como su impacto en el mercado y en la vida de los ciudadanos.

En este punto vale la pena precisar que, a efectos de garantizar a nuestros lectores una visión imparcial, amplia y técnica sobre las materias a tratarse, la presente publicación ha sido elaborada en forma conjunta por autores y comentaristas provenientes del sector público y privado, con conocimiento y desempeño profesional especializado en la materia.





Por dichas consideraciones, debemos aclarar que este trabajo no pretende ser una recopilación exhaustiva de todos los pronunciamientos emitidos por el Indecopi a lo largo de sus fructíferos primeros veinte años de labores en materia de competencia desleal y publicidad, ni siquiera busca calificar los pronunciamientos citados como los más importantes en dicho período, lo cual podría convertirse en un ejercicio arbitrario y discutible, ya que lo que se busca es graficar la lógica que se encuentra detrás de la aplicación de las normas sobre competencia desleal y publicidad, así como su impacto en el mercado y en la vida de los ciudadanos.

Finalmente, debemos subrayar que el presente trabajo se encuentra dividido en dos capítulos: Capítulo 1 - Represión de la Competencia Desleal, y Capítulo 2 - Regulación Publicitaria.

Abelardo Aramayo Baella
Secretario Técnico de la
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal



OBJETIVOS

El Capítulo 1, Represión de la Competencia Desleal, ofrece una revisión y análisis general de la evolución de dicha disciplina jurídica a nivel nacional e internacional; el marco legal vigente y los pronunciamientos que explican la lógica que se encuentra detrás de la aplicación de las normas sobre competencia desleal, así como su impacto en el mercado y en la vida de los ciudadanos. Son objetivos del presente capítulo:

- ❖ Explicar el modelo económico constitucional que sustenta la represión de la competencia desleal.
- ❖ Revisar los modelos de represión de la competencia desleal.
- ❖ Efectuar un análisis de la Cláusula General.
- ❖ Revisar el listado enunciativo de actos de competencia desleal.
- ❖ Analizar el concepto de competencia desleal a través de su evolución legislativa en el Perú.
- ❖ Revisar casos ilustrativos sobre represión de la competencia desleal.
- ❖ Revisar la evaluación de las resoluciones analizadas y de la labor del Indecopi en la lucha contra la competencia desleal.

El Capítulo 2, Regulación Publicitaria, ofrece una revisión crítica sobre el desarrollo de dicha disciplina jurídica en los primeros veinte años de vida institucional del Indecopi. Son objetivos del presente capítulo:

- ❖ Presentar un conjunto de definiciones y aspectos sustantivos del Derecho Publicitario contenidos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD) y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC).
- ❖ Revisar la evolución legislativa peruana sobre materia publicitaria.
- ❖ Analizar algunas resoluciones destacadas del Indecopi sobre materia publicitaria.
- ❖ Evaluar el impacto en el mercado del desarrollo legislativo y jurisprudencial sobre regulación publicitaria del Indecopi.

CAPÍTULO 1

Represión de la Competencia Desleal

1.1. Marco Teórico Conceptual

1.1.1. Modelo económico constitucional que sustenta la represión de la competencia desleal¹

El régimen económico contenido en la Constitución Política del Perú se enmarca dentro de una Economía Social de Mercado², que se entiende como el modelo económico y social que busca, a través de la libre iniciativa y la competencia, el progreso económico, asegurando a su vez el bienestar social del país, admitiendo para ello la intervención del Estado en ciertas materias³.

Así pues, dicho modelo se encuentra caracterizado por la desregulación del mercado, es decir, la paulatina reducción del protagonismo estatal dentro del mismo, promoviendo la competencia y reservándosele sólo la facultad y obligación de vigilar la libertad de competencia, lo que permite defender no sólo los intereses de los empresarios, sino también –y de manera primordial– los de los consumidores y la colectividad en general.

1 El presente ítem ha sido elaborado por Ivo GAGLIUFFI PIERCECHI. El autor agradece la colaboración de Melissa Zupán Arispe.

2 "Artículo 58.- Economía Social de Mercado.- 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".

3 Sobre el concepto de Economía Social de Mercado ver a KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 359, quienes señalan que "...la economía social de mercado no es otra cosa que un sistema en que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, y en el que el Estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el mismo mercado el que falla o cuando conductas empresariales falsean las reglas de la libre y leal competencia. En otras palabras, el concepto de economía social de mercado estima que la libre iniciativa y la libre competencia constituyen el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos".

Por su parte RUBIO, Marcial. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 213-214, señala que "...puede verse que el Estado no se halla ausente de la economía social de mercado y que puede intervenir en ella, si bien respetando y estimulando hasta donde sea posible la existencia de las leyes del mercado, de la iniciativa particular, de la competencia y, dentro de ellas, efectuar las correcciones indispensables". Finalmente, BERNALES, Enrique. (1996). *La Constitución de 1993*. Lima, ICS Editores, p. 304, explica que "Desde el punto de vista normativo constitucional, que es el que nos corresponde exponer, la expresión economía social de mercado permite en el plano constitucional introducir correctivos al libre juego del mercado que orienten toda la actividad hacia objetivos no sólo individuales sino también colectivos".



Ahora bien, cabe precisar que la Economía Social de Mercado reposa, principalmente, sobre dos pilares fundamentales:

- La libre iniciativa privada.
- El derecho a la competencia.

Respecto de la libre iniciativa privada, puede afirmarse que ésta consiste en la facultad que posee toda persona natural o jurídica de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, lo cual comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, implicando, a su vez, la libre elección de la política de costos y precios, márgenes de utilidades, entre otros, en concordancia con lo establecido por la legislación peruana⁴.

- La Constitución establece que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado.
- La economía social de mercado reposa en dos pilares fundamentales: la libre iniciativa privada y el derecho a la competencia.

En cuanto al derecho a la competencia, puede afirmarse que éste se entiende como la prerrogativa que tiene toda persona natural o jurídica de participar en el mercado, compitiendo en él mediante la oferta de sus bienes 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 oferta y demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación peruana⁵.

De este modo, el régimen económico vigente asume que la libre iniciativa privada y el derecho a la competencia en el mercado lograrán que se satisfagan las necesidades de los consumidores de la manera más eficiente, en la medida que se impulsará la creatividad

4 Cabe señalar que el art. 3 del Decreto Legislativo N°757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece lo siguiente: *“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”*.

5 El art. 4 del Decreto Legislativo N°757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece lo siguiente: *“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. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República”*.

y participación más activa y dinámica de los privados en la vida económica. Asimismo, el Estado sólo actuará como árbitro corrigiendo las fallas que se puedan presentar⁶ en el mercado. Al respecto, siguiendo a Ricardo ALONSO⁷, tenemos que

el Estado participa en el mercado como agente supervisor, a fin de que las conductas de los operadores económicos no lo distorsionen.

Se plantean tres planos de intervención estatal en el mercado:

- El plano de la promoción de la competencia.
- El plano de la expedición de normas que regulen la competencia.
- La protección y defensa de la competencia.

Como puede apreciarse, el plano de la promoción estatal de la competencia se logra mediante la adopción de un sistema de economía de mercado que contiene intrínsecamente la desregulación del mismo; es decir, la reducción de la participación estatal en las actividades económicas, confiando en la eficiencia del sector privado. Asimismo, los planos restantes, referidos a la expedición de normas que regulen tal competencia y a la consecuente protección y defensa de la misma, se consiguen mediante dos sistemas normativos:

- El sistema regulador de la libertad de competencia.
- El sistema regulador de la competencia desleal⁸.

6 Según OKUMURA, Pablo. "Apuntes en torno a las fallas de mercado y el monopolio natural". p.3. Disponible en: http://www.coes.org.pe/DATAWEB/2008/VARIOS/ARTICULOS/Monopolio_Natural_articulo.pdf, "...existen situaciones en donde estas fuerzas de mercado (oferta y demanda) no concurren de manera libre, creando equilibrios sub óptimos; estas situaciones son denominadas como fallas de mercado, las mismas que se producen (...) cuando no se dan condiciones de mercados perfectos, debiendo recurrirse a soluciones fuera del mercado para conseguir resultados más beneficiosos (...). Entre las fallas de mercado más estudiadas por la doctrina económica encontramos las externalidades, la información asimétrica, los bienes públicos y por supuesto los monopolios naturales".

7 En efecto, ALONSO, Ricardo. (1999). "Derecho de la Competencia. Introducción". En: URÍA y MENÉNDEZ. (1999). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid, Civitas Ediciones SL., p. 244, afirma lo siguiente: "...promoviendo la introducción de competencia en los sectores regulados (política de liberalización o desregulación), estableciendo un conjunto de normas que garanticen la existencia de una competencia suficiente y la protejan frente a todo ataque contrario al interés público (ordenamiento de la competencia) y desarrollando una política activa de defensa de la competencia (política de competencia). En este marco se desarrolla y cobra un papel decisivo el denominado Derecho de la Competencia".

8 ALONSO, Ricardo. (1999). Op. cit., p. 245, indica lo siguiente: "...El Sistema regulador de la libertad de competencia, que comprende un grupo de normas cuya finalidad es sancionar los comportamientos de los empresarios u operadores económicos que impiden la existencia de competencia en el mercado (legislación antitrust). Y el Sistema regulador de la competencia desleal, que comprende un conjunto de normas destinadas a sancionar aquellas conductas que atentan contra la corrección en la realización de actividades competitivas en el mercado (legislación sobre competencia desleal). Lo que sucede en definitiva, es que la competencia es un bien que el Derecho viene a tutelar y defender desde la doble vertiente de la libertad y de la lealtad".





En tal sentido, mientras el “Sistema regulador de la libertad de competencia” busca principalmente disuadir o impedir a los empresarios que desarrollen o pongan en práctica conductas destinadas a que no se produzca concurrencia en el mercado, el “Sistema regulador de la competencia desleal” persigue el correcto y leal comportamiento de los empresarios en la realización de sus actividades económicas, pero partiendo de la premisa de que se produce concurrencia y, por lo tanto, competencia en el mercado. Ello permite apreciar que existe una clara delimitación en cuanto a los alcances de la finalidad que persigue la regulación sobre libre competencia frente a la regulación sobre competencia desleal, ya que mientras aquella lucha por preservar la competencia, ésta presupone la existencia de una situación de competencia en el mercado, pero dentro de la cual corresponderá la aplicación de una sanción como consecuencia de los actos desleales cometidos por los agentes económicos que en él intervienen, es decir, aquellas conductas que resulten objetivamente contrarias a la buena fe empresarial.

Precisamente, la legislación sobre competencia desleal tiene por finalidad salvaguardar aquellos parámetros que un modelo de Economía Social de Mercado impone, brindando el marco legal para que los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades económicas dentro de la premisa de la buena fe comercial, promoviendo la sana y leal competencia⁹.

La Represión de la Competencia Desleal se fundamenta en el Principio de Leal Competencia, el cual implica que la concurrencia en el mercado debe guardar conformidad con los parámetros relativos a la igualdad de oportunidades para los competidores, respetando los preceptos relativos a la buena fe y moral comercial, según la costumbre y los usos mercantiles¹⁰. Sobre este punto, cabe señalar que la antigua Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, a través de un pronunciamiento que constituye Precedente de Observancia Obligatoria, ha precisado la importancia del citado principio, afirmando que el principio de lealtad tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como

9 Al respecto, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial, emitidos por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CCD) mediante Resolución N°001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, cuyos alcances mantienen aún actualidad, desarrollan este punto en las páginas 2 y 3: *“En esta economía social de mercado, tanto la legislación sobre la competencia desleal como la de la publicidad comercial tienen 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”*.

10 Respecto de la importancia del Principio de Leal Competencia, DE LA CUESTA, José María. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra S.A. (EUNSA), pp. 176-177, enseña lo siguiente: *“...si todo operador en el mercado está sometido a la rivalidad que implica la competencia, ésta debe mantenerse en términos de lo que deportivamente se llama juego limpio y, en términos jurídicos, competencia leal. Porque sólo si la lucha competitiva se efectúa con lealtad sirve al bien común; la competencia desleal introduce factores disfuncionales en cuanto que pueden orientar las acciones en el mercado de modo opuesto al que sirve para la mejor asignación de los recursos”*.

aquella guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que debe regir las actividades económicas¹¹.

Ahora bien, cabe indicar que la norma de desarrollo constitucional vigente, es decir, el precepto legal que se encarga de plasmar los postulados del modelo económico constitucional anteriormente desarrollado en materia de Derecho de Represión de la Competencia Desleal, es la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD). Dicho cuerpo normativo tiene como finalidad sancionar las conductas desleales con el fin de procurar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo¹².

En conclusión, el modelo económico plasmado en la Constitución establece un régimen de Economía Social de Mercado, mediante el cual el Estado garantiza la libre iniciativa privada y el derecho a la competencia. Asimismo, el Estado participa en el mercado esencialmente como agente supervisor del mismo y en tres planos de intervención:

- El plano de la promoción estatal de la competencia en los sectores regulados.
- El plano de la expedición de normas que regulen la competencia
- El plano de la consecuente protección y defensa de la competencia.

En cuanto al plano referido a la expedición de normas que regulen la competencia y su consecuente protección y defensa, esto se consigue mediante los dos sistemas normativos mencionados anteriormente (el sistema regulador de la libertad de competencia y el sistema regulador de la competencia desleal). El primero persigue la existencia de concurrencia y competencia en el mercado, mientras que el segundo persigue el correcto y leal comportamiento de los empresarios en la realización de sus actividades económicas cuando ya existe concurrencia en el mercado. Para el resguardo de este último, se encuentra vigente la LRCD, que busca sancionar las conductas desleales, a fin de procurar la competencia eficiente en los mercados y preservar la buena fe empresarial.

-
- 11 *“El principio de lealtad es uno de los principios que ordenan e informan toda la actividad publicitaria. (...) El principio de lealtad tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado, entendida como aquella competencia guiada por la buena fe comercial y el respeto a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas para que se desenvuelvan de manera normal y pacífica. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia en el mercado y aquella otra conducta que constituye una infracción que merece ser sancionada. Lo señalado evidencia que el bien jurídico tutelado por las normas de represión de la competencia desleal es precisamente la concurrencia justa, ajustada al ordenamiento jurídico y que el exceso resulta inaceptable para la sociedad y el derecho (...).”* Resolución N°547-2003/TDC-INDECOPI, emitida con fecha 10 de diciembre del 2003, en los seguidos por The Coca - Cola Company vs Embotelladora Don Jorge y otro (Expediente N°051-2002/CCD).
- 12 Decreto Legislativo N°1044. *“Artículo 1.- Finalidad de la Ley.- La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo”*.



1.1.2. Modelos de represión de la competencia desleal¹³

El tratamiento jurídico de la represión de la competencia desleal y su vinculación con la propiedad industrial ha venido evolucionando de acuerdo a los diversos modelos de regulación adoptados según el contexto económico-social en el que se desenvolvían. En tal sentido, siguiendo la clasificación efectuada por el autor Aurelio MENÉNDEZ¹⁴, se puede apreciar que la regulación de la competencia desleal ha pasado por los siguientes modelos: Modelo Paleoliberal, Modelo Profesional y Modelo Social.

El primer modelo de regulación de la competencia desleal es el denominado Modelo Paleoliberal, que se caracteriza por la falta de una normativa específica, así como por la represión de naturaleza penal y fragmentaria de la competencia desleal¹⁵. Inicialmente, dicho modelo presentó disposiciones destinadas a resguardar los derechos de propiedad industrial, para luego ir enriqueciéndose con disposiciones que excedían dicha esfera. Cabe señalar que, en esta etapa, la diferencia entre la represión de la competencia desleal y la propiedad industrial como disciplinas jurídicas independientes no existía. En tal sentido, la represión de la competencia desleal nace de manera fragmentada e íntimamente relacionada con la represión penal o a través de la responsabilidad civil extracontractual, siempre derivada de la infracción a derechos de propiedad industrial, para luego ir tomando forma propia y orgánica, como un derecho de represión de la competencia desleal propiamente dicho.

Posteriormente, en el Modelo Profesional, se consideraba que el bien jurídico protegido por la regulación de la competencia desleal era, principalmente, el interés de los empresarios que veían desviada su clientela por la proliferación de actos contrarios a la buena fe comercial o empresarial. Así, en palabras de Aurelio MENÉNDEZ, mediante el Modelo Profesional: *“(…) se aspira a tutelar, de acuerdo con los patrones de valoración profesionales o corporativos de la clase empresarial, las posiciones adquiridas por la empresa en el mercado. Responde, pues, a una notoria impronta monopolista”*.

El Modelo Profesional de represión de la competencia desleal estuvo reflejado en diversos ordenamientos europeos de fines del siglo XIX y comienzos del XX¹⁶. En dicho contexto, el

13 El presente ítem ha sido elaborado por Abelardo ARAMAYO.

14 MENÉNDEZ, Aurelio. (1988). *La competencia desleal*. Madrid, Editorial Civitas S.A.

15 MENÉNDEZ, Aurelio. (1988). Op. cit., p. 28.

16 MENÉNDEZ, Aurelio. (1988). Op. cit., pp. 66-93.

Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, primer cuerpo normativo que regula la competencia desleal a nivel internacional, representativo del Modelo Profesional, establece en su art. 10 bis que los países partes están obligados a asegurar a sus nacionales una protección eficaz contra la competencia desleal. En este punto, puede apreciarse que bajo el Modelo Profesional de represión de la competencia desleal, esta disciplina jurídica era considerada como parte de la protección de la propiedad industrial, situación que se explica de mejor manera con el texto del art. 1 del citado convenio, el mismo que establece lo siguiente:

“Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (...)

Art. 1.

Constitución de la Unión; ámbito de la propiedad industrial

(...)

2) La protección de la propiedad industrial tiene por objeto las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal”.

(El subrayado es nuestro)

Asimismo, se pueden observar rezagos del Modelo Profesional de represión de la competencia desleal en la Decisión N°486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, emitida por la Comisión de la Comunidad Andina, en tanto dicho cuerpo normativo supranacional regula la competencia desleal vinculada a la propiedad industrial, considerando a esta última disciplina como el género y a la competencia desleal como la especie.

Sin embargo, en la actualidad el modelo imperante de regulación de la competencia desleal es el denominado Modelo Social y es independiente de la regulación sobre propiedad industrial. Dicho modelo de regulación, a diferencia del Modelo Profesional, implica la protección no sólo del interés de los competidores o comerciantes sino, además, del interés de los consumidores y del orden público económico o, en palabras de Aurelio MENÉNDEZ:

“La normativa represora de la competencia desleal deja de ser un ordenamiento primariamente concebido para la protección de la empresa en sus relaciones con los competidores, para convertirse progresivamente en un Derecho ordenador de las relaciones de mercado que extiende su dominio a la tutela del interés de los consumidores y del propio interés público en el mantenimiento de un orden concurrencial no falseado”¹⁷.

En tal sentido, la Directiva N°2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de mayo del 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, también se encuentra enmarcada en el citado modelo, poniendo un mayor énfasis en los intereses de los consumidores. En efecto, dicho cuerpo normativo comunitario establece que una práctica comercial será desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y distorsiona o puede distorsionar -de manera sustancial- el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige.

Modelos de regulación de la competencia desleal:

- Modelo Paleoliberal.
- Modelo Profesional.
- Modelo Social.

El modelo vigente en la actualidad es el Modelo Social de Represión de la Competencia Desleal

Por su parte, la legislación española también recoge el Modelo Social de represión de la competencia desleal; así, la exposición de motivos de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, establece lo siguiente:

“1. (...), la Ley introduce un cambio radical en la concepción tradicional del Derecho de la competencia desleal. Este deja de concebirse como un ordenamiento primariamente dirigido a resolver los conflictos entre los competidores para convertirse en un instrumento de ordenación y control de las conductas en el mercado. La institución de la competencia pasa a ser así el objeto directo de protección. (...). Esta nueva orientación de la disciplina trae consigo una

17 MENÉNDEZ, Aurelio. (1988). Op. cit., pp. 28-29.

apertura de la misma hacia la tutela de intereses que tradicionalmente habían escapado a la atención del legislador mercantil. La nueva Ley, en efecto, se hace portadora no sólo de los intereses privados de los empresarios en conflicto, sino también de los intereses colectivos del consumo. Esta ampliación y reordenación de los intereses protegidos está presente a lo largo de todos los preceptos de la Ley. (...)”.

En ese orden de ideas, conforme al estado de desarrollo actual de la disciplina de la represión de la competencia desleal, la legislación peruana también se enmarca expresamente en el Modelo Social de represión de la competencia desleal. Es por ello que la exposición de motivos de la LRCD establece lo siguiente:

“(...) la protección del ‘proceso competitivo’ implica la tutela de todos los agentes que intervienen en el mercado; los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden económico. En este sentido, el Decreto Legislativo se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, proclamado por las principales legislaciones sobre competencia desleal de raíz romano-germánica e implica la protección, no solamente del interés de los concurrentes en el mercado, sino además, del interés de los consumidores y el orden público económico”.

Conforme a lo expuesto líneas arriba, se puede apreciar que el derecho de represión de la competencia desleal ha pasado de constituir una regulación marginal y fragmentada, a ser considerado como parte integrante del derecho de propiedad industrial para, finalmente, lograr plena autonomía de acuerdo al Modelo Social de represión de la competencia desleal, en el que dicha disciplina jurídica es parte fundamental del derecho ordenador del mercado, en tanto busca resguardar los intereses de los consumidores, los competidores y el orden público económico. En tal sentido, queda claro que el modelo peruano de represión de la competencia desleal se enmarca dentro del modelo social de represión de la competencia desleal, que es el más reciente grado de desarrollo de dicha disciplina jurídica.

1.1.3. La cláusula general como norma de prohibición y tipo sancionador¹⁸

La represión de la competencia desleal es una disciplina en constante evolución debido a la intensificación del proceso competitivo en algunos sectores y a la lucha encarnizada que entablan algunas empresas por lograr la realización de transacciones comerciales que les permitan lograr rentabilidad. Es de considerar que, en la actividad empresarial, un mal encaminado ímpetu por lograr liderazgo y éxito en el mercado puede pasar de ser un acto comercial audaz o agresivo a convertirse en un acto de competencia desleal desde el punto de vista del Derecho; ello aun cuando la voluntad de quien lo realice no sea desplegar una conducta contraria a la buena fe empresarial.

La LRCD¹⁹ presenta un listado enunciativo de actos que se consideran como desleales. La existencia de este listado enunciativo (en sus art. 8 a 18) permite a los agentes económicos conocer y evitar la realización de actos de competencia desleal cuya caracterización ilícita es reconocida expresamente²⁰. Sin embargo, la referida intensificación del proceso competitivo y la lucha empresarial generan una dinámica competitiva que no permite que todos los actos de competencia desleal posibles se encuentren enunciados en dicho listado, siendo posible declararlos ilícitos mediante una imputación directa con base en la cláusula general siempre que sean contrarios a la buena fe empresarial exigible en una economía social de mercado.

En este contexto, la importancia de la cláusula general con la que cuenta nuestro sistema administrativo de represión de competencia desleal, reside en que esta cláusula se configura como la norma de prohibición y el tipo sancionador que es la base para el reproche y la corrección de los actos de competencia desleal, tanto enunciados como no enunciados. La cláusula general cumple, como apreciaremos a continuación, una función primordial en el aseguramiento del adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

18 El presente ítem ha sido elaborado por Pierino STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, y ha sido desarrollado sobre la base de un extracto de sus artículos académicos: STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2009). "Los actos de competencia desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal". En: *Revista de Derecho*. Volumen 10. Piura, Universidad de Piura; y, STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2007). "La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados". En: *Revista Themis*. N°54.

19 Publicada el 26 de junio del 2008 y en vigencia desde el 27 de julio del 2008.

20 Si bien este listado enunciativo revela expresamente la naturaleza ilícita de las conductas que describe, no contiene propiamente disposiciones prohibitivas sino únicamente disposiciones descriptivas que permiten determinar los contornos de ciertas conductas prohibidas -las más destacadas y evidentes desde lo ilícito- bajo el alcance de la cláusula general expresada en el art. 6 de la LRCD, que es propiamente la que establece la prohibición y sanción sobre tales conductas.

a. La competencia y el daño concurrencial lícito

La pugna entre agentes económicos por lograr la realización de transacciones sobre bienes o servicios implica la existencia de una tensión competitiva en el mercado. La competencia que se produce entre tales agentes se verifica tanto desde la posición de la demanda como desde la posición de la oferta; ello porque una empresa compite con otras no solo para lograr clientes sino, además, por adquirir los mejores insumos (sean bienes o servicios) disponibles necesarios para desarrollar su actividad productiva. En este último escenario deberá encontrarse dispuesta a pagar, probablemente, mayores precios para lograr transacciones con los oferentes de insumos estandarizados; mientras que en el primer escenario -el más conocido y analizado- deberán encontrarse dispuestas a vender a menores precios o a aumentar la calidad de su oferta, conforme lo demanden las necesidades del consumidor intermedio o final.

En un contexto competitivo, cada transacción lograda por una empresa es una menos que puede lograr su competidora. Así, por ejemplo, cada transacción lograda por una farmacia en la venta de una pastilla contra el dolor de cabeza es, con seguridad, una transacción que no logró otra farmacia cuya ubicación se encontraba en un lugar cercano. Ocurre lo propio con un pasaje vendido por una aerolínea en la ruta Lima-Bogotá, pues éste es un pasaje menos que pudo ser vendido por otra aerolínea, en la misma ruta, para el mismo día. Asimismo, un huésped alojado durante una semana en un hotel cinco estrellas en Arequipa es un huésped menos que pudo alojar otro hotel de la misma categoría, en la misma ciudad, esa misma semana. Como quiera que la realización de las transacciones permite a las empresas lograr beneficios, generalmente, éstas contribuyen en la generación de utilidades. Por ello, una empresa que ve perdidas sus posibilidades de realizar transacciones, debido a que éstas son realizadas por una empresa competidora, progresivamente sufre un daño derivado de no generar utilidades como consecuencia del efecto de la competencia.

La importancia de la cláusula general reside en que esta se configura como la norma de prohibición y el tipo sancionador que es la base para el reproche y la corrección de los actos de competencia desleal.

La competencia entre empresas que concurren ofreciendo bienes o servicios similares o sustitutos respecto de los que ofrecen otras empresas es lícita, en principio, aún cuando es capaz de generar daño. Conforme a los ejemplos anteriores, se produce daño sobre el competidor cuando:



- Una farmacia logra, en el agregado, mayores transacciones con los demandantes de medicamentos respecto a otra farmacia de la misma zona.
- Una empresa de transporte aéreo logra copar siempre sus aeronaves, mientras que otra que cubre las mismas rutas, no.
- Un hotel logra alojar huéspedes, mientras que un hotel vecino de la misma categoría, no.

En todos estos casos, la empresa exitosa en el mercado es la que logra transacciones. El competidor de ésta, al ver disminuido el número de transacciones que realiza, podría ver mermadas sus utilidades y, en consecuencia, ver peligrar su permanencia en el mercado. Las empresas reciben, por causa de la competencia en el mercado, lo que se denomina daño concurrencial lícito.

El daño causado por la competencia es lícito pues nuestra Constitución, al establecer una economía social de mercado, insta, en consecuencia, un sistema competitivo cuya dinámica premia la eficiencia de las empresas que son elegidas para realizar transacciones²¹. Bajo este régimen económico se presume que los agentes económicos son racionales por lo que eligen siempre realizar transacciones sobre los bienes y servicios que les ofrecen los mayores beneficios, al menor costo posible. En consecuencia, en la concurrencia que genera el sistema competitivo, gana y permanece en el mercado la empresa más eficiente.

b. El acto de competencia desleal definido por la cláusula general

La LRCD define como acto de competencia desleal:

“Art. 6.- Cláusula general.-

(...)

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

Con esta definición, acogiendo la línea jurisprudencial administrativa de los últimos años en el Indecopi, esta ley ha logrado una mejora sustancial en la definición del acto de competencia desleal en relación con la ley predecesora. Esta definición de acto de competencia desleal en nuestro ordenamiento legal es concordante con la visión alemana contemporánea en

21 La Constitución Política establece: “Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...)”.

la materia, que sintetiza dos líneas de entendimiento complementarias que sustentan la definición de un acto de competencia desleal. La primera línea de entendimiento considera que un acto de competencia desleal es todo aquel que no sea consistente con el principio de competencia eficiente (*Leistungswettbewerb*), siendo que “... la deslealtad o contrariedad con la buena fe se pone de manifiesto cuando la ventaja obtenida por el competidor no se basa en su propia eficiencia sino en la obstaculización de otros competidores”. Desde esta perspectiva, la competencia leal se sustenta en la eficiencia de las propias prestaciones y “...[l]a eliminación del competidor menos eficiente no constituye un comportamiento desleal”. La segunda línea de entendimiento, complementaria a la primera, afirma el principio funcional de la competencia y “... propugna que la deslealtad y la contrariedad a la buena fe objetiva se producen cuando un acto contradice los fines perseguidos por las normas de competencia desleal”²². Es decir, entendemos que configura competencia desleal un acto que atenta contra el adecuado funcionamiento del proceso competitivo bajo reglas de eficiencia²³.

Debe enfatizarse que la buena fe que exige la LRCD no es una de carácter subjetivo. No es la percepción sobre la ilicitud o no de una conducta propia, sino que resulta ser un estándar de competencia por eficiencia que, en cada caso, permite evaluar la adecuación de la conducta propia con la buena fe empresarial que se espera objetivamente de un agente económico. En consecuencia, esta buena fe empresarial objetiva se manifiesta en toda conducta concurrencial destinada a lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes o consumidores por causa de la eficiencia de la propia oferta de bienes o servicios, al procurar presentar mejores combinaciones de precio y calidad que otros concurrentes en el mercado.

La buena fe que exige la LRCD es de carácter objetivo. Es un estándar de competencia por eficiencia que, en cada caso concreto, permite evaluar la adecuación de una determinada conducta con la buena fe empresarial que se espera objetivamente de un agente económico en el mercado.

22 Citas textuales tomadas de GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. (2004). *Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires, Lexis Nexis, p. 63-64.

23 En este punto es necesario reparar en la diferencia que existe entre la competencia desleal y la competencia prohibida. La competencia desleal es una conducta en la que se considera ilícito y prohibido el modo de lograr o pretender lograr transacciones en mercados cuya existencia no está sujeta a prohibición, cuando ello no se persigue por la eficiencia propia, tal como ocurre en los sectores farmacéutico, de transporte aéreo o de hospedaje, aun cuando estos soporten diferentes niveles de regulación. Diferente es la competencia prohibida que se produce cuando la actividad económica misma se encuentra prohibida, tal como ocurre con la venta de drogas ilícitas, la trata de personas o el ocultamiento de prófugos. En la competencia prohibida, la actividad económica misma se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico, siendo ilícito cualquier acto o daño que ésta genere, no siendo posible evaluar jurídicamente siquiera si existe o no una manifestación contraria a la competencia bajo reglas de eficiencia.





Así, la contravención de la buena fe empresarial, desde un ángulo objetivo, se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas a la propia eficiencia, tal como ocurre, por ejemplo, cuando una empresa distorsiona la información sobre los bienes o servicios que ofrece y, en consecuencia, altera la valoración que se puede realizar sobre éstos en el mercado. Los actos de competencia desleal de un concurrente son capaces de producir sobre otros un daño concurrencial que no corresponde al daño esperado por efecto de la competencia bajo reglas de eficiencia. El Derecho considera a la conducta que causa dicho daño ilícito como una conducta indebida, contraria objetivamente a la buena fe empresarial y, en consecuencia, prohibida y sancionable, como veremos más adelante²⁴.

Con la vigencia de la LRCD, este sistema de represión en el país responde plenamente -en su espíritu y en su formulación legal- al modelo social, que es un modelo de corrección de conductas de última generación²⁵. Este modelo se fundamenta en el entendimiento de que, en una economía social de mercado, debe procurarse que la competencia por eficiencia sea el impulso de la asignación de los recursos escasos. De cumplirse la misión del modelo social, la sociedad se debe ver beneficiada, en su conjunto, al ser de interés general que el consumidor intermedio o final (demandante) logre satisfacer sus necesidades minimizando costos y maximizando beneficios, al tener a su disposición la oferta que, por ser la más eficiente, le ofrece las mejores combinaciones de precio y calidad²⁶.

24 *“En la competencia desleal no se sanciona con la ilicitud el haber causado a otro un daño concurrencial -pues éste es lícito- sino el haberlo causado indebidamente”.* Cita textual tomada de KRESALJA, Baldo. (1993). “Comentarios al Decreto Ley N°26122 sobre Represión de la Competencia Desleal”. En: *Revista Derecho*. N°47. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 22.

25 *Luego de la Segunda Guerra Mundial, “... los países europeos consideraron necesario hacer un giro en la disciplina hacia el ‘interés social’, surgiendo la necesidad de derrocar al modelo profesional individualista [...] [e]n lo referido al objeto, se vislumbra una transición hacia una concepción de la protección del orden económico del mercado no sólo con respecto a la tutela de los intereses individuales de los competidores, sino también con respecto a los intereses colectivos de los consumidores y del interés público del Estado. [...] En cuanto a los criterios de valoración o calificación de la deslealtad, ésta ya no se mide exclusivamente en función de la adecuación a los usos y costumbres profesionales, sino en atención a los principios del ordenamiento económico tales como la libre competencia y la tutela del consumidor”.* GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. (2004). Op. cit., p. 16.

26 *Se debe precisar que la calidad para el consumidor no resulta únicamente de un atributo o de un conjunto de atributos objetivos que pueden cuantificarse. Puede ser también, por ejemplo, la percepción de elegancia y exclusividad que un consumidor tenga sobre un bien o un servicio, de tal manera que, por dicha causa, le atribuya valor. La herramienta más eficaz para generar la percepción de este valor no cuantificable de modo objetivo es la estrategia integral de comunicación para el posicionamiento de empresas y productos en la mente de los consumidores, la que involucra no solamente la actividad publicitaria (generación de mensajes publicitarios por cuenta del anunciante), sino además la *publicity* (generación de información que es cubierta por la prensa respecto de las actividades o pronunciamientos corporativos, comerciales o altruistas de una empresa).*

c. Lo que no resulta desleal en la competencia

La LRCD no permite, en ningún caso, considerar que una conducta de competencia bajo reglas de eficiencia es contraria a la buena fe empresarial por el hecho de contravenir el normal o usual desenvolvimiento de las actividades económicas y/o las normas de corrección que deben regir las actividades económicas conforme a los usos comerciales que pueda guardar algún gremio en determinada plaza. Toda referencia legal equívoca en contrario, como algunas establecidas en el Decreto Ley N°26122, ha sido eliminada de nuestro sistema.

Como ejemplo, imagínese que, en determinado momento, en un mercado de servicios, la cantidad de empresas proveedoras satisfacen la demanda y cubren sus expectativas de rentabilidad sin necesidad de entablar una estrategia de mercadotecnia muy audaz o agresiva. En un contexto como este, imagínese que, en un momento posterior, un nuevo concurrente ingresa a competir, realizando publicidad comparativa de naturaleza objetiva, exacta y pertinente sobre cada uno de los servicios que ofrece y enviando comunicaciones a los clientes de las demás empresas, invitándolos a visitar sus instalaciones o a requerir la visita de uno de sus agentes representantes. Esta conducta, así descrita, podría calificar como inusual e inédita en un mercado como el referido²⁷. Sin embargo, esta conducta, por sí misma, no sería desleal aun cuando pudiera encontrarse desalineada o ser considerada contraria a los usos de la plaza hasta un momento determinado o contraria al normal desenvolvimiento de las actividades económicas hasta un momento previo al ingreso del nuevo concurrente en el mercado; ni aún si fuera considerada por algunas o por la mayoría de empresas del sector como contraria a las normas de corrección o a la ética que deben regir las actividades económicas. Debe considerarse que, desde el ángulo del caduco modelo corporativista o de protección profesional de represión de la competencia desleal (no aplicable en nuestro país), una conducta como la descrita podía ser declarada desleal. Sin embargo, dicha conducta no sería contraria a la buena fe empresarial objetiva, a la luz del modelo social vigente (en nuestro país), mientras se encuentre basada en procurar ventajas desde la eficiencia propia²⁸.

27 Bajo el modelo social, "... la ampliación de los intereses protegidos por la disciplina da lugar a que ciertas actividades anteriormente consideradas como desleales -como la publicidad comparativa o la invasión de la zona exclusiva-, comiencen a permitirse debido a los efectos beneficiosos que producen desde el punto de vista de los intereses de los consumidores y del interés público en el mantenimiento de un mercado altamente competitivo". ROBLES MARTÍN - LABORDA, Antonio. (2001). *Libre Competencia y Competencia Desleal*. Madrid, La Ley, p. 71.

28 Véase la Exposición de motivos del Decreto Legislativo N°1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. De modo concordante, desde una experiencia comparada, la exposición de motivos de la Ley española N°3/1991 sobre competencia desleal, fiel al modelo social que la informa, señala que "[e]l aspecto tal vez más significativo de la cláusula general radica en los criterios seleccionados para evaluar la deslealtad del acto. Se ha optado por establecer un criterio de obrar, como es la buena fe, de alcance general, con lo cual, implícitamente, se han rechazado los más tradicionales (corrección profesional, usos honestos en materia comercial e industrial, etc.), todos ellos sectoriales y de inequívoco sabor corporativo".



En consecuencia, las conductas de los concurrentes en el mercado pueden ser válidamente: i) nuevas y no usuales en un sector; o, ii) el resultado de la innovación de métodos de comercialización o de publicidad o promoción; por lo que es posible que se desvíen, en algún caso, del uso comercial entendido como normal. Si se trata de actos de competencia bajo reglas de eficiencia, aunque incomoden a los otros concurrentes en el mercado por quebrar el estándar, no podrán calificar como competencia desleal; ello debido a que modelo social de represión de la competencia desleal no tiene por finalidad, en modo alguno, disminuir la intensidad del proceso competitivo o proteger la clientela o participación de mercado que ostente alguna empresa en determinado momento. Debe quedar claro que en una economía social de mercado los clientes pueden retenerse únicamente con base a prestaciones de eficiencia. Desde la disciplina de la represión de la competencia desleal, el Derecho tiene la misión de proteger el funcionamiento adecuado del proceso competitivo y no las consideraciones o intereses de los gremios empresariales o profesionales que podrían diferir, en algunos casos mínimos e infrecuentes, de los estándares de competencia por eficiencia.

d. La cláusula general prohibitiva y sancionadora

La represión de la competencia desleal resulta ser una disciplina de la actividad de policía que ejerce el Estado, cuya finalidad es contribuir a que, en la realidad del mercado, se produzca la máxima competencia por eficiencia posible. En este sentido, el objetivo de esta disciplina es que el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad de industria y producción de bienes y servicios, y la libertad de comercio interior y exterior, no signifiquen la realización de actos de competencia desleal que afecten el adecuado funcionamiento del mercado, que lo alejen (aún más) del modelo teórico de competencia perfecta. En este propósito, la LRCD establece:

“Art. 6º.- Cláusula general.-

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

(...)”.

Por medio de esta disposición, la LRCD establece un límite a las libertades antedichas, en cuanto prohíbe que, en su ejercicio, los agentes económicos persigan lograr o logren transacciones por causas distintas a la propia eficiencia de sus prestaciones. Al respecto, bajo este claro entendimiento, el Tribunal de Defensa de la Competencia de Indecopi ha señalado que:

“... el art. 6 del Decreto Legislativo N°1044 recoge la denominada cláusula general de competencia desleal, según la cual serán calificados como prohibidos y sancionables todos aquellos actos desarrollados por un agente económico que resulten contrarios a la ‘buena fe empresarial’, esto es, que estén destinados a captar clientela y mejorar el posicionamiento en el mercado por medios distintos a la propia eficiencia económica”²⁹.

La represión de la competencia desleal es una disciplina cuya finalidad es contribuir a que, en la realidad del mercado, se produzca la máxima competencia por eficiencia posible

Como correlato de esta prohibición, desde la técnica de la punición, se permite a la autoridad administrativa la descarga de una sanción sobre el sujeto de derecho que no la observe. Coincidiendo con este postulado, durante la vigencia del Decreto Ley N°26122, mediante un precedente de observancia obligatoria, se reconoció -efectivamente- que una cláusula general como la señalada es el único tipo sancionador de nuestro sistema administrativo de represión de competencia desleal. Así, el TDC señaló que “[l]a cláusula general [...] constituye la tipificación expresa exigida por el art. 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal”; y, que las disposiciones que “... enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna” tienen -refiriéndose al listado enunciativo de conductas - “... la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados”³⁰.

Debe tenerse presente que la prohibición y sanción de actos de competencia desleal, conforme a la LRCO, no exige que se acredite conciencia ni voluntad sobre su realización, lo que permite su encuadramiento en una infracción que no exige elemento subjetivo, sin perjuicio de que ello sea valorado para la graduación de una eventual sanción. Asimismo, basta que el daño

29 Citas textuales tomadas de la Resolución N°1751-2011/SC1-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. contra Entrelíneas S.R.L., bajo Expediente N°124-2010/CCD.

30 Citas textuales tomadas de la Resolución N°455-2004/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Estudio Caballero Bustamante SRL. contra Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., bajo Expediente N°032-2002/CCD. Para conocer el alcance sustantivo de este precedente de observancia obligatoria dirigirse a la resolución indicada y, para conocer una reciente consideración de la autoridad vinculada al mismo, se puede consultar la Resolución N°1751-2011/SC1-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado por denuncia de Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A. contra Entrelíneas S.R.L., bajo Expediente N°124-2010/CCD.



sea potencial sobre otro concurrente en el mercado, sobre los demandantes o consumidores y/o sobre el orden público económico, no exigiéndose la constatación de un daño efectivo, lo que configura a esta infracción como un ilícito de peligro³¹. Debe considerarse, asimismo, que no se exige relación de competencia entre quien se repunte afectado por un acto de competencia desleal y quien lo realice para que tal conducta se configure como infractora.

e. La cláusula general y su alcance sobre la actividad publicitaria

La vigencia de la LRCD significó, en el año 2008, la derogación del Decreto Legislativo N°691 y del Decreto Ley N°26122, como instrumentos legislativos antecesores. Asimismo, derogó el reglamento del Decreto Legislativo N°691. Dichos instrumentos de mucho valor en su momento, en algunos casos, presentaban contradicciones y desalineaciones significativas en el tratamiento de determinados actos de competencia desleal, pues hacían algunas diferencias regulatorias³² dependiendo de si eran desarrollados a través de publicidad o no.

Con la vigencia de la LRCD dichas contradicciones y desalineaciones se han superado y la regulación publicitaria se entiende plenamente incorporada a la disciplina de la represión de la competencia desleal³³. La propia cláusula general indica que “[e]stán prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, (...) cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria”³⁴. Asimismo, se refiere expresamente en el ámbito de aplicación de la Ley vigente:

“Art. 2.- Ámbito de aplicación objetivo.-

La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. [...].”

31 Véase: art. 7 de la LRCD. Para mayor detalle en relación con la calificación de un acto de competencia desleal como ilícito de peligro en nuestra legislación, consultar: STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2009). Op. Cit. Desde la doctrina española se refiere que “... la cláusula general deja definido el acto de competencia desleal, desde una perspectiva positiva, como ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual”; ver: MASSAGUER, José. (2002). “La cláusula de prohibición de la competencia desleal”. En: *Competencia desleal y defensa de la competencia*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 104-105.

32 Para mayor detalle en relación con las diferencias regulatorias en el marco de la legislación precedente, consultar: STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2009). Ibid.

33 A efectos de conocer una posición contraria que manifiesta dudas sobre la regulación de la actividad publicitaria a través de la disciplina de la represión de la competencia desleal, ver ALPA, Guido. (2004). *Derecho del Consumidor*. Lima, Gaceta Jurídica, p. 134.

34 Art. 6 de la LRCD.

A efectos de dar efectiva aplicación a su cobertura en materia publicitaria, la LRCO ha contemplado una definición extensiva de publicidad, incluida la publicidad en el producto mismo³⁵, en sintonía con tendencias predominantes en la materia:

“d) 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 concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales;

(...)

i) Publicidad en producto: a toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto. El rotulado no tiene naturaleza publicitaria, por lo que al no considerarse publicidad en producto está fuera del ámbito de aplicación de esta Ley”.

De lo antes citado, nos encontramos con una definición de publicidad que reconoce su intenso papel en la transferencia de información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. De este modo, se reconoce implícitamente su trascendente función en la transparencia del mercado, y se evidencia la necesidad de que la publicidad no sea vehículo de distorsión informativa respecto de las ofertas en el mercado. Asimismo, se reconoce su singular papel en la proyección de la imagen empresarial de los concurrentes en el mercado y en la formación del valor de las ofertas y de las marcas que las distinguen³⁶.

A efectos de la evaluación de las comunicaciones publicitarias³⁷ para la aplicación de la LRCO y de la cláusula general que ésta contiene, debe considerarse que la publicidad es una manifestación de la libertad de expresión³⁸ y “... vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú”³⁹. Sin embargo, debe siempre evitarse que, a través de ella, se afecte o limite el adecuado funcionamiento del proceso competitivo y/o el derecho a la información de los consumidores⁴⁰.

35 NODA YAMADA, Carlos Ramón. (2005). “Libertad de expresión, competencia y publicidad: consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa”. En: *Revista Ius et Veritas*. N°27. Lima.

36 ORTEGA MARTÍNEZ, Enrique. (2004). *La comunicación publicitaria*. Madrid, Pirámide.

37 Para abundar sobre las relaciones entre publicidad y comunicación, ver SANTAELLA LÓPEZ, Manuel. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Madrid, Thomson – Civitas, p. 17-22.

38 TATO PLAZA, Anxo. (1996). *La publicidad comparativa*. Madrid, Marcial Pons, p. 97-120.

39 Art. 19 de la LRCO.

40 MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso. (2003). “La publicidad”. En: *Derecho a la Información*. Barcelona, Ariel, p.462.

Asimismo, esta incorporación expresa de la actividad publicitaria bajo el ámbito de la disciplina de la represión de la competencia desleal tiene la virtud de reconocer que, en la publicidad, podrá utilizarse el humor, la fantasía y la exageración en la medida en que su utilización no configure un acto de competencia desleal⁴¹, tal como se ha definido previamente.

Finalmente, es de singular relevancia que la LRCD establezca necesariamente que toda pieza o campaña publicitaria debe ser *“... 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”* y que para tal efecto deberá atenderse a *“... todo el contenido de un anuncio, [...] considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario”*⁴² y que, en el caso de campañas publicitarias, éstas deben analizarse en su conjunto, sin dejar de prestar atención a las particularidades de los anuncios que las conforman.

1.1.4. Listado enunciativo de actos de competencia desleal⁴³

La Represión de la Competencia Desleal persigue el correcto y leal comportamiento de los empresarios en la realización de sus actividades económicas y, en tal sentido, tiene por finalidad sancionar los actos desleales.

Para que una conducta sea considerada como desleal, basta únicamente que contravenga la Cláusula General prevista en el art. 6 de la LRCD⁴⁴, es decir, que sea objetivamente contraria a la buena fe empresarial, siendo esta premisa la que tipifica en esencia los actos desleales⁴⁵.

41 Ver art. 20 de la LRCD. Esta disposición mejora la disposición contenida en el reglamento derogado del Decreto Legislativo N°691 y la eleva a rango de ley, constituyéndola como una garantía fundamental de la actividad publicitaria.

42 Ver art. 21 de la LRCD.

43 El presente ítem ha sido elaborado por Ivo GAGLIUFFI PIERCECHI. El autor agradece la colaboración de Carlos Rojas Klauer.

44 LRCD. *“Art. 6.- Cláusula general.-*

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

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

45 Resulta pertinente destacar que los alcances interpretativos de la Cláusula General de la LRCD han sido desarrollados expresamente por la Sala de Defensa de la Competencia en un Precedente de Observancia Obligatoria, el cual contiene los siguientes criterios: *“(i) la cláusula general contenida en el art. 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal constituye la tipificación expresa exigida por el art. 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal; y, (ii) las disposiciones del Capítulo II del Título II de la Ley sobre*

Ahora bien, el legislador ha considerado conveniente consignar adicionalmente un listado enunciativo o ejemplificativo de actos, a fin de orientar a los administrados con mayor certeza sobre las conductas que se entienden que infringen dicha Cláusula General⁴⁶, para lo cual emplea la siguiente clasificación: (i) actos que afectan la transparencia del mercado; (ii) actos vinculados a la reputación de otro agente económico; (iii) actos que alteran de forma indebida la posición competitiva; y, (iv) actos desarrollados mediante la actividad publicitaria.

LISTADO ENUNCIATIVO DE ACTOS DE COMPETENCIA DESLEAL

- Actos que afectan la transparencia del mercado:
 - Engaño.
 - Confusión.
- Actos indebidos vinculados a la reputación de otro concurrente:
 - Explotación indebida de la reputación ajena.
 - Denigración.
 - Comparación y equiparación indebida.
- Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena:
 - Violación de secretos empresariales.
 - Violación de normas.
 - Sabotaje.
- Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria.
 - Principio de autenticidad.
 - Principio de legalidad.
 - Principio de adecuación social.

Represión de la Competencia Desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa tanto a la Administración como a los administrados (...)". Resolución N°0455-2004/TDC-INDECOPI, emitida por el TDC con fecha 10 de septiembre del 2004, en los seguidos por Estudio Caballero Bustamante S.R.L. vs Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L., Pacífico Editores, Escuela de Investigación y Negocios S.A.C. y otros (Expediente N°032-2002/CCD).

46 Al respecto STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2007). Op. cit., señala que "...la cláusula general es el elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal pues cumple con el principio de tipicidad exhaustiva al contener la disposición que permite determinar la existencia de un acto de competencia desleal como prohibido (...). No obstante, su simple existencia no sería suficiente para lograr que el destinatario de las normas jurídicas logre el mayor grado de certeza posible sobre qué conductas se encuentran prohibidas".





a. Actos que afectan la transparencia del mercado

a.1. Actos de Engaño.

Referidos en el art. 8 de la LRCD⁴⁷, los Actos de Engaño son aquellos mediante los cuales se utiliza o difunde información incorrecta, falsa u omite la verdadera o realiza cualquier tipo de práctica que tenga por finalidad inducir a error a los consumidores, en relación a las características de algún servicio o producto. El engaño puede ejecutarse a través de la publicidad como en medios no publicitarios o incluso de forma verbal⁴⁸.

El engaño publicitario como acto de competencia desleal se configura cuando el proveedor anunciante realiza afirmaciones objetivas falsas u omite información relevante que engaña o induce a error a los consumidores sobre las características, propiedades o atributos de los productos o servicios que comercializa en el mercado, consistiendo la metodología de análisis en realizar una interpretación integral y superficial de la comunicación en cuestión para luego contrastar tal mensaje con la realidad y determinar la existencia o no de una discordancia que resulte engañosa⁴⁹.

47 LRCD. "Art. 8.- Actos de engaño.

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

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje".

48 Al respecto, ver BERCOVITZ, Alberto. (2002). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra, Editorial Aranzadi, p. 362, indica que "Los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a los consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una presentación que induce a error. Por ello la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdaderas, sobre las características de todo tipo de las prestaciones que se ofrecen, constituye un acto de competencia desleal. Para juzgar si el engaño existe, hay que considerar en su conjunto el mensaje que se transmite a la clientela potencial, las circunstancias en que ese mensaje se hace llegar a esa clientela y las propias características de la clientela. En definitiva, existe engaño siempre que las indicaciones o se destinan a atraer a los clientes potenciales inducen a error sobre las características de la prestación que se ofrece. Es importante destacar que el engaño puede provenir de la omisión de datos que debería conocer el cliente potencial y que son relevantes para su decisión".

49 Al respecto, DE LA CUESTA, José María. (2002). Op. cit., pp. 147. señala que "...la publicidad engañosa no sólo afecta a los destinatarios en cuanto que pueden verse frustrados si llegan a contratar con el anunciante, sino

a.2. Actos de Confusión

Referidos en el art. 9 de la LRCD⁵⁰, los Actos de Confusión son las conductas imitadoras desarrolladas por un agente, destinadas a confundir a los consumidores respecto de los productos, servicios, actividad o establecimiento de otro agente competidor, con la evidente finalidad de desviar a su favor la demanda de esta clientela como consecuencia de tal estrategia⁵¹.

Si bien todo agente económico tiene "derecho a imitar", esta prerrogativa no puede ejercerse de manera irrestricta, existiendo como límites, en primer lugar, que la prestación que pretende imitarse se encuentre protegida por un derecho de propiedad intelectual y, en segundo lugar, que se cumpla con el "deber de diferenciación", evitando que la imitación sea capaz de generar Confusión.

Asimismo, la confusión⁵² puede ser de dos (2) tipos: (i) Directa, cuando la confusión es tal que induce a error a los consumidores sobre el producto mismo, debido a la extrema similitud

que las informaciones engañosas perturban el buen funcionamiento del mercado, que ha de fundamentarse en informaciones verdaderas. Las de carácter publicitario se efectúan en el campo de la rivalidad competitiva, por eso, si estas informaciones publicitarias no son verdaderas se perturba el juego de la competencia".

50 LRCD. "Art. 9.- Actos de confusión.

9.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado respecto del origen empresarial de la actividad, el establecimiento, las prestaciones o los productos propios, de manera tal que se considere que estos poseen un origen empresarial distinto al que realmente les corresponde.

9.2.- Los actos de confusión pueden materializarse mediante la utilización indebida de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual".

51 Al respecto OTERO LASTRES, José Manuel. (1985). "Aproximación a la figura de la imitación servil". En: *Actas de Derecho Industrial*. Tomo 10. Madrid, Instituto de Derecho Industrial Universidad de Santiago de Compostela – Colegio Universitario de Estudios Financieros del Consejo Superior Bancario, pp. 65, 77-78, señala que "...se puede definir la imitación servil como el acto por virtud del cual un competidor, de un modo contrario a los usos honestos en materia industrial y comercial, imita la forma de los productos de otro empresario, hasta el punto de crear un riesgo de confusión en el mercado. (...) La existencia del riesgo de confusión exige los siguientes elementos: respecto del modelo base que es reproducido por el imitador, que sea reconocido por parte del público de los consumidores como procedente de un determinado origen empresarial, es decir, que reconozcan el producto por su forma; respecto del modelo resultante de la imitación, que tenga un parecido muy intenso con el modelo base; y respecto del público de los consumidores, que sean inducidos a error porque no diferencian los productos, bien porque, aun diferenciándolos, creen equivocadamente que entre los competidores existen lazos de organización o de tipo comercial, etc".

52 Resulta pertinente destacar que los Actos de Confusión y sus tipos han sido desarrollados expresamente por la Sala de Defensa de la Competencia en un Precedente de Observancia Obligatoria, el cual contiene los siguientes criterios:

"1.- El denominado 'derecho a imitar', que consiste en que un concurrente en el mercado puede lícitamente imitar las iniciativas empresariales de otro concurrente, constituye una de las manifestaciones de la libertad de iniciativa privada en materia económica, consagrada y protegida por art. 58 de la Constitución Política del Perú.



de la presentación y/o apariencia general de los bienes, es decir, cuando los consumidores adquieren un producto o contratan un servicio con la convicción de que corresponde a un determinado agente económico, pero en realidad se trata de un tercero; e, (ii) Indirecta, cuando los consumidores diferencian los productos, pero la confusión les hace creer que tienen el mismo origen empresarial, debido a algunas similitudes.

Finalmente, el "deber de diferenciación" se evaluará teniendo en cuenta si la presentación o apariencia de los productos imitados es capaz de identificar el origen empresarial; si la presentación o apariencia no es indispensable para comercializar el producto en el mercado; si la presentación o apariencia no es estándar en el mercado; y, si la apariencia puede ser evitada por los competidores sin incurrir en costos de diferenciación elevados.

Sin embargo, el denominado 'derecho a imitar' no puede ser ejercido por las empresas de modo irrestricto, debe ser ejercido respetando los límites que el ordenamiento jurídico establece.

2.- Un primer límite a la imitación consiste en el respeto que los concurrentes en el mercado deben tener por los derechos de propiedad intelectual de terceros, como es el caso de las marcas que otorgan protección sobre determinados signos, de patentes que otorgan protección sobre determinadas invenciones y de titularidades de derechos de autor que otorgan protección sobre determinadas obras, entre otros. Mediante los derechos de propiedad intelectual, el titular de un signo, invención u obra goza de una protección tal que la imitación de otro concurrente respecto de estos elementos es ilícita, según lo precisado por las normas en la materia.

3.- Un segundo límite a la imitación consiste en el 'deber de diferenciación' que corresponde a los concurrentes en el mercado. Este deber es exigido por las normas que reprimen la competencia desleal y significa que, si bien los concurrentes tienen 'derecho a imitar', tienen como contraparte la obligación de evitar, en observancia de la buena fe comercial, que alguna imitación sea capaz de: i) generar confusión respecto del origen empresarial de los bienes o servicios que colocan en el mercado, así como sobre los establecimientos utilizados para tal fin; ii) conllevar que el concurrente imitado no pueda diferenciarse o afirmarse en el mercado por causa de una imitación sistemática; o, iii) significar una explotación indebida de la reputación que corresponde a otro concurrente en el mercado. Estas tres conductas son consideradas contrarias a la buena fe comercial que rige las actividades comerciales y son ejemplificadas como actos de competencia desleal, respectivamente, en los art. 8, 13 y 14 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, siendo prohibidas por el art. 6 de la misma ley, que constituye la tipificación expresa exigida por el art. 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General para aplicar las sanciones correspondientes.

4.- En particular, sobre los actos de confusión respecto del origen empresarial, cabe precisar que la confusión puede ser de tres tipos: a) directa, b) indirecta y c) de riesgo asociativo. En los tres casos bastará que exista un riesgo de confusión para considerar la conducta como un acto de competencia desleal.

La confusión directa ocurre cuando los consumidores pueden asumir que los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado guardan identidad con los que corresponden a otro concurrente, viéndose inducidos a error por no ser ello cierto. Esta confusión podría ocurrir a causa de una extrema similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, los servicios o los establecimientos en cuestión. La confusión indirecta ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar claramente bienes, servicios o establecimientos distintos, pero pueden pensar, equivocadamente, que pertenecen al mismo concurrente en el mercado, cuando en realidad pertenecen a dos concurrentes distintos. Esta confusión podría ocurrir a causa de algunas similitudes en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

La confusión en la modalidad de riesgo de asociación ocurre cuando los consumidores pueden diferenciar los bienes, servicios o establecimientos de un concurrente en el mercado frente a los de otro concurrente, pero pueden, como consecuencia de la similitud existente entre algunos elementos que caracterizan las ofertas de ambos, considerar que entre estos existe vinculación económica u organizativa, cuando en realidad dicha vinculación no existe. Esta confusión podría ocurrir a causa de una mínima similitud en signos, presentación o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos en cuestión.

b. Actos indebidos vinculados con la reputación de otro agente económico.

b.1. Actos de Explotación Indebida de la Reputación Ajena

Referidos en el art. 10 de la LRCD⁵³, los Actos de Explotación Indebida de la Reputación Ajena son aquellas conductas imitadoras desarrolladas por un agente destinadas a aprovecharse de la reputación comercial o profesional (*goodwill*) o del esfuerzo económico y/o intelectual desplegado por otro agente competidor, también con la evidente finalidad de desviar a su favor la demanda de esta clientela como consecuencia de tal estrategia⁵⁴.

Dentro de este tipo de acto desleal, la LRCD comprende incluso la figura del Riesgo de Asociación, la cual se produce cuando los consumidores diferencian claramente el origen empresarial de los productos, pero creen que existe vinculación económica entre las empresas, debido a mínimas similitudes.

5.- Finalmente, a efectos de evaluar si se produce un acto de confusión respecto de elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, la autoridad administrativa, para determinar si un concurrente ha infringido el 'deber de diferenciación' que le es exigible, debe evaluar fundamentalmente que los signos, presentación y/o apariencia general de los bienes, servicios o establecimientos que corresponden al concurrente presuntamente afectado por la imitación, cuando menos: i) sean capaces individualmente o en conjunto de generar un efecto identificador del origen empresarial y diferenciador de la oferta de este concurrente frente a los demás concurrentes en el mercado; ii) no sean una respuesta a necesidades propias de la actividad económica que este concurrente realiza; iii) no sean un estándar en el mercado; y, iv) conformen una apariencia que pueda ser evitada por los demás concurrentes sin incurrir en elevados costos de diferenciación". Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi con fecha 05 de octubre del 2005, en los seguidos por Bembo's S.A.C. vs Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L. (Expediente N°104-2004/CCD).

53 LRCD. "Art. 10.- Actos de explotación indebida de la reputación ajena.

10.1.- Consisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero.

10.2.- Los actos de explotación indebida de la reputación ajena pueden materializarse mediante la utilización de bienes protegidos por las normas de propiedad intelectual".

54 MASSAGUER, José. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, Civitas Ediciones S.R.L., pp. 364-365, señala lo siguiente: "La explotación de la reputación ajena constituye uno de los supuestos clásicos y característicos de deslealtad frente al competidor. Bajo este aspecto, su ilicitud se funda en el recurso a la fama o reputación ajenas para presentar la propia oferta en el mercado y atraer así a la clientela (...), de donde se sigue o puede seguir una doble ineficiencia: el expolio del esfuerzo de un tercero y la obstaculización de su actividad. En el primer sentido, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena permiten una apropiación ilegítima de lo que en definitiva no es sino el resultado del esfuerzo ajeno (pues no en vano la creación y el mantenimiento de la reputación no es fruto de la casualidad, sino de cuidadas e intensas estrategias cuya puesta en práctica requiere importantes inversiones en términos de costo y tiempo), y por tanto un asalto o usurpación de la ventaja concurrencial ganada por un tercero con dedicación y empeño y a la que no tienen acceso la generalidad de los operadores de mercado. (...). En el segundo sentido, y en su caso sobre lo anterior, los actos de aprovechamiento de la reputación ajena impiden al tercero afectado el normal desenvolvimiento de su activi-

Para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de Explotación Indevida de la Reputación Ajena se requieren dos condiciones: (i) la preexistencia de una reputación asociada a un bien, servicio, marca o algún aspecto de la actividad empresarial de un agente económico, que resulte identificable para los consumidores; y, (ii) una conducta que explote esta reputación y cuyo efecto sea vincular la prestación de dicho agente con la prestación propia, sin que dicha vinculación exista en la realidad⁵⁵.

b.2. Actos de Denigración

Referidos en el art. 11 de la LRCD⁵⁶, los Actos de Denigración son aquellos que están en capacidad de transmitir un mensaje que tiene como objeto o efecto, real o potencial, menoscabar, desprestigiar, afectar y/o ridiculizar a un determinado competidor aludido, a través de declaraciones que contienen afirmaciones falsas y/o inexactas y/o impertinentes en la forma (empleo de desprecio, ridículo, ironía, sátira, burla o sarcasmo injustificado contra el agente aludido) y/o impertinentes en el fondo (referencia a características de tono estrictamente personal del agente aludido vinculadas con su nacionalidad, religión, entre

dad en el mercado, el pacífico disfrute de las oportunidades de negocio que procura la propia reputación en el segmento de mercado en que opera, cuando no le exponen derechamente a su pérdida como consecuencia de su usurpación y prevalencia por otro para entrar en segmentos distintos del mismo mercado. (...) la reputación es igualmente una fuente de información para el mercado, y los elementos a que se encuentra asociada y cuya utilización se halla en la base de la explotación de la reputación ajena son mecanismos de transmisión de información, que el consumidor valora en un doble momento: en el momento de formar sus preferencias y adoptar sus decisiones en el mercado (...) y, posteriormente, transmitiendo socialmente una determinada imagen que el consumidor quiere ofrecer de sí mismo. Siendo ello así, la reputación no sólo constituye un destacado activo concurrencial sino que, desde la óptica de los consumidores y del funcionamiento del mercado, promueve también sin duda la racionalidad de la conducta del consumidor”.

55 Resolución N°0191-2011/SC1-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia N°1 del Tribunal del INDECOPI, con fecha 27 de enero del 2011, en los seguidos por Disal Perú S.A.C. vs Diamire S.R.L. (Expediente N°226-2009/CCD).

56 LRCD. “Art. 11.- Actos de denigración.

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;*
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;*
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,*
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.*

otras) y, de este modo, impedir u obstaculizar la permanencia y/o desarrollo del competidor aludido y/o de sus productos o servicios en el correspondiente segmento de mercado.

En realidad, el principal bien jurídico protegido contra los actos desleales de denigración no lo constituye la reputación o el crédito de la persona o los productos y servicios del competidor denigrado, ni la influencia del acto sobre los consumidores -aunque son sumamente importantes- sino, esencialmente, la competencia económica que debe regir el mercado en sí, puesto que mediante dichos actos se trasgrede el principio de leal competencia, al servirse el denigrador de métodos desleales que impiden una formación racional en la toma de decisiones por parte de los consumidores, desincentivando el esfuerzo propio de los agentes económicos y fomentando el indebido recurso de desacreditar el esfuerzo de los demás (que influye en la obtención de reputación) para posicionarse en el mercado, características que desnaturalizan la competencia, sin perjuicio que, en nuestra opinión, la denigración en sí resulta repudiable por el mero hecho de que implica un ataque innecesario y, además, porque podría institucionalizar como conducta racional la agresión indebida en las actividades económicas, influyendo directamente en el aspecto cultural de una nación⁵⁷.

Ahora bien, una vez determinado el contenido del mensaje, entonces debe evaluarse si el mismo tiene carácter denigratorio o no, siendo esta etapa la que depara la mayor problemática pues, en muchas ocasiones, los anunciantes, conscientes sobre la ilicitud de su conducta, estructuran el mensaje de tal forma que no resulte denigratorio por obviedad, empleando una gran sutileza al denigrar. Así, el mensaje denigratorio debe ser juzgado desde un triple condicionamiento comprendido en la denominada regla de la *exceptio veritatis*, según la cual, si el mensaje acusado de denigratorio es verdadero, exacto y pertinente, entonces no será considerado como un acto desleal; por el contrario, bastará que dicho mensaje no cumpla con una de tales condiciones para ser considerado denigratorio y sancionado como un acto de competencia desleal.

La primera condición consiste en determinar si la afirmación del denigrador se sustenta en un hecho verdadero o falso, de tal manera que si es falso será considerado denigratorio *a priori*,

57 Según MASSAGUER, José. (1999). Op. cit., p. 294. *“Aun cuando la represión de la denigración como acto desleal puede considerarse pieza de un Derecho general de protección de la reputación de las personas, no puede desconocerse que el bien jurídico protegido inmediatamente por el Derecho contra la competencia desleal no es la reputación en sí misma considerada, sino la competencia económica. En este contexto, en efecto, la protección de la reputación se explica por cuanto tiene de necesario para asegurar un mercado altamente competitivo y transparente y, en particular, para asegurar la racional formación de las preferencias y toma de decisiones de mercado por parte de los consumidores, así como el éxito basado en la eficiencia de sus propias prestaciones por parte de los agentes económicos que concurren en el mercado”*.



siendo irrelevante demostrar su exactitud o pertinencia, pues será notoria la deslealtad del anunciante, no pudiendo alegar desconocimiento o negligencia ya que la publicidad conlleva un enorme grado de responsabilidad, la cual es mayor cuando se realizan afirmaciones sobre un tercero. Ahora bien, si la afirmación del denigrador es verdadera, entonces deberá procederse a determinar si es exacta y pertinente.

La segunda condición consiste en determinar si la afirmación contenida en el mensaje denigratorio es exacta o no. Esta condición es ciertamente difícil de separar respecto de la condición de verdad pues, aplicando la lógica, lo que es exacto es verdadero y, en tal sentido, podría sostenerse que el condicionamiento de veracidad y exactitud respecto de las afirmaciones contenidas en un mensaje denigratorio, lejos de reflejar pautas diferentes, consisten en una tautología. Sin embargo, la exactitud puede separarse de la veracidad en mérito de la apreciación que perciban los destinatarios del mensaje; es decir, que si bien la afirmación puede ser exacta, no transmite un mensaje que se corresponda enteramente con la realidad de las cosas o, en otras palabras, que reproduzca un panorama sesgado sobre la afirmación que desea transmitir, como sería el caso de difundir encuestas de consumidores verdaderas sosteniendo supremacía en un segmento del mercado en desmedro del competidor, pero luego de un período en que dichas estadísticas ya no reflejarían la correcta distribución del mercado debido al eventual repunte de éste⁵⁸.

La tercera condición consiste en determinar si la afirmación contenida en el mensaje denigratorio, a pesar de su eventual veracidad y exactitud, es pertinente o no. La pertinencia dependerá del hecho de que el mensaje contenga información relevante o valiosa para sus destinatarios o, en todo caso, en el carácter de las afirmaciones, es decir, en la moderación o no al emplear términos, expresiones o situaciones reales o ficticias que hagan referencia expresa o tácita sobre aspectos vinculados con las actividades del competidor o incluso con aspectos estrictamente personales, situación que, por lo general, está relacionada con el uso del humor, la fantasía o la exageración, vías que pueden ser cuestionables por su desproporción, siendo ofensivas o denigrantes. Cabe advertir que cuando la impertinencia es de fondo, es decir, cuando la denigración se refiere a aspectos de tono estrictamente personal

58 Por ejemplo, en un caso puntual el TDC señaló lo siguiente: *"...de un análisis de la citada información se concluye, al igual que lo hizo la Comisión, que infringe el principio de veracidad y no denigración en la publicidad comparativa contenidos en el art. 8 de la Ley de Publicidad; puesto que al utilizar las cifras de lectoría de diferentes períodos de El Tiempo en unidades distintas, sin informarle, se indujo a error al consumidor y se desacreditó al diario El Tiempo"*. Resolución N°185-2001-TDC-INDECOPI, del 12 de mayo del 2001, en los seguidos por Diario El Tiempo S.A. vs Editora Correo S.A.

del aludido, entonces siempre será sancionable la conducta, esto es, no funcionará la regla de la *exceptio veritatis*⁵⁹.

b.3. Actos de Comparación y Equiparación Indevida

Referidos en el art. 12 de la LRCD⁶⁰, los Actos de Comparación son aquellos en los que un agente económico contrasta las ventajas de su oferta frente a la oferta competidora; mientras que en los Actos de Equiparación lo que ocurre es una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. En ambos supuestos se toman en cuenta los requisitos de licitud establecidos para la configuración de un Acto de Denigración⁶¹.

59 FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1989). *Estudios de Derecho de la Publicidad. Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, Catedrático de Derecho Mercantil nos XXV años de cátedra*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, pp. 93-95, enseña que: “La alusión a las mercancías o servicios de un competidor se produce en diversas modalidades publicitarias. El empresario anunciante puede decir lisa y llanamente que la mercancía ajena es de mala calidad o presenta ciertos inconvenientes, en cuyo caso nos encontramos ante la denigración publicitaria. (...) Cuando en los anuncios de un empresario se alude a la conducta o a las características personales del competidor, la publicidad adquiere un tono personal”.

Por su parte, MASSAGUER, José. (1999). Op. cit., pp. 305-306, explica que la prohibición de la publicidad de tono estrictamente personal se basa en un doble objetivo: “De un lado y como sucede con carácter general en el ámbito de la denigración, se trata de salvaguardar la razonabilidad económica del comportamiento de los consumidores: estas manifestaciones de tono estrictamente personal, en efecto y como principio, no procuran datos acerca del valor de las actividades, productos o servicios o establecimientos, esto es, no recaen sobre los extremos en que se funda el mérito de las prestaciones de los oferentes, la maximización de las utilidades de los demandantes y el funcionamiento eficiente del mercado. De otro lado, tras esa reacción no puede dejar de apreciarse una particular manifestación de la tutela constitucional de la dignidad e intimidad de las personas: la *exceptio veritatis* es inhábil para amparar un menoscabo de la dignidad o una intromisión en la vida íntima o en la vida privada de las personas”.

60 LRCD. “Art. 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarían actos de competencia desleal”.

61 Sobre la distinta naturaleza de los actos de Comparación y Equiparación Indevida, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi estableció el siguiente criterio: “...si bien es cierto que ambas -la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva- contienen una referencia conjunta al producto anunciado y al producto competidor, es más cierto aún que en la publicidad comparativa, la finalidad de dicha referencia conjunta es la diferenciación de ambas ofertas a fin de resaltar las ventajas propias frente a las desventajas del competidor; mientras que, por el contrario, 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”. Resolución N°0547-2003/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal con fecha 10 de diciembre del 2003, en los seguidos por The Coca Cola Company vs EDJ y Panorama Internacional S.A. (Expediente N°051-2002/CCD).



En tal sentido, los Actos de Comparación serán considerados ilícitos si, entre otros supuestos, denigran al competidor aludido en la respectiva pieza publicitaria (Publicidad Comparativa Denigratoria). Los Actos de Comparación Indevida en la modalidad de Publicidad Comparativa Denigratoria consisten en aquellos casos en los cuales el proveedor anunciante realiza publicidad comercial mediante la que presenta las ventajas de su propia oferta comparándola con la oferta de un competidor, quien es aludido de manera inequívoca, directa o indirectamente, ya sea por hacer referencia a su nombre, productos, signos distintivos, entre otros elementos que permitan su identificación, pero conteniendo un mensaje que tiene como objeto o efecto, real o potencial, menoscabar, desprestigiar, afectar y/o ridiculizar a tal competidor aludido, empleando en sus anuncios frases y/o imágenes de tono despectivo, peyorativo o denigratorio por las vías del desprecio, el ridículo, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado; y, de este modo, impedir u obstaculizar la permanencia y/o desarrollo del competidor aludido y/o de sus productos o servicios en el correspondiente segmento de mercado.

Por su parte, los Actos de Equiparación serán considerados ilícitos cuando la adhesión a la oferta ajena incumpla con la regla de *exceptio veritatis*; es decir, que sea falsa, inexacta o impertinente en la forma o en el fondo. Ahora bien, nótese que el legislador ha establecido un requisito esencial previo *sine qua non* para determinar si se está o no ante un caso de equiparación y recién, a partir de ello, analizar si tal equiparación es indevida o no. En efecto, el requisito esencial previo consiste en que se concluya que en el anuncio denunciado se haga "alusión inequívoca, directa o indirecta" a la oferta de un determinado agente económico.

Resulta indispensable revisar la definición del término "inequívoca" el cual, según la Real Academia Española, se constituye en un adjetivo que significa lo siguiente: "*Que no admite duda o equivocación*".⁶² En ese orden de ideas, entonces sólo podrá considerarse que estamos ante una eventual equiparación, lícita o ilícita, si existe una alusión inequívoca a un determinado agente económico, es decir, una referencia directa o indirecta que no admite ninguna clase de duda ni posible equivocación. En otras palabras, si existe alguna clase de duda o margen de posible equivocación acerca del agente económico presuntamente aludido, entonces la referencia no será "inequívoca" y, por tanto, no se superará este requisito esencial previo, desestimándose la acusación del agente económico supuestamente aludido.

62 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 6. Madrid, Espasa, p. 860.

c. Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena.

c.1. Actos de Violación de Secretos Empresariales

Referidos en el art. 13 de la LRCD⁶³, para que se configure un acto desleal en la modalidad de Violación de Secretos⁶⁴ Empresariales se exigen como presupuestos, por un lado, la existencia de un secreto comercial o industrial susceptible de protección y, por otro lado, la divulgación, explotación o adquisición de dicho secreto sin autorización de su titular, ya sea por parte de quien tuvo acceso legítimamente a dicha información pero con un deber de reserva o por quien accedió a ella de forma ilegítima a través de espionaje industrial o inducción al incumplimiento del deber de reserva.

Asimismo, el art. 260 de la Decisión N°486 de la Comisión de la Comunidad Andina sobre el Régimen Común sobre Propiedad Industrial, establece los requisitos para que una información

63 LRCD. "Art. 13.- Actos de violación de secretos empresariales.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, lo siguiente:

- a) Divulgar o explotar, sin autorización de su titular, secretos empresariales ajenos a los que se haya tenido acceso legítimamente con deber de reserva o ilegítimamente;
 - b) Adquirir secretos empresariales ajenos por medio de espionaje, inducción al incumplimiento de deber de reserva o procedimiento análogo".
- 64 Sobre el particular, MASSAGUER, José. (1999). Op. cit., p. 393, indica que "La tipificación de la violación de secretos entre los actos de competencia desleal no ha establecido una protección de los secretos empresariales que permita a su titular excluir a cualquier tercero de todo contacto con ellos, sino sólo un mecanismo para reprimir ciertas conductas –en particular, la adquisición, divulgación y explotación de secretos empresariales- que no son concurrencialmente reprochables por sí mismas, sino por las circunstancias en que tienen lugar". Por su parte, en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial establecidos mediante Resolución N°001-2001-LIN-CCD/INDECOPI, se señala que: "Para que una información sea considerada secreto comercial, debe darse las siguientes condiciones: (i) verificarse la existencia de un conocimiento que verse sobre cosas, procedimientos, hechos, actividades y cuestiones similares; (ii) que dicho conocimiento tenga carácter de reservado o privado, porque sus titulares han optado voluntariamente por no hacerlo accesible a terceros; (iii) que dicho secreto recaiga sobre procedimientos o experiencias industriales o comerciales, o esté relacionado con la actividad de la empresa o su parte organizativa; (iv) que los titulares del secreto tengan voluntad e interés consciente de mantenerlo reservado, adoptando las medidas necesarias para ello; y, (v) que la información tenga 'un valor comercial', efectivo o potencial, en el sentido que su conocimiento, utilización o posesión permite una ganancia, ventaja económica o competitiva sobre aquellos que no la poseen o no la conocen. Conforme a lo expuesto, podría constituir secreto comercial cualquier tipo de información sea técnica, comercial o de negocios, incluyendo procesos secretos, fórmulas, programas, especificaciones de productos, dibujos, planes de comercialización, listas de clientes, programas de computadoras, información de investigación y desarrollo, planes especiales de precio, información sobre costos o cualquiera otra información confidencial, siempre que se cumpla con los requisitos a los cuales se ha hecho referencia en los párrafos precedentes. La Sala ha establecido que el secreto comercial también se encuentra relacionado con la actividad comercial o financiera de una empresa y que no sólo se trata de datos relacionados con los conocimientos tecnológicos, sino de informes confidenciales que, sin ser considerados secretos, son mantenidos celosamente en reserva".



pueda ser considerada como secreto empresarial: (i) que la información sea secreta: en el sentido que como conjunto en la configuración y reunión precisa de sus componentes, no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible por quienes se encuentran en los círculos que normalmente manejan información respectiva; (ii) que tenga un valor comercial por ser secreta; y, (iii) que haya sido objeto de medidas razonables tomadas por su legítimo poseedor para mantener el secreto.

c.2. Actos de Violación de Normas

Referidos en el art. 14 de la LRCD⁶⁵, el primer supuesto de este acto desleal es la Violación de Normas Imperativas, el cual consiste en la obtención de una ventaja competitiva significativa por parte de un competidor, derivada de la inobservancia del ordenamiento jurídico, en desmedro de los demás agentes económicos en el mercado que sí han iniciado o desarrollado sus actividades económicas en estricto cumplimiento de los preceptos legales vigentes⁶⁶. Por

65 LRCD. "Art. 14.- Actos de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

14.2.- La infracción de normas imperativas quedará acreditada:

a) Cuando se pruebe la existencia de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que determine dicha infracción, siempre que en la vía contencioso administrativa no se encuentre pendiente la revisión de dicha decisión; o,

b) Cuando la persona concurrente obligada a contar con autorizaciones, contratos o títulos que se requieren obligatoriamente para desarrollar determinada actividad empresarial, no acredite documentalmente su tenencia. En caso sea necesario, la autoridad requerirá a la autoridad competente un informe con el fin de evaluar la existencia o no de la autorización correspondiente.

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al art. 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial".

66 Sobre el particular, el TDC emitió un Precedente de Observancia Obligatoria con la finalidad de delimitar la identificación de la mencionada práctica desleal. En efecto, el citado criterio jurisprudencial ha establecido expresamente lo siguiente: "La Ley sobre Represión de la Competencia Desleal tiene como objetivo salvaguardar la leal competencia en el mercado. El concepto de lealtad establece el límite entre lo que resulta tolerable por el sistema legal como una práctica propia de la concurrencia justa en el mercado y aquella otra conducta excesiva que constituye una infracción que merece ser sancionada. La competencia prohibida es una situación excepcional que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Para que se configure la competencia prohibida, la sola concurrencia en el mercado debe encontrarse negada y ser ilícita, no teniendo relevancia si la actividad realizada en el mercado se encuentra ajustada o no a la buena fe comercial. La concurrencia en el mercado sin las autorizaciones legales correspondientes no constituye competencia prohibida, sino que configura competencia desleal en la modalidad de violación de normas, cuando la ventaja competitiva obtenida es significativa. Lo ilícito no es el hecho de concurrir en el mercado sino la obtención de una ventaja competitiva significativa indebida derivada de no sujetarse al marco legal vigente. La realización de actividades económicas se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos legales, tales como autorizaciones, licencias o, en algunos casos, contratos de autorización entre agentes privados. La omi-

otro lado, de conformidad con los criterios jurisprudenciales vigentes, únicamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, los órganos funcionales del Indecopi requerirán de una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal, de conformidad con la normativa sectorial respectiva⁶⁷.

El segundo supuesto de este acto desleal es la Actividad Empresarial Estatal No Subsidiaria. Al respecto, el art. 60 de la Constitución señala que la intervención del Estado en la actividad empresarial es excepcional y únicamente puede realizarse si la actividad está autorizada por ley expresa, es subsidiaria y responde a un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para su implementación.

De acuerdo con la jurisprudencia del TDC debe seguirse una metodología de análisis para los casos de actos de competencia desleal en la modalidad de Violación de Normas por Actividad Estatal Empresarial No Subsidiaria⁶⁸. En tal sentido, las premisas que configuran el referido acto de competencia desleal son las siguientes:

- La actividad debe estar autorizada por ley expresa. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una "ley expresa" aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. La referida ley debe señalar claramente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación. Asimismo, la ley

sión, negativa o imposibilidad de exhibir o entregar las referidas autorizaciones, licencias o contratos, evidencia la existencia de la infracción del ordenamiento que exige contar con éstas. Únicamente cuando el procedimiento trate sobre una infracción distinta al incumplimiento de requisitos legales para la realización de actividades económicas, existirá incertidumbre sobre la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por lo que se requerirá una decisión previa y firme de la autoridad competente en la materia que verifique una infracción al marco legal cuya vigilancia le ha sido encomendada".

Resolución N°0566-2005/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia con fecha 18 de mayo del 2005, en los seguidos por Asociación Gas LP Perú vs Envasadora Alfa Gas S.A. (Expediente N°015-2004/CCD). Cabe señalar que dicho criterio jurisprudencial modificó a su vez el Precedente de Observancia Obligatoria contenido en la Resolución N°0493-2004/TDCINDECOPI, emitida por la misma Sala con fecha 22 de septiembre del 2004, en los seguidos por Turismo Civa S.A.C. vs Expreso Cial S.A.C. (Expediente N°024-2004/CCD).

67 KRESALJA, Baldo. (2005). "Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitirsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)". En: *Themis, Revista de Derecho*. N°50. Lima, pp. 15-16, señala lo siguiente: "...en general, la violación de cualquier norma susceptible de provocar ahorros que permitan al empresario trasladarlos a la lucha concurrencial obteniendo ventajas y rompiendo el principio de igualdad, cae bajo el supuesto desleal de violación de normas. Así, tenemos los supuestos de economía sumergida, subterránea o informal, en la cual pueden violarse normas fiscales (fraude tributario); aduaneras; laborales (legislación sobre higiene y seguridad, por ejemplo); y en general las normas que regulan la producción de bienes y servicios (normas técnicas obligatorias, protección del medio ambiente, etc.)".

autoritativa debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma. Cabe precisar que no constituye actividad empresarial y se excluyen de la limitación constitucional: i) el ejercicio de potestades de *ius imperium* o atribuciones soberanas; y, ii) la prestación de servicios asistenciales. Finalmente, solo en caso que la empresa o entidad estatal no cuente con una ley expresa que autorice la actividad empresarial realizada, ya no será necesario que la Comisión analice la subsidiaridad con la que dicha actividad es realizada.

- Se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial.
- La actividad empresarial estatal cuestionada debe cumplir un objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La Comisión no puede discutir si la actividad empresarial satisface un objetivo de tal naturaleza, por lo que se limita a comprobar que la ley que autoriza la actividad señale la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. En caso la ley no precise la justificación se habrá incumplido con este requisito. Por lo tanto, la actividad empresarial sería ilícita.

.c.3. Actos de Sabotaje Empresarial

Referidos en el art. 15 de la LRCD⁶⁹, los Actos de Sabotaje Empresarial o boicot son aquellos desplegados por un agente económico (boicoteador) con la finalidad de interferir, directa o indirectamente, en las relaciones comerciales de otro (boicoteado) con terceros contrapartes (destinatario del boicot), impidiéndolas o entorpecióndolas injustificadamente por medios distintos a la eficiencia competitiva, generándole un perjuicio económico que puede implicar desde el incremento de costos de transacción o la frustración del negocio en cuestión hasta, en casos extremos, su eliminación del mercado.

68 Resolución N°3134/2010/SC1-INDECOPI, emitida por el TDC con fecha 29 de noviembre del 2010, en los seguidos por Pollería El Rancho II E.I.R.L. vs. Universidad Nacional del Altiplano - Puno (UNAP).

69 LRCD. "Art. 15.- Actos de sabotaje empresarial.

15.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, perjudicar injustificadamente el proceso productivo, la actividad comercial o empresarial en general de otro agente económico mediante la interferencia en la relación contractual que mantiene con sus trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, y que tengan como efecto inducir a estos a incumplir alguna prestación esencial o mediante una intromisión de cualquier otra índole en sus procesos o actividades.

15.2.- Los actos que impliquen ofrecer mejores condiciones de contratación a los trabajadores, proveedores, clientes o demás obligados con otro agente económico, como parte del proceso competitivo por eficiencia, no constituyen actos de sabotaje empresarial".

En otras palabras, los Actos de Sabotaje Empresarial o boicot pueden ser definidos como la negativa o el rechazo organizado por un sujeto o grupo de sujetos para dificultar la implementación o desarrollo de la actividad económica de otro sujeto o grupo de sujetos, mediante la instigación o requerimiento a terceros para que no tenga relaciones comerciales con su competidor, salvo que ello se derive de mejores condiciones comerciales.

Para la configuración del Acto de Sabotaje Empresarial o boicot se requiere la intervención de tres sujetos, a saber: (i) el boicoteador, quien es el que instiga a un tercero a obstaculizar la implementación o desarrollo de la actividad comercial del competidor; (ii) el receptor del boicot, quien es el que materializa la conducta obstaculizadora; y (iii) el boicoteado o competidor que sufre el perjuicio del acto de boicot⁷⁰.

d. Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria

d.1. Actos contra el Principio de Autenticidad

Referidos en el art. 16 de la LRC⁷¹, conforme al Principio de Autenticidad, todo anunciante está en la obligación de informar claramente que su anuncio se constituye como una publicidad comercial. Esta obligación es especialmente enfatizada cuando el anuncio

70 EMPARANZA, Alberto. (2000). *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Madrid, Civitas Ediciones S.L., pp. 30-31, define la figura del sabotaje empresarial (boicot) en los siguientes términos: "...conviene, por tanto, en primer lugar precisar la noción técnico-económica del boicot a fin de desechar cualquier otro comportamiento próximo que carezca de los rasgos propios de dicha figura. La indagación se centra en el estudio del llamado boicot económico, cuya denominación se basa en que es exclusivamente en el plano económico en el que despliega sus efectos. Supone una intromisión en las relaciones comerciales, como se infiere de que su objetivo principal es promover la ruptura de tales vínculos. Lo relevante, a estos efectos, es que el boicot ha de repercutir de algún modo en la situación económica del operador económico contra quien se dirige, con independencia de los fines que persiga su instigación (políticos, religiosos, sociales, culturales, etc.). En una aproximación inicial, el fenómeno del boicot económico se caracterizaba porque tenía como finalidad principal eliminar a un competidor de las relaciones comerciales que tuviera con los clientes del instigador. Pero paulatinamente se observa en este tipo de acuerdos un componente perjudicial que rebasa el marco de las relaciones comerciales entre competidores. En efecto, se comienza a poner de relieve que no sólo se ven afectados los intereses del sujeto contra quien se dirige en última instancia dicha actuación, sino también la institución de la competencia en general, como garante de la existencia de un mercado libre y transparente en interés de la colectividad".

71 LRC⁷¹. "Art. 16.- Actos contra el principio de autenticidad.
16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.
16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publisreportaje o un anuncio contratado".

publicitario se trasmite mediante un soporte equiparable o asimilable a una nota periodística, debido a que existe la posibilidad de que los consumidores confundan tal anuncio con un reportaje periodístico, lo cual implicaría que la información publicitaria que tiene una evidente naturaleza de declaración de parte interesada, pueda ser asumida como información imparcial brindada por un medio periodístico como tercero objetivo.

Para evitar que un anuncio publicitario con formato de noticia difundido en un medio periodístico pueda ser considerado como parte de la información objetiva de dicho medio, el legislador ha establecido que esta clase de anuncios consignen el término "Publirreportaje" o "Anuncio Contratado" en el mismo tipo y dimensión de la letra utilizada en el texto del anuncio. Así el legislador persigue evitar que la imaginación de los anunciantes o de los publicistas que los asesoran pretenda emplear otros términos que podrían evadir la necesidad de que un anuncio publicitario sea identificado claramente como tal, a pesar de ser similar a las noticias periodísticas⁷².

En síntesis, deben verificarse las siguientes condiciones para que se aplique una sanción en este supuesto, a saber: (i) que exista un anuncio publicitario; (ii) que el anuncio publicitario resulte similar a las noticias periodísticas; y, (iii) que el anuncio publicitario no haya sido identificado con el término "Publirreportaje" o "Anuncio Contratado", e incluso si se utilizó alguno de estos términos, que éste no se haya consignado en el mismo tipo y dimensión de letra utilizada en el texto del anuncio.

d.2. Actos contra el Principio de Legalidad

Referidos en el art. 17 de la LRC⁷³, el Principio de Legalidad consiste en observar el cumplimiento de normas imperativas del sistema jurídico que resultan aplicables a la actividad

72 Sobre estas disposiciones ver MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. (2006). "Análisis del Principio de Autenticidad desde el Ordenamiento Jurídico Peruano (art. 6)". En: ESPINOZA, Juan y STUCCHI, Pierino. (2006). *Normas de Publicidad*. Lima, Editorial Rodhas, pp. 176-179, señala lo siguiente: "...si se está ante un Publirreportaje que no contiene en su diagramación los términos "publirreportaje" o "anuncio contratado" (en el mismo tipo y dimensión de la letra utilizada en el texto), el mismo deberá ser considerado per se ilícito, incluso si es perfectamente reconocible como anuncio publicitario por un consumidor razonable, en este caso, por contrariar el art. 7 del Reglamento de la Ley de Publicidad. (...) nuestro ordenamiento jurídico no se ha limitado a obligar a los empresarios a hacer que sus anuncios sean inequívocamente identificables como tales por los consumidores y mucho menos ha dejado a ellos la elección del elemento (denominativo y/o figurativo) que colaborará con la dilución de aquella equivocada impresión inicial que el consumidor tenga del mensaje publicitario aparentemente informativo. Por el contrario, el legislador ha especificado los únicos términos que, para tal efecto, deberán emplearse en todo publirreportaje, siendo la utilización de los mismos, valga la reiteración, obligatoria y su omisión per se ilícita".

73 LRC. "Art. 17.- Actos contra el principio de legalidad. 17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

publicitaria. En tal sentido, este principio recoge una serie de disposiciones sectoriales que, por remisión normativa, establecen obligaciones respecto del contenido, difusión o alcance de la publicidad de dicho sector. En su mayoría, las disposiciones se encuentran dirigidas a no omitir cierta información⁷⁴ o a restringir el alcance, como en el caso de los productos farmacéuticos de venta bajo receta médica.

Además del cumplimiento de disposiciones sectoriales, es decir, de exigencias adicionales al cumplimiento de la LRCO, la referida norma establece algunos supuestos de omisión de información que constituyen actos de competencia desleal por infracción al Principio de Legalidad. Dichos supuestos están orientados al deber de informar acerca de: (i) las advertencias en el uso de productos peligrosos; (ii) la indicación del precio en Nuevos

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes: a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados; b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado; c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado; d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable; e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables; f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y, g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable.

En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada. Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad, si ello fuera aplicable al caso. Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio”.

- 74 El TDC estableció el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria: “Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como, un centro de atención telefónica. El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Del mismo modo, debe ser oportuno con respecto a las fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio”. Resolución N°1602-2007/TDC-INDECOPI, emitida por el TDC con fecha 03 de septiembre del 2007, en los seguidos de Oficio por la CCD vs. Hipermercados Metro S.A. (Expediente N°189-2006/CCD).



Soles cuando es presentado en Dólares; (iii) las tasas de interés en los casos de operaciones financieras y productos con precios de venta al crédito; (iv) el costo total de los productos; (v) información relativa a las promociones de venta; (vi) publicidad dirigida a menores; y, (vii) los costos en los servicios telefónicos de valor añadido.

d.3. Actos contra el Principio de Adecuación Social

Referidos en el art. 18 de la LRCD⁷⁵, la regulación publicitaria ha dispuesto sancionar el incumplimiento del Principio de Adecuación Social bajo dos supuestos: (i) en los actos que buscan inducir a los destinatarios del mensaje a cometer un acto ilegal, antisocial o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole; y, (ii) en la promoción o difusión de servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto.

Este principio tiene por finalidad evitar la estimulación de conductas ilegales, antisociales o discriminatorias, es decir, aquellos actos que atentan contra los valores esenciales de una sociedad, ya sea porque es deshonesto, violento o contrario a los principios constitucionales, como el respeto a la dignidad de las personas, así como la protección de grupos vulnerables o en formación, como los niños y adolescentes.

1.2. El concepto de competencia desleal a través de su evolución legislativa en el Perú⁷⁶

La regulación sobre Represión de la Competencia Desleal presupone necesariamente la existencia de una situación de competencia en el mercado, dentro de la cual corresponderá la aplicación de una sanción como consecuencia de los actos desleales cometidos por los agentes económicos que en él intervienen⁷⁷; es decir, que la actividad concurrencial es

⁷⁵ LRCD. "Art. 18.- Actos contra el principio de adecuación social.- Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;

b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas".

⁷⁶ Ítem desarrollado por Ivo GAGLIUFFI PIERCECHI. El autor agradece la colaboración de Rosalina Susano Urbina.

⁷⁷ ALONSO, Ricardo. (1999). Op. cit., p. 244.

lícita y permisible siempre que la misma no sea ejercida a través de medios reprochables y desleales⁷⁸.

Es por ello que, dentro de este contexto, una definición de competencia desleal toma especial relevancia pues, a través de dicha noción, se busca abarcar los distintos comportamientos desleales que se puedan ir generando en el mercado. Si bien no existe un consenso a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal sobre una definición exacta de competencia desleal, se puede advertir, como comenta MASSAGUER, que se trata de un ilícito objetivo, de peligro y de naturaleza extracontractual.⁷⁹

En tal sentido, a continuación revisaremos el Concepto de Competencia Desleal a través de su evolución legislativa en el Perú.

1.2.1. La regulación en las Leyes de Industrias

En nuestro país, el primer instrumento legal que reguló la Represión de la Competencia Desleal fue la Ley N°13270, Ley de Promoción de Industrias, promulgada el 30 de noviembre de 1959⁸⁰. En dicha norma legal se introdujo en el capítulo sobre Propiedad Industrial una primera definición sobre Competencia Desleal⁸¹, considerándola como todo acto contrario a la buena fe comercial o al normal desenvolvimiento de las actividades industriales y comerciales.

Posteriormente, se promulgó el Decreto Ley N°18350, Ley General de Industrias, del 27 de julio de 1970 que, de manera irresponsable, derogó la Ley N°13270 sin regular la Represión de la Competencia Desleal, produciéndose un vacío legal. Recién con la dación del Decreto Supremo N°001-71-IC/DS, Reglamento de la Ley General de Industrias, del 25 de enero de 1971, se incluye nuevamente en el ordenamiento jurídico peruano el concepto

78 KRESALJA, Baldo. (2005). Op. Cit.

79 MASSAGUER, José. (1999). Op. cit., pp. 149 y ss.

80 A nivel internacional, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial suscrito el 20 de marzo de 1883 es el primer instrumento legal en introducir y reconocer el concepto de competencia desleal. Al respecto, en el artículo 10bis de dicho instrumento legal se define al acto de competencia desleal como *"todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial."* Sin embargo, el Perú recién se adhirió a dicho tratado internacional el 11 de enero de 1995.

81 La inclusión del concepto de competencia desleal en el contexto de protección a la propiedad industrial no debe llamar la atención pues históricamente la protección contra la competencia desleal responde en cierto grado como consecuencia de la protección de las marcas. Ver: BERCOVITZ, Alberto. (1975). "La Formación del Derecho de la Competencia". En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*. Tomo II. Madrid, Marcial Pons, p. 63.



de Competencia Desleal dentro del capítulo de Propiedad Industrial. La definición que se incluyó sobre Competencia Desleal fue idéntica a la que se había concebido en la Ley N°13270; es decir, que explicaba nuevamente que la competencia desleal era todo acto o hecho contrario a la buena fe comercial o al normal desenvolvimiento de las actividades industriales y comerciales.

Mediante la Ley N°23407, Ley General de Industrias, del 28 de mayo de 1982, se derogó el Decreto Ley N°18350 y se dejó en suspenso el Decreto Supremo N°001-71-IC/DS, salvo el Título V, dentro del cual se regulaban los actos de competencia desleal (art. 111).

Así, de la mano de esta primera regulación sobre los actos de competencia desleal, se puede ir concluyendo que el elemento determinante para definir el concepto de Competencia Desleal en el derecho peruano es el principio de buena fe pues, como hemos visto, se entendía que la deslealtad se generaba a través de una conducta concurrencial que vulneraba las exigencias del principio de buena fe. Sin embargo, la definición propuesta por dichos instrumentos legales era insuficiente, puesto que no resaltaban el carácter objetivo y de peligro del acto de competencia desleal.

1.2.2. El Decreto Ley N°26122

Mediante el Decreto Ley N°26122, publicado el 30 de diciembre de 1992, nace la primera norma específica sobre Represión de la Competencia Desleal en la legislación peruana en respuesta al modelo social.

El art. 6 de dicha norma introdujo una definición más amplia y general sobre la Competencia Desleal. Así pues, se consideraba como acto desleal aquella conducta contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de las actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas⁸². La referencia a "buena fe

82 Ver: Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial aprobados mediante Resolución N°001-2001-LIN/CCD-INDECOPI, de fecha 05 de julio del 2001, p. 10. Por su parte, BULLARD, Alfredo y PATRÓN, Carlos. (1999). "El Otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal". En: *Themis, Revista de Derecho*. N°39. Lima, sostiene que los conceptos de "buena fe comercial", "normal desenvolvimiento de las actividades económicas" y "normas de corrección que deben regir en las actividades económicas" no son unívocos ni universalmente constantes. Es por ello que dichos conceptos deben ser analizados teniendo en cuenta el objeto de protección de las normas sobre competencia desleal, "[es] decir, el mantenimiento y correcto funcionamiento de un sistema de libre competencia en una economía de mercado, en tanto se considera que éste es el mejor sistema para asignar de manera más eficiente los recursos económicos...".

comercial" confirmaba el carácter de naturaleza extracontractual que tienen los actos de competencia desleal en la legislación peruana.

En este sentido, la antigua Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, a través de un pronunciamiento que constituyó Precedente de Observancia Obligatoria, precisó que el elemento determinante de los actos de competencia desleal era la contravención a la buena fe comercial, consistente en la realización de conductas contrarias a la ética que normalmente debía regir las actividades económicas en el mercado⁸³. Además, nótese que los conceptos de "buena fe" y "normal desenvolvimiento de las actividades económicas" eran analizados tomando en cuenta el modelo de Economía Social de Mercado pues, en dicho contexto, ambos conceptos caracterizan a una competencia que tiene como base la eficiencia y eficacia de las prestaciones que se brindan a los consumidores.

De otro lado, el art. 5 del Decreto Ley N°26122 precisó el carácter objetivo y de peligro de los actos de competencia desleal⁸⁴. En tal sentido, dicha norma legal determinó, por primera vez en la legislación peruana, que la deslealtad de la conducta concurrencial implica necesariamente una transgresión a la buena fe comercial objetiva. Es decir, para que un acto sea calificado como desleal basta con determinar si se ha infringido el deber general de conducta, no siendo necesario analizar si el agente económico actuó con dolo o culpa (salvo determinados supuestos). Asimismo, este dispositivo precisó que el reproche de deslealtad concurrencial no exige que la conducta haya ocasionado un perjuicio real en el mercado, toda vez que simplemente bastaba que existiese un riesgo de que la conducta desleal produjese u ocasionase un daño en el mercado⁸⁵.

Finalmente el segundo párrafo del art. 5 del Decreto Ley N°26122 introdujo un concepto sobre acto de competencia desleal grave. De acuerdo a dicha norma legal, las conductas

83 Resolución N°455-2004/TDC-INDECOPI, emitida con fecha 10 de septiembre del 2004, en los seguidos por Estudio Caballero Bustamante S.R.L. vs. Instituto de Investigación El Pacífico S.R.L. y otros (Expediente N°032-2002/CCD).

84 Decreto Ley N°26122. "Art. 5.- Para la calificación del acto de competencia desleal no se requerirá acreditar un daño efectivo o un comportamiento doloso, bastando el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público. (...)."

85 MASSAGUER, José. (1999). Op. cit., p. 151, sostiene que "[el] reproche general de deslealtad concurrencial tampoco se hace depender de los resultados prácticos del acto enjuiciado, sea de la producción de un daño o lesión patrimonial –relevante sólo como elemento estructural de la responsabilidad civil derivada de los actos de competencia desleal-, sea de un daño o lesión competitiva, esto es, de una efectiva alteración de la estructura del mercado o de la normal formación y desenvolvimiento de las relaciones económicas en el mercado, sea de la verificación de los efectos en que, en particular, se encarna la deslealtad de una determinada conducta (...)."



desleales que iban dirigidas a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor debían ser calificadas como graves. Así pues, la norma legal antes citada, consideraba como graves aquellos actos de deslealtad en los que existía una relación de competencia.

1.2.3. La LRCO

En la actualidad, los actos de competencia desleal se encuentran regulados en la LRCO, publicada el 26 de junio del 2008 y en vigencia desde el 26 de julio de ese mismo año.

En el art. 6.2 de la LRCO, se define el acto de Competencia Desleal como: *“aquel que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado”*.

Al definir los actos de competencia desleal esta norma se aparta de la definición que había sido establecida en el Decreto Ley N°26122. Así pues, se señala expresamente, que la buena fe empresarial que se exige es de carácter objetivo y no subjetivo⁸⁶. Es decir, la deslealtad no se determina en base a una percepción que se tenga sobre la ilicitud o no de una conducta concurrencial. En tal sentido, la deslealtad de la conducta concurrencial se va a determinar en atención a que dicha conducta no responde a su propia eficiencia, sino a un actuar vulnerando las exigencias de la buena fe.

Finalmente, al igual que el Decreto Ley N°26122, la LRCO reitera que la comisión de un acto de competencia desleal no requiere acreditar que el agente económico haya incurrido en dolo o culpa sino que se haya infringido el deber general de conducta⁸⁷. Además, la ilicitud no depende de que se verifique la comisión de la conducta desleal; por el contrario, será suficiente con determinar que la conducta es adecuada para generar un daño potencial en perjuicio de los competidores, los consumidores o el orden público.

86 En la Exposición de Motivos de la LRCO, se precisa que *“...[el] elemento determinante de un acto de competencia desleal es la contravención a la buena fe comercial objetiva, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe que normalmente deben regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado”*.

87 En la Exposición de Motivos de la LRCO se indica que *“...[la] determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización, estableciendo la responsabilidad objetiva de los agentes que infrinjan las disposiciones a la Ley. Por ello, los agentes que cometen actos de competencia desleal, no podrán argumentar válidamente en su defensa el desconocimiento de la legislación vigente o la ausencia de dolo, siendo siempre responsables por la realización de sus actos”*.

EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL PERÚ

- Leyes de Industrias
- Decreto Ley N°26122
- Ley de Regulación de la Competencia Desleal

1.3. Casos ilustrativos sobre Represión de la Competencia Desleal⁸⁸

1.3.1. Caso Caballero Bustamante

Expediente : N°032-2002/CCD
Denunciante : Estudio Caballero Bustamante S.R.L. (Caballero Bustamante)
Imputado : Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. (Instituto El Pacífico)

Resumen : Caballero Bustamante señaló que, desde el año 2000, comercializa un cuaderno de normas tributarias denominado "Síntesis Tributaria", el cual sería una selección de las mismas, revisadas y actualizadas, que incluirían: (i) concordancias legislativas; (ii) notas explicativas; (iii) normas legales conexas; (iv) jurisprudencias; (v) índices alfabéticos; y, (vi) cuadros y tablas explicativas. Asimismo, Caballero Bustamante manifestó que posteriormente el Instituto El Pacífico elaboró y comercializó un producto denominado "Actualidad Tributaria", el mismo que sería una copia de su publicación, puesto que se había empleado la misma selección de dispositivos legales tributarios; se había copiado el formato, la presentación y los valores agregados de su publicación; y, se habían reproducido las mismas omisiones y errores gramaticales, ortográficas y de redacción. En dicho contexto, Caballero Bustamante alegó que la denunciada se habría aprovechado de la inversión efectuada para comercializar el producto "Síntesis Tributaria".

Mediante Resolución N°098-2003/CCD-INDECOPI, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (CRCD) manifestó que era entendible que en distintas publicaciones se presenten las mismas concordancias y los mismos textos legales, sin que esto pueda ser considerado como un acto desleal. Sin embargo, de la revisión de ambas publicaciones, la CRCD consideró que la similitud que puede existir entre esta clase de publicaciones va mas allá de lo normal. En dicho contexto, se detectó la existencia de similitudes en errores ortográficos y de concordancia que no pueden ser explicados como consecuencia de una

88 Ítem desarrollado por Carlos RODAS RAMOS.

práctica usual en el mercado, ya que de la comparación efectuada entre la publicación "Síntesis Tributaria" con el resto de publicaciones del mercado, el grado de coincidencia en las concordancias de las publicaciones no superaba, en ningún caso el 50%; sin embargo para el caso del examen realizado entre "Síntesis Tributaria y "Actualidad Tributaria" se observó que dicho índice de coincidencia era de 100%.

Mediante Resolución N°0455-2004/TDC-INDECOPI, el TDC confirmó la Resolución N°098-2003/CCD-INDECOPI y consideró que las similitudes inexplicables entre ambas publicaciones demostraban la existencia de una copia del material previamente difundido de Caballero Bustamante por parte del Instituto El Pacífico y eran suficientes para determinar que el referido Instituto realizó una conducta que contraviene la buena fe comercial.

COMENTARIO DE RICARDO MAGUIÑA PARDO

Presidente del Instituto Pro-competitividad y Consumo SAC. (IPCYC)

La competencia en el mercado es como el mercurio: cambia constantemente al contacto con la realidad. Por tanto, la legislación que la regula no debe ser estática o estar congelada en modalidades predeterminadas. Por el contrario, debe ser dinámica, capaz de adaptarse a las innumerables prácticas que la competencia desleal puede adoptar en la realidad. Ese es el gran mérito del precedente Caballero Bustamante en el que el Indecopi, aplicando la cláusula general, sancione las diferentes prácticas desleales que los agentes realizan en el mercado, sin tener que estar obligado a encuadrar dichas prácticas únicamente en las modalidades que están congeladas en la legislación que, por la naturaleza de la propia realidad que regula, no puede prever todas las infinitas formas que el mercurio –las prácticas desleales– puede adoptar en el mercado.

COMENTARIO DE ABELARDO ARAMAYO BAELLA

Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (CFCD)

El precedente Caballero Bustamante no ha estado exento de polémica, tiene grandes detractores y defensores, todos con razones sólidas. Sin embargo, lo concreto es que ha marcado un hito en el desarrollo de la disciplina de la represión de la competencia desleal en el Perú, en tanto que define los alcances y el contenido de la denominada "cláusula general", siendo un claro referente para el legislador que elaboró la LRCD, ya que ha mantenido sus líneas matrices.

En tal sentido, el citado precedente nos deja las siguientes conclusiones básicas sobre la represión de la competencia desleal en la legislación peruana:

- La “cláusula general” constituye la tipificación expresa de los actos de competencia desleal, siendo la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción en contra de dichos actos.
- Los actos descritos en la legislación sobre competencia desleal enumeran aquellas conductas desleales más comunes, sin hacer mención a prohibición o sanción alguna, debido a que dichas conductas ya se encuentran prohibidas en la cláusula general, con la sola finalidad de brindar una orientación meramente enunciativa, tanto a la Administración como a los administrados.
- En consecuencia, del análisis conjunto de la cláusula general y el listado enunciativo de actos de competencia desleal, se puede observar que el elemento determinante para la configuración de un acto de competencia desleal es la contravención a la “buena fe comercial” (concepto que varió al de “buena fe empresarial” en la LRCD), que implica la realización de conductas contrarias a la ética que normalmente debe regir las actividades económicas en el mercado.

Conforme a lo señalado, podemos advertir que, gracias a la cláusula general, el derecho de represión de la competencia desleal es dinámico y adaptable a las nuevas conductas que se pudieran desarrollar, conforme a la evolución del mercado y del contexto económico-social (no podría ser de otra forma). Ello, no implica dejar de lado los principios de la potestad sancionadora administrativa, como el de tipicidad ya que como bien apunta el precedente bajo comentario, la cláusula general cumple plenamente con dicho principio. Por lo tanto, queda claro que la represión de la competencia desleal nunca va a quedar rezagada respecto del desarrollo del mercado, esa es la mejor manera de garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

1.3.2. Caso Bombos-Renzos

Expediente : N°104-2004/CCD
Denunciante : Bombos S.A.C. (Bombos)
Imputada : Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L. (Renzos)

Resumen : En el año 2004, Bombos denunció a Renzos por la presunta comisión de actos de competencia desleal en las modalidades de actos de confusión y aprovechamiento



de la reputación ajena, supuestos ejemplificados en los art. 8 y 14 del Decreto Ley N°26122, debido a que el local de la imputada, ubicado en el distrito de San Juan de Miraflores, provincia y departamento de Lima, contaba con una estructura casi idéntica a los locales de Bambos, empleando los colores rojo, amarillo y azul en las combinaciones distintivas de estos, así como las mismas figuras geométricas en mayólicas ubicadas en la parte inferior de las paredes externas y ventanas circulares y rectangulares con la misma disposición. Del mismo modo, las similitudes incluirían el diseño de interiores, específicamente la disposición y color de mobiliario, luminaria, pisos y decoración en general.

Mediante Resolución N°030-2005/CCD-INDECOPI, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal (CRCD) declaró fundada la denuncia interpuesta por Bambos, al haberse acreditado la comisión de los actos de competencia desleal denunciados. Sobre el particular, la CRCD consideró que Renzos generó un riesgo de confusión indirecta en los consumidores sobre el origen empresarial de sus prestaciones o un riesgo de asociación con respecto a Bambos; ello en mérito a la apariencia general que presentaba su establecimiento, constituida por la distribución de colores amarillo, azul y rojo, tanto en la fachada como en las paredes y columnas internas, el uso de figuras geométricas de color gris oscuro en mayólicas de color plomo claro ubicadas en la parte baja de la estructura de su local y, en general, el uso de artículos de iluminación, en diseños y ubicaciones similares a los de Bambos, así como mobiliario cuya ubicación, forma y colores, en conjunto, identifican o se asocian a Bambos en el mercado de comida rápida, aún cuando no cuente con una protección reforzada o derechos de exclusiva sobre estos elementos individualmente considerados.

Asimismo, dicho órgano colegiado estableció un precedente de observancia obligatoria, para definir los límites del "derecho a imitar" iniciativas empresariales: el respeto a los derechos de propiedad intelectual de terceros y el deber de diferenciación que corresponde a los concurrentes en el mercado. Igualmente, se esbozaron los tipos de confusión y la forma de evaluarlos por parte de la autoridad administrativa.

Mediante Resolución N°1091-2005/TDC-INDECOPI, el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) confirmó la Resolución N°030-2005/CCD-INDECOPI y el precedente de observancia obligatoria antes mencionado.

COMENTARIO DE PIERINO STUCCHI LÓPEZ RAYGADA

Defensor del Inversionista de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV)

Como parte del proceso de fortalecimiento del sistema de represión de la competencia desleal desarrollado en nuestro país en los últimos años, este pronunciamiento evidencia la fortaleza institucional del Indecopi al mostrar cómo una Comisión, órgano resolutorio de primera instancia, puede efectivamente proponer un precedente de observancia obligatoria en el ámbito de su competencia; y, cómo éste, luego es confirmado por el TDC de la misma institución.

En lo sustantivo, este caso expresa, antes de la dación de la LRCD, una clara delimitación de los contornos del deber de diferenciación, que es exigible a todo agente económico que concurre en el mercado. Este deber se configura claramente como un límite a la libertad de imitación de iniciativas empresariales ajenas, que es una manifestación del derecho a la libre iniciativa privada, reconocido por nuestro régimen económico constitucional.

Al momento de revisar este precedente y darle contexto en el proceso de fortalecimiento del sistema de represión de la competencia desleal antes anotado, se debe recordar que, al interpretar la derogada Ley predecesora en esta materia, el Indecopi estimaba que una vez verificada la realización de un acto de confusión, se verificaba también la realización de un acto de explotación indebida de la reputación ajena. Ello, a manera de un concurso ideal de infracciones que expresaba una relación especie-género ente ambas conductas enunciadas.

Actualmente, la LRCD indica expresamente que los actos de explotación indebida de la reputación ajena “[c]onsisten en la realización de actos que, no configurando actos de confusión, tienen como efecto, real o potencial, el aprovechamiento indebido de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional que corresponde a otro agente económico, incluidos los actos capaces de generar un riesgo de asociación con un tercero”. De este modo, se ha negado, en el ordenamiento vigente, la señalada relación especie-género entre ambas conductas enunciadas.

Bajo este entendimiento, el valor material de este precedente se encuentra intacto en cuanto a su valiosa contribución en la clara delimitación de los contornos del

deber de diferenciación –que se suma al deber de respeto de los derechos de propiedad intelectual de terceros- exigible a todo concurrente en el mercado, y en la definición de los tipos de confusión directa e indirecta. Asimismo, en este precedente, se definen los actos que implican un riesgo indebido de asociación y que configuran un antecedente conceptual directo de aquello que la LRCD enuncia como actos de explotación indebida de la reputación ajena, logrando una mejora conceptual y práctica en la efectiva represión de la competencia desleal y su cabal entendimiento.

Finalmente, este precedente resulta valioso, en el momento actual, porque consolida aspectos fundamentales de una metodología dirigida a limitar la discrecionalidad de la autoridad al evaluar concretamente posibles actos de confusión respecto elementos sobre los que no recae derecho de propiedad intelectual alguno, en el marco del cumplimiento del deber de diferenciación que corresponde a todo concurrente en el mercado.

1.3.3. Caso IFB

Expediente : N°017-2009/CCD
Denunciante : Instituto de Formación Bancaria (IFB)
Imputada : Instituto de Educación Bancaria S.A.C. (INEBAN)

Resumen : El IFB denunció a INEBAN, entre otros extremos, por el hecho de desenvolverse en el mismo giro económico, al ofrecer el programa “Cajero Asesor de Servicios” con las mismas condiciones que el programa ofrecido por el denunciante, denominado “Certificación para Cajeros”, tales como la duración, los cursos a dictarse, el empleo del *software* “Simulador de agencia bancaria”, la misma carga horaria, así como el syllabus de los cursos principales.

Mediante Resolución N°213-2009/CCD-INDECOPI, la CFCD declaró infundada la denuncia, considerando que el hecho que un agente económico se desenvuelva en el mismo giro económico que otro agente, no constituye un acto de competencia desleal, sino el legítimo ejercicio de la libre iniciativa privada, la misma que se ejerce en una economía social de mercado.

Dicha resolución fue confirmada por el TDC mediante Resolución N°2003-2010/SC1-INDECOPI.

COMENTARIO DE ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ

Presidente de la CFCD

La Ley de Organización y Funciones del Indecopi (Decreto Legislativo N°1033) y la LRCD encomiendan a la CFCD, como órgano con autonomía técnica y funcional, la misión de supervisar el cumplimiento de las leyes que prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo los actos realizados a través de la actividad publicitaria que permite el ejercicio de la libertad de expresión empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú. Dentro de este marco, de economía social de mercado, quisiera enfatizar que la CFCD no sólo cumple un rol fiscalizador, sino también un rol promotor de una leal y honesta competencia y de una libre pero veraz publicidad comercial, buscando generar consumidores más exigentes, mejor informados; e igualmente proveedores más responsables en el campo de la protección de sus derechos.

En este orden de ideas, en un Estado que pretende darle una mejor calidad de vida a sus ciudadanos no sólo es importante enfocarse en reprimir y fiscalizar la conducta de los agentes económicos, sino promover que éstos realicen sus actividades conforme a ley, estableciendo para ello criterios y pautas claras, a fin de que sepan anticipadamente cuál será el resultado final que se podría obtener en un procedimiento. Así, un caso como el que es materia de comentario, permitió a la CFCD dejar establecido una vez más, que la libertad de empresa es uno de los pilares de la economía, al permitir desenvolverse a los agentes económicos en el rubro de su preferencia. En efecto, la libre iniciativa privada le da derecho a un particular a dedicarse a la actividad económica que mejor se ajuste a sus intereses. Sobre esto, me permito citar los Lineamientos sobre Competencia Desleal aprobados por Resolución N°001-2001-LIN/CCD-INDECOPI de fecha 05 de julio del 2001 que sobre este tema señalan lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido por el artículo 58 de la Constitución Política de 1993, 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 art. 59 señala que el Estado garantiza la libertad de trabajo, empresa, comercio e industria y agrega que el ejercicio de dichas libertades no debe ser lesivo a la moral, la salud y la seguridad públicas.

Dentro de este marco de economía social de mercado se reconoce como principio fundamental la libertad de iniciativa privada en materia económica, que es definida por los art. 3 y 9 del Decreto Legislativo N°757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, como el derecho de toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes, y a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

La libertad económica empresarial fomenta la innovación y la creatividad en beneficio del consumidor, al brindarle más y mejores opciones entre las cuales puede elegir aquella que satisfaga sus intereses de manera adecuada. Además, gracias a la competencia en su conjunto, se introducen nuevas tecnologías y se contribuye al desarrollo de los mercados”.

Uno de los principios de la leal competencia es la libre imitación de iniciativas empresariales que se ve limitada únicamente por los derechos de exclusiva, como signos distintivos, derechos de autor y patentes e invenciones; y, por el deber de diferenciación que todo agente económico debe observar con el fin de evitar inducir a error a los consumidores sobre el origen empresarial de un producto, servicio o establecimiento. Ello tiene sentido, sobre todo si se tiene en cuenta que la imitación de iniciativas genera mayores ventajas al interés general que desventajas, puesto que incentiva la creación de formas de diferenciarse respecto de otros competidores, para lo cual se puede innovar en brindarle mejores opciones a los consumidores para atraerlos.

1.3.4. Caso Lab. Nutrition

Expediente : N°138-2008/CCD
Denunciante : Lab. Nutrition Corp. S.A.C. (Lab Nutrition)
Imputado : José Abraham Villacorta Olano (Señor Villacorta)

Resumen : Lab Nutrition denunció al señor Villacorta por la presunta comisión de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general, debido a que habría puesto en práctica una estrategia destinada a entorpecer el ingreso y permanencia de competidores en el mercado de suplementos alimenticios y vitaminas, mediante las siguientes conductas: (i) solicitar, directamente o a través de terceros, reiterada y sistemáticamente el registro de conocidas marcas comercializadas en el extranjero, pese a que no contaba con el permiso correspondiente por parte de los titulares de las mismas; y, (ii) una vez obtenido el registro, el señor Villacorta, directamente o mediante terceros, interponía acciones legales contra todos los proveedores que importaban y comercializaban los productos identificados con dichas marcas, a pesar de no contar con la autorización de sus titulares en el extranjero. En tal sentido, dicha conducta, configuraría un ejercicio abusivo del derecho a solicitar el registro de marcas.

Mediante Resolución N°183-2010/CCD-INDECOPI, la CFCD señaló que la solicitud del registro por parte del señor Villacorta de diversas marcas de productos fabricados en el extranjero, desnaturaliza la finalidad económica de su derecho a solicitar el registro de dichas marcas a su favor, en la medida que tal conducta ha tenido como finalidad establecer mecanismos de obstaculización y barreras de acceso en contra de agentes económicos interesados en ingresar al mercado de suplementos alimenticios y vitamínicos, a través de la importación y comercialización de los productos originales, elaborados en el extranjero, así como perturbar su normal desenvolvimiento reduciéndoles el ámbito de actuación en la medida que el imputado podría interponer acciones por infracción de derechos de propiedad industrial, en caso que decidan realizar una importación de dichos productos.

Esta resolución no fue apelada por el señor Villacorta, sino por la denunciante, Lab Nutrition, únicamente en el extremo que desvirtuó la responsabilidad administrativa de otros agentes económicos supuestamente vinculados al imputado, lo cual no se logró acreditar.

COMENTARIO DE CARLOS CORNEJO GUERRERO

*Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada
Norbert Wiener. Vicepresidente de la CFCD.*

En la Resolución N°183-2010/CCD-INDECOPI, del 08 de septiembre del 2010, se aprecia cómo las normas de represión de la competencia desleal pueden utilizarse para sancionar y desincentivar todo tipo de conductas indebidas, aún cuando de un examen superficial de la legislación aplicable, estas conductas podrían aparecer como amparadas por el Derecho.

Sin embargo, para ello, es necesario recurrir a los principios generales del derecho y a utilizar interpretaciones creativas y justas, no quedándose en la letra de la ley, sino llegando al espíritu y finalidad de las normas, coadyuvando así a su eficiencia social.

El presente trata de un caso de competencia desleal perpetrado a través de la utilización abusiva del sistema de registro de marcas mediando mala fe, con el objeto de crear obstáculos a la libre circulación de mercancías y así obtener una ventaja indebida en el mercado.

El caso típico hasta ahora, había sido uno de competencia desleal internacional a través del registro de marcas notoriamente conocidas o renombradas de otros países, pero no registradas en el nuestro por sus legítimos titulares. En este escenario, personas inescrupulosas podían registrar dichas marcas en el país y luego obstaculizar su ingreso aduciendo que ellos eran los titulares de dichas marcas, aprovechándose de todo el *goodwill* ganado por otros agentes económicos, para sus propios negocios; o simplemente, podían negociar una licencia o una cesión de la marca que ellos registraron de esa forma indebida, obteniendo ingresos no justificados en base a su propia eficiencia.

Muchos de los esfuerzos iniciados en el siglo XIX con la dación del Convenio de París, estuvieron dirigidos a darle una protección especial a la marca notoriamente conocida, dada su posición de debilidad frente a posibles aprovechamientos indebidos de empresarios inescrupulosos ante la falta de protección legal más allá de las fronteras del país donde la marca se hubiera registrado. Como se sabe, aún ahora, uno de los principios fundamentales del Derecho de Marcas es el principio de territorialidad. En virtud de este principio, la protección jurídica otorgada a la marca sólo es concedida en el ámbito del territorio del país en que ella se hubiera registrado. Así por ejemplo, una marca registrada en el Perú no tiene protección en México y, en consecuencia, cualquier empresario podría registrarla en dicho país sin ningún problema, resultando que si los productos distinguidos con la marca peruana fueran exportados a México, el titular de la marca mexicana podría impedir su comercialización, pues se estaría ante una infracción a su derecho de marca. El fenómeno de aprovechamiento indebido en el país de marcas registradas en el extranjero por otros titulares, conocido como piratería marcaría internacional, fue materia de especial preocupación en el

caso de las marcas notoriamente conocidas. Por ello, el Convenio de París buscó remediar, aunque sea parcialmente, esta situación, ampliando la protección de este tipo de marcas, de modo que no estuviera restringida por el principio de territorialidad. Posteriormente, se han dado otros instrumentos internacionales que han ampliado esta protección y también muchas de las legislaciones nacionales vigentes han incorporado normas que dan una protección especial a las marcas notorias.

Se puede apreciar pues, que desde el siglo XIX, se ha ido reconociendo cada vez más la importancia de la marca notoriamente conocida como integradora de mercados, además de herramienta de competitividad global. Sin embargo, en la actualidad, con los grandes avances en las comunicaciones y de la conectividad digital, no sólo la marca notoriamente conocida sino también la marca común comienza a tener un rol de integración de mercados y de herramienta de competitividad global. Como todos sabemos, en el mundo de hoy, los diferentes medios de comunicación permiten que la publicidad dirigida hacia un país tenga un efecto también en otros países que tengan acceso a los medios de comunicación referidos. La publicidad que se haga de una marca en un país puede abrir mercados en otro país, del que simplemente se tendrá que importar el producto marcado para poder cosechar los frutos. Siendo esto así, la combinación de un sistema de registro atributivo unido al principio de territorialidad permitiría en una lectura literal de la normatividad, que se pudieran perpetrar una serie de conductas desleales en el tráfico mercantil internacional de productos distinguidos con marcas comunes que aún no han alcanzado notoriedad.

Los juristas BERTONE y CABANELLAS DE LAS CUEVAS⁸⁹ señalan que la denominada piratería marcaria es aquella que *“consiste en el registro de signos utilizados pero no registrados, o de marcas extranjeras utilizadas o registradas en otros países, pero sin uso ni registro en la República Argentina”*. Ambos, refiriéndose al art. 24, inciso b) de la Ley de Marcas Argentina, expresan que dicha disposición declara nulas las marcas registradas así por *“quien, al solicitar el registro, conocía o debía conocer que ellas pertenecían a un tercero”*.

89 BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (1989). *Derecho de Marcas*. Tomo I. Argentina, Editorial Heliasta SRL., p. 289.



Asimismo, manifiestan que el sentido de la Ley no es el de “... reconocer propiedad sobre estos signos a quienes no los tienen registrados ni los usan en el país, sino de viciar la solicitud y eventual registro obtenido por quien persigue con éste un fin inmoral o ilícito cual lo es distorsionar la competencia, engañar al público o desviar mediante engaños una clientela”⁹⁰. Los mencionados autores acotan, además, que el “fin perseguido con el registro es claro cuando de las circunstancias del caso surge que el pirata conocía efectivamente la existencia de la marca no registrada; ello surge con frecuencia cuando se trata de un distribuidor disconforme, licenciatario frustrado en sus expectativas, etc. De la correspondencia entre las partes suele surgir esta evidencia”⁹¹.

La decisión de casos sobre una posible conducta de mala fe en el registro de marcas es, por lo general, compleja y debe recurrirse muchas veces a la prueba indiciaria para formar convicción en la decisión. El problema se puede volver más complejo aún, si el probable infractor ya ha logrado registrar las marcas sin que las solicitudes de registro hayan sido objeto de oposición. En estos supuestos, el pretendido infractor estaría haciendo uso de los derechos que le confiere el registro de las marcas que son de su titularidad y, en base a ello, podría impedir la importación y comercialización en el país de los productos extranjeros que llevan la marca que él ha registrado. Una serie de principios generales del Derecho deberán aplicarse en estos delicados casos para llegar a una solución justa, no debiéndose quedar el análisis interpretativo en la mera literalidad de las normas.

Tenemos pues que una diversidad de principios jurídicos pueden venir en nuestra ayuda cuando indebidamente se pretende el registro de una o varias marcas o, cuando ya habiéndose obtenido estos registros, se quisiera valer de ellos para perpetrar actos en contra de la buena fe empresarial (principio de buena fe, abuso del derecho, enriquecimiento ilícito, etc.). En estas situaciones, las normas sobre marcas deberán complementarse en lo necesario con las normas de competencia desleal, para llegar a una solución satisfactoria.

Un ejemplo de respuesta adecuada a estas nuevas situaciones que se presentan en el comercio internacional, es el que se presenta en el caso bajo comentario,

90 BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLA DE LAS CUEVAS, Guillermo (1989). Op. cit., pp. 289-290.

91 BERTONE, Luis Eduardo y CABANELLA DE LAS CUEVAS, Guillermo (1989). Op. cit., p. 290.

en el que Lab Nutrition Corp. S.A.C. denuncia al señor José Villacorta Olano por la realización de actos de competencia desleal por infracción a la cláusula general. Conforme a la denuncia, el señor Villacorta habría puesto en práctica una estrategia desleal destinada a entorpecer el ingreso y permanencia de sus competidores en el mercado de suplementos alimenticios, la cual se caracteriza por: (i) solicitar reiterada y sistemáticamente el registro de conocidas marcas comercializadas en el extranjero, pese a que no se cuenta con el permiso correspondiente por parte de los titulares de las mismas; y, (ii) una vez obtenido el registro, la interposición de acciones legales contra todos los proveedores que importen y comercialicen los productos identificados con dichas marcas, a pesar de no contar con la autorización de sus titulares en el extranjero⁹².

El imputado, señor Villacorta, entre otros argumentos, señaló que el hecho de haber registrado diversas marcas de productos no configuraría mala fe, sino el ejercicio regular de sus derechos marcarios. También manifestó que el Tribunal Andino de Justicia ha señalado que la regla general en derecho marcario es que el derecho exclusivo para el titular de una marca debe circunscribirse al ámbito territorial en que se aplica la ley marcaria.

La Comisión consideró -entre otros fundamentos- que el registro en el país de 30 marcas de productos fabricados en el extranjero, no habiendo realizado actos de uso ni de licencia sobre dichas marcas, revelaban un aprovechamiento indebido del sistema de propiedad intelectual, que constituía un abuso de derecho y evidenciaba en su conjunto una actuación contraria a la buena fe empresarial, pues la única finalidad de la conducta imputada (registrar las 30 marcas) era obstaculizar el acceso y permanencia de sus competidores en el mercado de importación y comercialización de suplementos vitamínicos. De esta manera, se estaba desnaturalizando la finalidad económica del sistema de registro de marcas y de los derechos obtenidos mediante él⁹³.

Es importante notar que para una debida protección frente a conductas abusivas como la presente, no sólo es necesario contar con una legislación adecuada sino, sobre todo, de instituciones sólidas y eficientes que estén en aptitud de dar soluciones acertadas ante las nuevas exigencias que plantea el comercio

92 Ver Resolución N°183-2010/CCD-INDECOPI, p. 20.

93 Ver Resolución N°183-2010/CCD-INDECOPI, p. 19, 22 y 23.

internacional de hoy en día. Una expresión conocida en el mundo del Derecho es que la ley reina, pero la jurisprudencia gobierna. Nada se gana con tener leyes de avanzada si no hay instituciones que las apliquen con justeza. En las decisiones que se tomen en cuanto a la amplitud de la protección de la marca, deben tenerse presente, además de las normas propias de propiedad intelectual y de competencia desleal, aquellas que buscan proteger al consumidor. Detrás del ataque indebido a una marca no está presente sólo la vulneración al derecho legítimo de su titular, sino también un perjuicio al consumidor quien se ve burlado en sus expectativas de satisfacción de sus necesidades a través de la selección de los productos o servicios de su preferencia.

La comentada Resolución de la CFCD ha podido -recurriendo a los principios fundamentales del Derecho- dar una solución creativa a este complejo caso, no quedándose en la aplicación mecánica de la norma sino que ha apuntado a una solución justa, amparando a quien compite lealmente y desincentivando la conducta de quien no lo hace.

1.4. Evaluación de las resoluciones analizadas y de la labor del Indecopi en la lucha contra la competencia desleal⁹⁴

Resulta sumamente interesante la revisión de la labor del Indecopi en sus dos décadas como autoridad administrativa peruana en materia de represión de la competencia desleal ya que, en el transcurso del tiempo, pasó de limitarse a la aplicación concreta de la correspondiente normativa a enriquecerla con sus experiencias jurisprudenciales para modelar la LRCD, siendo ésta una norma más sofisticada y compleja.

En efecto, inicialmente el Indecopi basaba sus funciones en la aplicación del Decreto Ley N°26122 que, a su vez, se trataba de una norma que tomaba como referencia la Ley 3/1991, Ley de Competencia Desleal de España⁹⁵. Sin embargo, la aplicación del Sistema de Represión de la Competencia Desleal en el Perú no fue automática ni estática sino bastante dinámica ya que, como consecuencia de la implementación práctica de esta normativa, se

94 Ítem desarrollado por Ivo GAGLIUFFI.

95 Ver: KRESALJA, Baldo. (1993). Op. cit.

presentaron determinados casos que por la relevancia intelectual de la materia controvertida, permitieron dar cuenta de vacíos legales o contribuir a la identificación de actos desleales no contemplados explícitamente en el listado enunciativo de la ley, situación que influiría en la configuración de la LRCO como nueva y vigente norma de represión de la competencia desleal.

Así, los más importantes antecedentes jurisprudenciales que influyeron en la redacción de esta norma, siguiendo el orden de su estructura, fueron: (i) el Caso Caballero Bustamante, mediante el cual se precisó que la Cláusula General es por sí misma la tipificación expresa de todo acto de competencia desleal y, en tal sentido, no se puede concluir que si un acto no está contemplado en algunos de los supuestos de la ley entonces no sería sancionable, pues éstos son una mera lista enunciativa o ejemplificativa⁹⁶; (ii) el Caso Bembo's, mediante el cual se advirtió que si bien los agentes económicos tienen derecho a imitar las iniciativas privadas, lo cierto es que ello tiene como límites, por un lado, los derechos de propiedad intelectual de terceros y, por otro lado, el deber de diferenciación para evitar que su imitación pueda configurar actos de confusión, de imitación sistemática o de explotación indebida de la reputación ajena, conductas contrarias a la buena fe empresarial⁹⁷; (iii) el Caso Panini, mediante el cual se determinó que el *Right of Publicity* es el derecho de toda persona a controlar el uso comercial de su identidad y, en tal sentido, la infracción de tal premisa configuraba un acto desleal en la modalidad de Explotación Indebida de la Reputación Ajena, salvo que se contase con la respectiva autorización para la explotación de tal identidad⁹⁸; (iv) el Caso Mactel, mediante el cual se uniformizó el análisis de los actos de

96 Resolución N°0455-2004/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI con fecha 10 de septiembre del 2004, en los seguidos por Estudio Caballero Bustamante S.R.L. vs. Instituto de Investigación El Pacífico E.I.R.L. y otros (Expediente N°032-2002/CCD). Ver comentarios *ut supra* de Ricardo Maguiña Pardo y Abelardo Aramayo Baella. En la misma línea sobre el uso de la Cláusula General como tipificación de todo acto desleal (p.e.: registro de marcas abusivo u obstaculizador), ver la Resolución N° 183-2010/CCD-INDECOPI de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, en los seguidos por Lab Nutrition Corp. SAC. vs. José Abraham Villacorta Olano (Expediente N°138-2008/CCD). Ver comentario *ut supra* del comisionado Carlos Cornejo Guerrero.

97 Resolución N°1091-2005/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi con fecha 05 de octubre del 2005, en los seguidos por Bembo's S.A.C. vs. Renzo's Pollería Restaurant Snack S.R.L. (Expediente N°104-2004/CCD). Ver comentario *ut supra* de Pierino Stucchi López - Raygada. En la misma línea sobre los actos de imitación desleal, ver: Resolución N°213-2009/CCD-INDECOPI de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi, confirmada mediante Resolución N°2003-2010/SC1-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi, en los seguidos por Instituto de Formación Bancaria (IFB) vs. Instituto de Educación Bancaria S.A.C. (INEBAN) (Expediente N°017-2009/CCD). Ver comentario *ut supra* del comisionado Alfredo Castillo Ramírez.

98 Resolución N°0245-1999/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi con fecha 16 de julio de 1999, en los seguidos por Panini S.A. y otros vs. Corporación Gráfica Navarrete y otros (Expediente N°045-1998/CCD).



denigración, lo que equivalió a que su licitud se determinara en función al test de la *exceptio veritatis*, es decir, que una publicidad será denigratoria si contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre otro agente económico que sean capaces de menoscabar su imagen, salvo que sean concurrentemente verdaderas, exactas y pertinentes⁹⁹; y (v) el Caso Caja Trujillo, mediante el cual se determinó la conveniencia de identificar al sabotaje o boicot como actos de competencia desleal (el actual art. 15 de la LRCD), al ser actos de un agente económico (boicoteador) destinados a interferir, directa o indirectamente, en las relaciones comerciales de otro (boicoteado) con terceros contrapartes (destinatario del boicot), impidiéndolas o entorpeciendo injustificadamente por medios distintos a la eficiencia competitiva¹⁰⁰.

De este modo, la LRCD es una norma perfeccionada pero no perfecta, que permite al Indecopi combatir y sancionar con mayores alcances los actos de competencia desleal que se perpetran en el mercado, aunque cabe resaltar que ello se debe no solo a una mejora de su estructura sustantiva que regula los actos desleales en sí, sino también como consecuencia de la mejora de su estructura adjetiva al haberse diseñado un procedimiento administrativo sancionador con etapas y actos procesales claramente establecidos.

99 Resolución N°0347-2006/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi con fecha 17 de marzo del 2006, en los seguidos por Telefónica del Perú S.A.A. vs. Mactel Electrónica E.I.R.L. (Expediente N°114-2004/CCD).

100 Resolución N°0301-2007/TDC-INDECOPI, emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi con fecha 07 de marzo del 2007, en los seguidos por Banco del Trabajo S.A. vs. Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo (Expediente N°151-2004/CCD).

CAPÍTULO 2

**¿Un mercado sin publicidad?:
El derecho publicitario
y su regulación en el Perú**

En el Perú, las normas que regulan el Derecho Publicitario son la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD) y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (CPDC).

En lo que respecta a la materia publicitaria, lo que buscan proteger estas normas es la institución misma de la publicidad. Así, por un lado, se busca promover la generación voluntaria de la publicidad como un medio informativo dirigido a los consumidores y de competencia en los mercados; por otro, se busca proteger la credibilidad de los consumidores en este medio de información¹⁰¹.

En estos últimos veinte años, la regulación de la publicidad comercial en el Perú se ha acercado mucho a la de un modelo de economía social de mercado, lo cual nos parece positivo por el importante efecto económico que tiene la publicidad en el mercado, sobre todo como herramienta de competencia para los agentes económicos.

Consideramos importante que durante este periodo no se haya perdido el objetivo final de la aplicación de las políticas de competencia. Así, las normas que han regulado durante todo este tiempo la publicidad comercial en el país han tenido, por lo general, la tendencia de promover la competencia entre agentes económicos y buscar que el consumidor tome sus decisiones sobre la base de la mejora de su bienestar.

Sin embargo, siempre existe la posibilidad que se pretenda sobre-regular la publicidad comercial, pues así como se entienden los efectos positivos que pueden generar al mercado, lo cierto es que existe cierta tendencia a nivel regional y mundial que considera que en determinados casos, la publicidad genera efectos negativos, como podría ser el hecho que genere barreras de entradas a otros competidores, el que produzca externalidades (por ejemplo, la publicidad de cigarrillos) o induzca a realizar comportamientos inmorales (publicidad discriminatoria) o que generen expectativas excesivas respecto a sus beneficios para la salud (por ejemplo la publicidad de productos milagrosos).

De hecho, consideramos que el objetivo de la autoridad de competencia debe ser lograr un balance en la regulación de la publicidad comercial. En efecto, si la aplicación de las normas es muy estricta, podrían generarse efectos económicos no deseados en el mercado, pues se podrían ocasionar desincentivos para que los agentes económicos inviertan en publicidad, lo cual tendría como efecto el incremento de la asimetría informativa frente a los consumidores y sus costos de búsqueda. Por su parte, si la aplicación es laxa, se podrían generar incentivos perversos para que los agentes económicos se vean tentados a inducir a error a los consumidores¹⁰².

101 EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). *Políticas de competencia y su aplicación*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), pp.87.

102 EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). Op. cit., pp. 90-92.



2.1. Marco teórico conceptual

2.1.1. Aspectos generales. ¿Qué es la publicidad comercial?

Conforme el art. 59 inciso d) de la LRCD, se considera publicidad comercial 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, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

De esta definición podemos identificar la función más importante de la publicidad comercial. Nos referimos a su función persuasiva. En efecto, la función principal de un anuncio es convencer al potencial cliente para que compre su producto. Para hacer esto, el anunciante se vale de varios medios: el humor, la nostalgia, la fantasía, los atributos o beneficios de los productos, etc. A través de esta función se busca satisfacer las necesidades de los consumidores y promover la fidelidad con una determinada marca¹⁰³.

Además de esta función, podemos identificar la función informativa contenida en todo anuncio publicitario. Sobre esta función se dice que aún cuando el fin de la publicidad no es informar, esta brinda información a los consumidores, sea de manera directa o indirecta^{104 105}. Ello tendrá efectos positivos en el mercado, pues se reducirá la asimetría informativa respecto del producto así como también se reducirán los costos de búsqueda de los consumidores.

Esta función también favorece la competencia en los mercados. La información de la publicidad ayuda a que los consumidores sean más activos al comparar sus diferentes opciones. Los ofertantes encuentran en la publicidad un medio idóneo a través del cual competir por atraer clientes. Ello es particularmente relevante para las empresas que recién ingresan al mercado.

103 SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. (2012). *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico, pp. 46-47.

104 Ibid.

105 Ello se desprende además de la definición de anunciante contenida en el art. 59 inciso c de la LRCD, que lo define como: "... a toda persona natural o jurídica que desarrolla actos cuyo efecto o finalidad directa o indirecta sea concurrir en el mercado y que por medio de la difusión de publicidad, se propone: i) ilustrar al público, entre otros, acerca de la naturaleza, características, propiedades o atributos de los bienes o servicios cuya producción, intermediación o prestación constituye el objeto de su actividad; o, ii) motivar transacciones para satisfacer sus intereses empresariales". (El subrayado es nuestro).

La publicidad es un medio por el cual pueden hacerse conocidos ante sus potenciales clientes y presentarse como una opción frente a productos ya existentes^{106 107}.

a. Tipología de la publicidad comercial y otras formas de comunicación de información de naturaleza no publicitaria

A continuación, presentamos las definiciones de los diversos tipos en los que se puede presentar un anuncio publicitario:

Cuadro N°1
Tipos de anuncios publicitarios

Publireportaje	<ul style="list-style-type: none">• Modalidad no tradicional que se presenta en prensa o revistas como un texto que se asemeja al contenido editorial de la publicación para ganar en credibilidad y captar la atención de la gente que no lee publicidad (Triviño, 2012).
Publicidad en especie	<ul style="list-style-type: none">• Modalidad no tradicional encaminada a promover prestaciones, a establecer una relación informativa y persuasiva entre anunciante y destinatario: se distingue de la publicidad convencional por emplear un regalo como vehículo de comunicación cuyo objetivo principal es provocar la contratación de la prestación como respuesta inmediata (Massaquer, 999).
Publicidad en envase o producto	<ul style="list-style-type: none">• Toda publicidad fijada en el empaque, en el envase o en el cuerpo del producto (LRCD. Art. 59 inciso i).

106 EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). Op. cit., pp. 88.

107 Además de las funciones antes comentadas, la doctrina considera una adicional que es la función complementaria. Desde esta perspectiva, la publicidad no brinda información del producto, sino que incrementa la función de utilidad. Es decir, un producto anunciado sube su valor pero no necesariamente porque la publicidad brinde información, sino porque se asocia el producto con una idea, por ejemplo, de éxito. De acuerdo con esta visión, los consumidores tienen preferencias estables que son afectadas por la publicidad de una manera complementaria al consumo del producto mismo. Ver: SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. (2012). Op. cit., pp. 48.

De otro lado, tenemos las comunicaciones que no constituyen publicidad por carecer de efectos comerciales:

Cuadro N°2 **Comunicaciones que no constituyen publicidad**

PROPAGANDA POLÍTICA: En este tipo de comunicación se fomenta la preferencia de un determinado personaje o partido político. Si bien muchas veces en estas clases de anuncios políticos se realizan promesas, estas carecen de un ánimo mercantil (Resolución N°096-96-TDC).

PUBLICITY: Se refiere al espacio con apariencia periodística, ya sea en forma de entrevista o reportaje. Se diferencia del publireportaje en que la publicity no es una acción publicitaria por la que se paga una página del periódico o revista como soporte publicitario, sino que el artículo publicado se obtiene a través de actividades de relaciones públicas (Triviño, 2012).

PUBLICIDAD INSTITUCIONAL: Este tipo de comunicación persigue un interés social; en ese sentido, se difunde con la finalidad de fomentar ciertas conductas socialmente deseadas como podrían ser: el ahorro de energía, el pago de tributos, la protección del ambiente, entre otros (Resolución N°096-96-TDC).

ROTULADO: Información básica comercial, consistente en datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor suministra al consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica o en virtud a estándares de calidad recomendables, expresados en términos neutros o meramente descriptivos sin valoraciones o apreciaciones sobre las características o beneficios (LRCD, Art. 59, inciso k).

b. Tipos de soporte y medios para la difusión de la publicidad comercial

En la actualidad, la publicidad comercial se manifiesta a través de infinidad de soportes o medios, resultando ociosa una enumeración exhaustiva de todos estos, por lo que mencionaremos algunos de ellos.

Podemos encontrar anuncios en las formas más usuales, como los spots audiovisuales difundidos a través de televisión, la publicidad difundida a través de radio y los anuncios impresos que podemos encontrar en nuestro diario de confianza.



Fuente: Diario Publimetro

Existen otros medios menos tradicionales a través de los cuales un agente económico puede difundir su oferta. Esto dependerá de la creatividad del publicista y del criterio del anunciante. Un ejemplo de soporte atípico es el que fue diseñado para publicitar el servicio a domicilio de las pizzas Papa John's, el cual incluso llegó a ganar el *Cannes International Advertising Awards*.

Dicho soporte consistía en colocar en el "ojo mágico" de la puerta de las casas una imagen fijada en un cartón plegado, de modo que cuando el habitante de la casa observara a través del mismo, se encontraría con la imagen de un repartidor de Papa John's con una pizza en las manos y el número del *delivery* visible en el empaque.



Fuente: <http://www.dealante.com/nodo.php?nodooid=13062>

Otro ejemplo de soporte publicitario atípico se puede presentar a través de la vestimenta de anfitrionas o promotoras de ventas, como se aprecia a continuación:



Fuente: Blog "Anfitrionas Hoy". Disponible en: http://anfitrionashoy.blogspot.com/2011/09/grupo-peru_29.html

En esa misma línea, últimamente los anunciantes vienen difundiendo publicidad comercial en lugares inusuales, como podemos apreciar en las siguientes imágenes:



Fuente: <http://www.cinestar.com.pe/anuncios>

Cabe señalar, que en la actualidad los medios informáticos y redes sociales han pasado de ser medios poco tradicionales a constituir formas cada vez más usuales para la difusión de publicidad. Un ejemplo de lo señalado son las páginas web en las cuales los agentes

económicos no solo consignan toda la información referente a su actividad comercial, sino también las usan para promocionar sus productos o servicios. Es así que actualmente se ha hecho común que los proveedores cuenten con un sitio *web* al cual los consumidores pueden acceder con gran facilidad y rapidez para tener conocimiento de su actividad y oferta.

Del mismo modo, los agentes económicos vienen haciendo uso de los correos electrónicos para enviar sus anuncios publicitarios a consumidores individualizados o a grupos de consumidores, de acuerdo a sus necesidades específicas. Sobre este punto resulta relevante traer a colación lo resuelto por el Tribunal de Indecopi mediante la Resolución N°0690-2007/TDC:

“Así, el correo electrónico como medio publicitario no sólo brinda al anunciante una mayor capacidad de difusión, sino que también permite a las empresas lograr un mayor entendimiento para destinar a sus consumidores la publicidad ‘adecuada’ que se ajuste a sus intereses y gustos. En líneas generales, se ha reconocido que ‘el correo electrónico es el medio de marketing de moda. Cada vez más anuncios por e-mail saltan en la pantalla de nuestra computadora y llenan nuestros buzones electrónicos’ ”.

Asimismo, en la actualidad es usual ver que una cantidad cada vez mayor de proveedores tienen una cuenta en redes sociales de gran difusión como son Facebook y Twitter.

La primera de ellas es, por lo general, la más usada por los proveedores peruanos para difundir anuncios publicitarios, ello debido que a través de esta red social sus anuncios pueden ser compartidos por todos los usuarios que sean seguidores de su cuenta, lo cual les permitirá difundir campañas publicitarias que pueden llegar a ser “virales”¹⁰⁹.

108 Según Roberto Neuberger: *“El marketing viral puede ser definido como una estrategia que incentiva que los individuos transmitan rápidamente un mensaje comercial a otros de manera tal de crear un crecimiento exponencial en la exposición de dicho mensaje”*. Ver: NEUBERGER, Roberto. *“Los 6 principios del Marketing Viral”*. En: <http://www.webtaller.com/maletin/articulos/los-6-principios-del-marketing-viral-2.php>. Consultado el 26 de junio del 2012.

109 *“El marketing viral y la publicidad viral son términos empleados para referirse a las técnicas de marketing que intentan explotar redes sociales preexistentes para producir incrementos exponenciales en ‘conocimiento de marca’ (brand awareness), mediante procesos de autorreplicación viral análogos a la expansión de un virus informático. Se suele basar en ‘el boca a boca’ mediante medios electrónicos; usa el efecto de ‘red social’ creado por internet y los modernos servicios de telefonía móvil para llegar a una gran cantidad de personas rápidamente. También se usa el término marketing viral para describir campañas de marketing encubierto basadas en internet, incluyendo el uso de blogs, de sitios aparentemente amateurs, y de otras formas de astroturfing diseñadas para crear ‘el boca a boca’ para un nuevo producto o servicio. Frecuentemente, el objetivo de las campañas de marketing viral es generar cobertura mediática mediante historias ‘inusuales’, por un valor muy superior al presupuesto para publicidad de la compañía anunciante. En: PURO MARKETING (s/f). “Marketing Viral”. En: <http://www.puromarketing.com/pdf.php?id=19>. Consultado el 28 de junio del 2012.*



En esa línea, los anunciantes usualmente tratan de aprovechar el efecto multiplicador de la difusión de información de dicha red social y normalmente buscan asociar sus productos o servicios con frases e imágenes graciosas o polémicas que serán fácilmente transmitidas entre los usuarios, ello en la búsqueda de esa codiciada "viralidad".

Otro aspecto peculiar dentro del Facebook es que puede facilitar conductas como la publicidad encubierta, por ejemplo, cuando personas naturales vinculadas con determinados agentes económicos difunden información comercial a través de sus cuentas personales, mostrando cierta preferencia aparentemente espontánea. Lo mismo se puede hacer con el Twitter, incluso a través de publicidad testimonial, como podemos apreciar en las siguientes noticias:

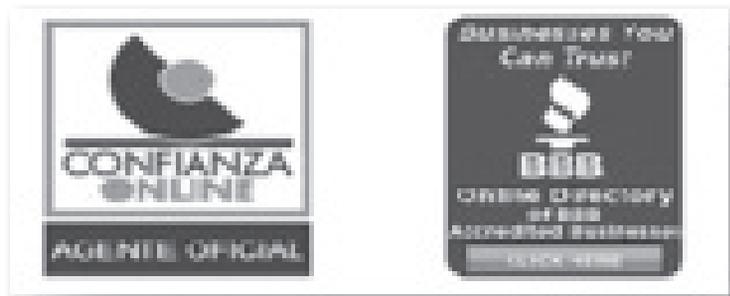


Fuentes: Diario ABC.es

http://www.abc.es/20121015/medios-redes/abci-twitter-cerrar-famosos-201210111136.html#_UH5RqdZ_Whc.facebook
 El País http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/10/12/actualidad/1350059827_931510.html

El crecimiento de la publicidad *on line* (redes sociales, por ejemplo) en nuestro país traerá nuevos retos en la labor de supervisión del Indecopi (por ejemplo, para detectar violaciones al principio de autenticidad) a fin de lograr imponer el *enforcement* adecuado para el cumplimiento de las ofertas que se promocionen a través de estos medios.

Para lograr que en la publicidad y en la comercialización *on line* se implementen las mejores prácticas se puede acudir, por ejemplo, a la autorregulación, tal como ha sucedido en otros países de la región y en Europa. Sin perjuicio de ello, lo cierto es que las normas que regulan la publicidad comercial en el Perú resultan aplicables a esta nueva modalidad de difusión de anuncios.



Fuente: <http://www.confianzaonline.es> / <http://www.bbb.org/us/>

c. Publicidad directa y publicidad indirecta



Fuente: Imagen tomada de "Publicidad y defensa del Consumidor" (junio-agosto 2008).
Diapositivas de Ricardo Maguña Pardo.

La publicidad directa es la comunicación comercial que puede ser fácilmente percibida por el destinatario del mensaje publicitario a través de la decodificación inmediata de los signos que percibe.



Fuente: Resolución N°1644-2007/TDC-INDECOPI

Por su parte, la publicidad indirecta es aquella que utiliza signos o imágenes distintivos que sugieren al consumidor la identidad del producto promocionado, pese a que éste o los signos que lo identifican plenamente no se presentan de manera completa o explícita.

Es importante mencionar que la publicidad indirecta -al igual que la directa- será ilícita cuando a través de ella se realiza indebidamente la promoción de un bien o un servicio sobre el cual recae una prohibición absoluta o relativa, tal como es el caso de la publicidad de productos de tabaco, de bebidas alcohólicas o de productos farmacéuticos de venta exclusiva bajo receta médica. La relevancia de establecer ello, radica justamente en que como resulta de mayor dificultad tener la certeza de cuál es el producto publicitado en un anuncio indirecto, entonces el anunciante puede aprovechar para, de cierto modo, “camuflar” la publicidad de los productos sometidos a restricción legal.

d. Publicidad transfronteriza

La publicidad transfronteriza es un fenómeno que se viene produciendo desde hace ya bastante tiempo, especialmente tras el desarrollo de la televisión vía satélite o por cable y, más recientemente, con la aparición de internet. Como publicidad transfronteriza debe ser entendida solo la emitida desde un país distinto al país receptor o destinatario, porque es en estos casos donde se plantea la especial problemática típica de las relaciones internacionales o transfronterizas. Esto es, qué Derecho aplicar y qué jurisdicción es la competente para resolver los posibles conflictos que se presenten¹¹⁰.

Frente a este fenómeno, la LRCDD establece en su art. 4 lo siguiente:

“Art. 4.- Ámbito de aplicación territorial.-

La presente Ley es de aplicación sobre cualquier acto de competencia desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero”. (El subrayado es nuestro).

Como podemos apreciar, el criterio establecido para seleccionar la legislación peruana contra la competencia desleal como ley aplicable a un supuesto con elementos internacionales es el lugar de efectiva o potencial producción de efectos sustanciales.

110 RÚIZ MUÑOZ, Miguel. (2006). “Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables”. En: *Estudios sobre consumo*. N°79. Madrid, Instituto Nacional del Consumo, pp. 89. Disponible en: http://www.consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2006/EC79/EC79_08.pdf. Consultada el 24 de octubre del 2012.

Dicha disposición es plenamente coherente con la finalidad de la legislación contra la competencia desleal, toda vez que el interés tutelado por nuestra norma es el mercado nacional a través de la protección del adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En ese sentido, no pueden admitirse mermas en la represión de estas conductas en el mercado peruano por el solo hecho de que la realización o el objetivo de la conducta se sitúen fuera de su territorio, mas aun en el entorno de un mercado globalizado. Por lo tanto, es irrelevante para la determinación de la aplicación de la norma: (i) el lugar de realización de la conducta, (ii) la nacionalidad de los sujetos implicados, o (iii) la intención del sujeto que llevará a cabo la conducta ilícita¹¹¹.

Lo que queda claramente establecido, como ya se indicó, es que las normas que regulan la publicidad comercial en el Perú resultan aplicables. Sin duda, el Indecopi ya ha venido actuando en algunos casos recientes en publicidad *on line*, como podremos apreciar en el presente trabajo.

e. Sujetos inmersos en la difusión de la publicidad comercial.

Previamente a que un anuncio publicitario llegue a los consumidores, intervienen diversos agentes que cumplen determinadas funciones en distintos momentos y ámbitos. Estos sujetos son el anunciante, la agencia de publicidad y los medios de comunicación social.

El anunciante es el motor de la actividad publicitaria, es la persona natural o jurídica que actúa en el mercado con una finalidad concurrencial y que, mediante la difusión de publicidad, se orienta a mostrar a los consumidores la naturaleza, características, propiedades o ventajas de los bienes o servicios que constituyen el objeto de su actividad comercial. De esta manera busca persuadir al público de generar transacciones a fin de satisfacer sus intereses empresariales. En otras palabras, el anunciante es quien tiene la necesidad de ofertar por medio de un anuncio.

La agencia de publicidad es el ente creativo del esquema y puede ser toda persona natural o jurídica que presta el servicio de diseñar, confeccionar, organizar y/o ejecutar los anuncios publicitarios. Así, la función de este agente económico reside en usar sus conocimientos para mostrar la oferta del anunciante de la manera más atractiva para los ojos del consumidor, a fin de que éste se vea persuadido a adquirirla.

111 MASSAGUER, José (1999). Op. cit., pp. 140-142.

El medio de comunicación es el engranaje final del esquema publicitario, ya que se encarga de difundir el anuncio elaborado por la agencia de publicidad, el cual fue previamente encargado por el anunciante. De esta manera, el medio de comunicación social es toda persona, natural o jurídica que brinda servicios en cualquier forma a través de las cuales es factible difundir publicidad, ya sea de manera personalizada o impersonal, por medios tales como la correspondencia, televisión, radio, teléfono, internet, facsímil, diarios, revistas, afiches, paneles, volantes o cualquier otro medio que tenga un efecto de comunicación similar.

A diferentes roles corresponden diferentes responsabilidades. Así, los anunciantes son responsables de la publicidad que difundan de sus productos. Las agencias, por su rol creativo, son responsables por el contenido (mensajes) del anuncio publicitario mas no por las características propias del bien o servicio que se anuncia. Finalmente, los medios de comunicación, en su rol de difusores de la publicidad comercial, responden por la violación de las normas que restrinjan o prohíban la difusión de la publicidad comercial de determinados productos, además de ser responsables, por cierto, de la publicidad que difundan de sus propios productos (por ejemplo, un anuncio que difunda la transmisión en vivo de la final del campeonato mundial de fútbol).

Gráfico N°1
Esquema publicitario



f. Interpretación de la publicidad

El art. 21 de la LRCD establece respecto a la interpretación de la publicidad comercial lo siguiente:

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

21.2.- Dicha evaluación se realiza sobre todo en el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio publicitario que percibe. En el caso de campañas publicitarias, éstas son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman”.

De lo señalado en el artículo anterior, debe quedarnos claro que la interpretación de la publicidad depende de todos los elementos, sonidos, figuras y referencias que se complementan con el anuncio. Así, DE LA CUESTA señala que:

“[N]o puede enjuiciarse la publicidad tomando aisladamente cada uno de los elementos del mensaje, incluidas las formas de expresión propias de los diferentes lenguajes. El mensaje ha de deducirse del conjunto de todos los elementos y de todas sus diversas formas de expresión utilizadas”¹¹².

Es importante precisar que quien atribuye el significado al anuncio es el consumidor, bajo sus propios parámetros y en su condición de destinatario de la publicidad. Con ello no queremos decir que la autoridad de competencia tenga que requerir encuestas o estudios que determinen qué es lo que entendió el consumidor del anuncio difundido, pues ello sería ineficiente, toda vez que generaría costos innecesarios en los administrados y dilataría los plazos de tramitación de los procedimientos. La interpretación de la publicidad comercial está a cargo de la autoridad de competencia que deberá realizarla, en principio, conforme lo haría un consumidor razonable de un análisis integral y superficial del anuncio.

Así lo ha señalado el TDC en su reciente Resolución N°0133-2012/SC1-INDECOPI:

112 DE LA CUESTA, José María. (2002). Op. cit., p.154.

“25. En este punto, cabe señalar que la interpretación de los anuncios publicitarios que la Comisión o la Sala estima que un consumidor razonable realiza, no tiene que estar necesariamente sustentada en encuestas o focus groups. Si bien estos últimos podrían constituir herramientas útiles para determinar la percepción que tienen los consumidores de los anuncios y con ello el mensaje publicitario, se debe tener en consideración principalmente –como lo establece la ley– el análisis superficial de las palabras e imágenes expuestas y las expectativas razonables de los consumidores en atención a las características de los productos o servicios anunciados. Son estas pautas interpretativas las que debe seguir la autoridad para determinar el sentido jurídicamente relevante del anuncio publicitario”.

Sin perjuicio de ello, el TDC ha establecido mediante Resolución N°1024-2011/SC1-INDECOPI, que el estándar de consumidor sobre el cual se realizará la interpretación de la publicidad variará dependiendo del público objetivo al cual va dirigida la pieza publicitaria. Se identificará si el anuncio está dirigido a un público de consumidores razonables o expertos, delimitando el tipo de producto o servicio comercializado y el canal de publicidad a través del cual se promociona el bien. Sobre el particular, se señaló lo siguiente:

“Así por ejemplo, cuando el tipo de producto sea uno de consumo masivo (galletas o gaseosas) y los anuncios se canalicen a través de medios de acceso también masivo (televisión nacional en horario estelar), queda claro que el público destinatario no es un segmento específico y estará conformado por cualquier persona, que interpreta el anuncio desde su percepción de ‘consumidor razonable’. En cambio, cuando el tipo de bien sea uno de características particulares (maquinaria especialmente acondicionada para la industria de telecomunicaciones) y el canal publicitario sea segmentado (correos electrónicos cuyo destino es la gerencia de tecnología de las empresas de telefonía), el consumidor corresponderá a un círculo especializado que aplica sus mayores conocimientos en la interpretación del anuncio.

De tal manera, cuando el anuncio esté segmentado y vaya dirigido a un público especializado, debe entenderse que se aplica un parámetro de ‘consumidor experto’ en la interpretación del anuncio. En estos casos, hay mayor nivel de conocimiento del destinatario de la publicidad, menor asimetría informativa y, por tanto, se está ante un tipo de consumidor que, sin incurrir en un nivel de precaución excesivo, es bastante menos propenso a verse afectado por un problema informativo.

Un típico caso de anuncios que van dirigidos a un segmento específico de expertos

es el de la publicidad de venta bajo receta médica, publicidad que se encuentra reconocida y regulada en el art. 39 de la Ley N°29459, Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios.

Este tipo de publicidad es aquella que va dirigida a aquellos profesionales que prescriben o dispensan productos de venta exclusiva bajo receta médica, el cual es un segmento altamente especializado en conocimientos de índole médica y que, por su formación, tiene naturalmente mayores conocimientos sobre los componentes y acciones farmacológicas de los medicamentos.

Esta especial posición y experiencia de este círculo de destinatarios genera que su percepción sobre la información de tipo clínica que se le expone en un anuncio sea recibida con un mayor nivel de atención y cautela, encontrándose en mejores capacidades de interpretar la información sobre las ventajas terapéuticas de un producto farmacéutico que se presentan en un anuncio y reduciéndose los riesgos de inducción a error”.

(El subrayado es nuestro).

Cabe precisar que, si bien se ha mencionado que la forma de obtener el mensaje publicitario de un anuncio es realizando un análisis integral y superficial del mismo, el TDC ha reconocido¹¹³ que en los anuncios puede existir más de un mensaje publicitario. Así, una publicidad podría tener un mensaje principal y uno segundo que complemente ese mensaje; o incluso, este segundo mensaje podría ser contradictorio al mensaje principal y, por ende, ser susceptible de inducir a error a los consumidores sobre las condiciones de los productos o servicios publicitados.

En esa misma línea, ha indicado el TDC, es importante anotar como la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de Estados Unidos de América ha señalado que el anunciante debe asumir la responsabilidad por las distintas interpretaciones razonables que se generen como consecuencia de las afirmaciones publicitarias ambiguas. Así, ha establecido que “... *en aquellos casos en que la publicidad ampara más de una interpretación para el consumidor razonable –una de las cuales transmite información falsa– el anunciante será responsable por la interpretación inexacta derivada de sus anuncios*”¹¹⁴.

113 Mediante Resoluciones N°0371-2011/SC1-INDECOPI y N°0478-2011/SC1-INDECOPI.

114 Resolución N°0133-2012/SC1-INDECOPI: Traducción libre del siguiente texto: “(...) *when a seller’s representation conveys more than one meaning to reasonable consumers one of which is false, the seller is liable for the misleading interpretation*”. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). (1983). *Policy Statement on Deception*. 14 de octubre de 1983. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/addecept.htm>.



Es en ese sentido que un sector de la doctrina ha señalado que si bien los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizados en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios, en los casos que en los anuncios aparezcan partes de forma especialmente destacada que capten la atención del consumidor, prevalecerá la “parte captatoria” sobre el conjunto. Sobre el particular, PATIÑO señala que:

“La regla de la visión de conjunto debe entenderse en el sentido de que el consumidor se guía por la impresión general. La razón es obvia: al estar expuesto diariamente a la contemplación de multitud de comunicaciones comerciales, el consumidor sólo conservará en su memoria una imagen global del anuncio. Ahora bien, en la publicidad puede y debe distinguirse una parte captatoria de la atención de los destinatarios, como puede ser un reclamo o eslogan principal. En tal caso, no debe aplicarse la regla de la impresión global para valorar la verdad o falsedad del mensaje”¹¹⁵.

Así, al valorar la inducción a engaño en este tipo de anuncios, el anunciante se encuentra obligado a que las restantes partes del anuncio –generalmente presentados en letra más pequeña– no sean contradictorias al mensaje publicitario principal¹¹⁶.

Así lo ha sostenido la Sala en reciente jurisprudencia administrativa (Resolución N°0133-2012/SC1-INDECOPI), citando como sustento de su posición al Derecho europeo:

“43. Por su parte, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior ha establecido que ‘Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial (...), o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado (...)’ ”¹¹⁷.

115 PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). *La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona, Editorial Bosh SA., p. 313.

116 En opinión de DE LA CUESTA: “Hay quien sostiene que en la publicidad puede y debe distinguirse una parte como especialmente captativa de la atención de los destinatarios, y en vista de semejante opinión, que rompe la regla de la impresión global que es la única adecuada a todo proceso comunicativo, es el juicio acerca de la verdad o falsedad de esa supuesta parte captativa la que determina la verdad o falsedad del mensaje”. DE LA CUESTA, José María. (2002). Op. cit., p. 154.

g. Interpretación de campañas publicitarias

De conformidad con el art. 59 inciso e) de la LRCD, se denomina campaña publicitaria a los anuncios difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como televisión, radio, catálogos de venta, folletos, diarios, revistas, paneles e Internet, entre otros, respecto de los mismos productos y presentando el mismo mensaje publicitario principal.

De acuerdo a lo dispuesto en el art. 21.2 de la LRCD, las campañas publicitarias son analizadas en su conjunto, considerando las particularidades de los anuncios que las conforman.

2.1.2. Aspectos sustantivos: principios que rigen la publicidad comercial y formatos publicitarios.

a. El Principio de Veracidad (actos de engaño)

“Art. 8.- Actos de engaño.

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

117 Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de mayo del 2005.

“Art. 7.- Omisiones engañosas.

1. Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

2. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado”.

(El subrayado es nuestro).

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.

Este principio publicitario se encuentra recogido en los actos de engaño de la nueva LRCD. Estos actos, por lo general, se presentarán en la actividad publicitaria en la medida que es a través de esta actividad, que los agentes económicos suelen informar al mercado acerca de su oferta.

En apartados anteriores mencionábamos que una de las características de la publicidad comercial es que es persuasiva, por ello no se exige un deber de imparcialidad en los anunciantes. En efecto, el anunciante puede exagerar acerca de las características de su oferta, incluso utilizando afirmaciones altisonantes, pero ello siempre y cuando no sea susceptible de inducir a error a los consumidores.

Ahora bien, es importante precisar que no toda alegación publicitaria debe estar sometida al principio de veracidad. Solo los anuncios que contengan información objetiva serán susceptibles de inducir a error a los consumidores, pues se realizan sobre la base de elementos comprobables que, por lo general, son tomados en serio por los consumidores.

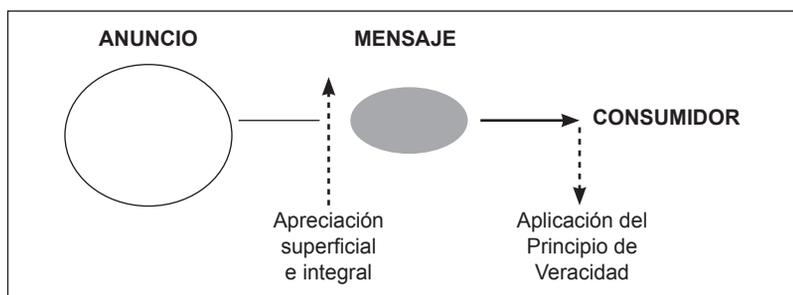
Por su parte, los anuncios publicitarios de contenido subjetivo no se encontrarán sujetos al análisis del principio de veracidad al no ser susceptibles de inducir a error a los consumidores, ya que estos no los tomarán en serio, pues considerarán que se trata de simples exageraciones publicitarias.

Cabe señalar que no tiene que presentarse un engaño efectivo en el mercado, basta con este sea susceptible de generarse para que sea considerado un acto ilícito.

Para determinar si un anuncio es susceptible de inducir a error, en primer lugar se debe realizar un análisis integral y superficial del anuncio, como lo haría un consumidor razonable. De dicho análisis se obtiene el mensaje publicitario del anuncio, el cual no debe ser falso ni

debe inducir a error. La falsedad es el caso más simple de infracción al principio de veracidad pues implica que las afirmaciones empleadas no corresponden a la realidad. Por su parte, la inducción a error -a diferencia de la simple falsedad- puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas dependiendo de la forma en que las afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que acompañan a dichas afirmaciones, lo que puede llevar a un consumidor a considerar que los productos o servicios publicitarios poseen determinadas características de las que en realidad carecen¹¹⁸. Una modalidad de la inducción a error es la omisión de información en la publicidad. Le invitamos a observar el siguiente gráfico (ver Gráfico N°2):

Gráfico N°2
Enjuiciamiento de un anuncio publicitario



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

a.1. Omisión de información susceptible de inducir a error

Los anunciantes no tienen un deber de exhaustividad en la información que consignan en sus anuncios. Ellos son libres de consignar la información que consideren pertinente, siempre que ésta no sea susceptible de inducir a error.

Así, no se exige que los anunciantes consignen toda la información relevante sobre su producto en los anuncios, pues se entiende que la publicidad no es un contrato de consumo. En ese sentido, el acto de engaño a través de la actividad publicitaria no se produce por la simple omisión de información sino cuando esta omisión genera una percepción errónea en el consumidor, es decir, cuando existe discordancia entre el mensaje que reciben los

118 Resolución N°1602-2007/TDC-INDECOPI.



consumidores y la realidad¹¹⁹. La omisión de información que sea comúnmente conocida por los consumidores no será susceptible de inducirlos a error.

En caso de existir restricciones o información que su omisión pueda generar como consecuencia un acto de engaño, bastará con que el anunciante informe de su existencia y remita a través de sus anuncios a un centro de información gratuito (como puede ser una página *web*) donde ésta se indique con claridad. Cabe señalar que dicha información deberá ser complementaria y no contradictoria al mensaje publicitario del anuncio.

Ahora bien, consideramos que cuando el anunciante introduce en su publicidad información imperceptible o ilegible que sea susceptible de generar una percepción errónea en el consumidor y ésta no sea informada adecuadamente a través de medios análogos gratuitos (previa mención de su existencia y ubicación), deberá ser considerada como un acto de engaño por omisión¹²⁰.

Esta particularidad, por lo general, se presentará en anuncios que hacen uso de un elemento captatorio acompañado de información complementaria en textos legales, *disclaimers* o *scrolls* que sean imperceptibles o ilegibles para los consumidores. Así, los anunciantes no solo tienen la obligación que la información complementaria ubicada de forma poco destacada en la publicidad no sea contradictoria del mensaje publicitario principal sino que, además, dicha información deberá proporcionarse de manera legible y perceptible. Si ello no es así, dicha información será considerada por la autoridad de competencia como no puesta.

a.2. Alegaciones ambiguas susceptibles de inducir a error

Otro tipo de expresiones publicitarias que pueden inducir a error son las alegaciones ambiguas. Se trata de expresiones que poseen varias acepciones y en alguna de ellas la expresión utilizada no es veraz; por lo tanto, el anuncio publicitario puede constituir un

119 Al respecto, cabe precisar que el art. 7.1 de la Ley de Competencia Desleal española establece que "... se considerará desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que sea el adecuado, o cuando no dé a conocer el propósito comercial de la conducta en cuestión, en caso de que no resulte evidente por el contexto".

120 FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y SALGADO ANDRÉ, Elena. (2010). "Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis de los art. 5 y 7 de la LCD)". En: *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*. Volumen 30 (2009-2010). Madrid, Universidad de Santiago de Compostela (USC) y Marcial Pons (coedición), pp. 236-238.

acto de engaño, ya que existe el riesgo de que el público de los consumidores interprete el mensaje en un sentido que no se corresponda con la realidad¹²¹.

En ese mismo sentido el TDC, mediante Resolución N°478-2011/SC1-INDECOPI, ha establecido que “... es de responsabilidad del anunciante no solo transmitir información verdadera a través de su publicidad, sino asegurarse que ésta no sea susceptible de inducir a error a los consumidores, al presentar, por ejemplo, un contenido inexacto y/o ambiguo, que pueda desvirtuar el contenido del anuncio”.

En estas circunstancias, el anunciante es quien tiene la carga de evitar que los términos de la publicidad que difunde no sean oscuros o ambiguos. Ello es así puesto que el emisor del mensaje publicitario es quien cuenta con mayor y mejor información sobre los términos de la publicidad, y es quien dispone de todos los medios para garantizar que el contenido de sus anuncios responda fielmente a lo publicitado.

Así, como ya quedó indicado, el TDC ha señalado mediante Resolución N°0133-2012/SC1-INDECOPI, siguiendo en esta línea a la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission*) de Estados Unidos, que el anunciante debe asumir la responsabilidad por las distintas interpretaciones razonables que se generen como consecuencia de las afirmaciones publicitarias ambiguas. Así, ha establecido que “... en aquellos casos en que la publicidad ampara más de una interpretación para el consumidor razonable –una de las cuales transmite información falsa– el anunciante será responsable por la interpretación inexacta derivada de sus anuncios”¹²².

En consecuencia, en caso de existir ambigüedad sobre un mensaje publicitario debido a las diversas interpretaciones derivadas de los términos de un anuncio, este debería ser interpretado a favor del público destinatario, es decir, del consumidor.

a.3. Alegaciones publicitarias objetivas y subjetivas: la publicidad de tono excluyente, la exageración publicitaria y los juicios estimativos¹²³.

121 PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). Op. cit., p. 356.

122 Resolución N°0133-2012/SC1-INDECOPI: Traducción libre del siguiente texto: “(...) when a seller’s representation conveys more than one meaning to reasonable consumers one of which is false, the seller is liable for the misleading interpretation”. FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). (1983). Op. Cit.

123 Para un mayor desarrollo de este tema ver: MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. (2010). “El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted”. En: *Revista de la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual del INDECOPI*. Año N°6. N°10. Otoño del 2010. Lima, Indecopi. Disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otonio2010/RicardoMaguinia.pdf>



En apartados anteriores mencionamos que las alegaciones publicitarias¹²⁴ que se encuentran sujetas al análisis del principio de veracidad (actos de engaño) son las objetivas en la medida que este tipo de alegaciones pueden generar expectativas al ser tomadas en serio por los consumidores. Este tipo de alegaciones deben ser entendidas como expresiones publicitarias concretas, por ende, comprobables respecto a la empresa anunciante o bien al servicio o producto anunciado¹²⁵.

Determinar cuándo una alegación es de carácter objetivo o subjetivo no es tan sencillo como parece. Es así que la doctrina ha desarrollado la siguiente clasificación de las alegaciones que pueden presentarse en la actividad publicitaria:

- **Alegaciones de tono excluyente.** La publicidad de tono excluyente es toda afirmación de contenido informativo y comprobable que es tomada en serio por el público al que se dirige o alcanza¹²⁶ y, a través de la cual, se manifiesta que la empresa, producto o servicio anunciados ocupa una posición preeminente en el mercado, posición que no es alcanzada por ningún competidor¹²⁷. Un ejemplo de este tipo de alegación publicitaria se presenta cuando un banco alega que es *“el único que cuenta con oficinas de atención disponibles las 24 horas del día”*.

En la medida que dicha modalidad publicitaria se limita a informar que existe una posición de preeminencia o liderazgo de su empresa o producto frente a todos sus competidores en el mercado, se trata de una figura esencialmente lícita, siempre que las alegaciones difundidas sean veraces, toda vez que, como hemos señalado, los consumidores toman en serio este tipo de afirmaciones¹²⁸.

Es importante precisar que en la exposición de dichas afirmaciones de preeminencia, el anunciante no compara las ventajas de su oferta frente a las desventajas de la oferta de uno o varios competidores determinados, pues en ese caso estaríamos frente a la figura de la publicidad comparativa. En la publicidad comercial de tono excluyente, el anunciante se limita a resaltar su posición de preeminencia, sin hacer ninguna referencia directa a sus competidores^{129 130}.

124 El término “alegación publicitaria” contiene las frases e imágenes que se difunden en la publicidad comercial.

125 FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1975). “La Sujeción de las Expresiones Publicitarias al Principio de Veracidad”. En: *Actas de Derecho Industrial*. Madrid, Editorial Montecorvo S.A., pp. 378-379.

126 LEMA DEVESA, Carlos. (2007). *Problemas Jurídicos de la Publicidad. Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., pp. 21 -26.

127 TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. cit., p. 50.

128 Elemento característico que diferencia esta figura publicitaria de la exageración publicitaria.

129 TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. Cit.

- Exageración Publicitaria.** La doctrina define a la exageración publicitaria como los anuncios que aumentan de modo desmesurado las características de los bienes ofertados a través de elogios altisonantes de contenido total o parcialmente comprobable, que poseen un núcleo fáctico verdadero y que no son tomados en serio por los consumidores¹³¹. Se dice que la exageración publicitaria encierra una alegación total o parcialmente comprobable debido a que las afirmaciones que en este tipo de anuncios se exponen poseen un contenido determinado cuya veracidad es factible de comprobarse. Así, esta modalidad publicitaria nunca estará compuesta de juicios de valor o estimativos, pues éstos únicamente se limitan a exteriorizar una opinión del anunciante.

En virtud a este contenido parcial o totalmente objetivo, se entiende que esta figura publicitaria contiene un "núcleo fáctico verdadero", toda vez que este tipo de alegaciones se sustentan en un "mínimo de verdad", el cual el anunciante aumenta al alabar las características de sus productos o servicios.

Sin perjuicio de lo señalado, la característica relevante de la exageración publicitaria es que no es tomada en serio por los consumidores, debido a que no suscita en estos una reflexión ulterior¹³²; es decir, toman conocimiento del mensaje de la expresión publicitaria pero no le otorgan crédito alguno. Por ello, esta figura publicitaria no se encontrará sujeta –por lo general- a la aplicación del principio de veracidad¹³³.
- Las expresiones publicitarias triviales y de carácter general.** Este tipo de expresiones se encuentran compuestas, principalmente, por alabanzas genéricas del producto, servicio o empresa anunciada, las cuales se materializan, por lo general, a través de frases vacías que los consumidores interpretan en el sentido de simples incitaciones a la compra o contratación del producto o servicio anunciado. Por ejemplo: "Vermont, te da más", "Viajes Rapidez, tu opción a contratar", etc.¹³⁴

130 Algunas pautas y ejemplos de la forma como se manifiesta esta modalidad publicitaria en el mercado, tomadas de LEMA DEVESA, Carlos. (2007). Op. cit., pp. 24-26, son las siguientes:

- Cuando se incluyan adjetivos en las afirmaciones con la finalidad de realzar una posición predominante, como por ejemplo: "único", "insuperable", "inigualable", "incomparable", etc.
- Se haga uso del adverbio "sólo" siempre que dicho adverbio aparezca unido a determinadas características de la empresa o producto elogiado. Ejemplo: "la calidad en fibra de algodón que sólo podrás encontrar en X".
- Se haga uso del adverbio "sí". Así sucederá cuando se otorga tal énfasis al citado adverbio que se infiere una ventaja o superioridad del producto anunciado con respecto a los productos de los competidores. Ejemplo: "Afiliate a la AFP X, nosotros SÍ te informamos qué hacemos con tu dinero".
- El uso de frases o expresiones para destacar una posición de supremacía en el mercado. Por ejemplo: "la última palabra...", "por fin un producto que...", "el número 1 en...".
- El uso del artículo determinado, siempre que se presente de la siguiente manera: (i) cuando vaya acompañado de un adjetivo de matiz recomentatorio, por ejemplo, "el auténtico...", "el verdadero...", "la legítima..."; y (ii) si aparece junto con un nombre geográfico determinado, por ejemplo "el establecimiento especializado de San Isidro".

131 LEMA DEVESA, Carlos. (2007). Op. cit., p. 387; y, TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. cit., pp. 34-35.

132 TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. Cit.



- **Los juicios estimativos.** Este tipo de alegaciones publicitarias no poseen un contenido objetivamente comprobable y versan sobre puntos opinables. Así, no existen pautas o criterios generales para determinar su exactitud o inexactitud; son expresiones publicitarias que se limitan a exteriorizar una opinión del anunciante, la cual no puede verificarse porque no menciona o alude a ningún hecho.

Dentro de esta figura se incluyen las expresiones publicitarias que contienen juicios estéticos como por ejemplo “la más hermosa muestra de arte”, “las flores más bellas del mundo.” También se incluyen dentro de este grupo las expresiones publicitarias que no hacen más que reproducir apreciaciones concernientes a materias de uso o gusto personal. Así sucede por ejemplo, con las siguientes frases: “el asiento más confortable”, “el restaurante más acogedor”, “el libro más entretenido”, etc.¹³⁵

a.4. Sustanciación Previa

La doctrina ha señalado que una alegación publicitaria también induce a error cuando el operador responsable de la misma no ha aportado pruebas suficientes de su exactitud¹³⁶.

La LRCO establece que la carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante; ello en virtud de que al no existir control previo de la publicidad comercial –en nuestro ordenamiento legal se encuentra expresamente prohibido–, los anunciantes tienen el derecho en ejercicio de la libertad de comunicación comercial de difundir sus anuncios sin solicitar autorización previa alguna al Estado y, en consecuencia, difundir sus mensajes libremente.

133 Algunas pautas y ejemplos de la forma como se manifiesta esta modalidad publicitaria en el mercado, tomadas de LEMA DEVESA, Carlos. (1978). “La exageración publicitaria en el derecho español”. En: *Actas de Derecho Industrial*. Madrid, Marcial Pons, pp. 282-289, y FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1975). Op. cit., p. 383, son las siguientes:

- Cuando las afirmaciones del anuncio adopten forma de verso. Los versos publicitarios y, sobre todo, los pareados publicitarios son indicio de que el anuncio constituye una exageración publicitaria, toda vez que no serán tomados en serio, ni al pie de la letra.
- Cuando se hace uso en el anuncio de frases humorísticas, irónicas y satíricas.
- Cuando en un anuncio se acumulen diversos adjetivos superlativos o expresiones de tono excluyente. Para el consumidor es síntoma que se trata de una exageración en la publicidad. Ejemplo: “el nuevo, único, el mejor, el inigualable, el invencible detergente X que te ayudará a quitar las manchas en la ropa blanca”.
- El sector económico al que se dirige el anuncio publicitario. En efecto, es más probable que un anuncio con afirmaciones exageradas no sea tomado en serio en el mercado de detergentes, espectáculos o cosméticos, que en el mercado de servicios financieros.

134 FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1975). Op. cit., pp. 374-375 y LEMA DEVESA, Carlos. (1978). Op. cit., pp. 65-67.

135 FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1975). Op. cit., pp. 376-378.

136 FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y SALGADO ANDRÉ, Elena. (2010). Op. cit., p. 229.

Este derecho implica una obligación en correspondencia. Los anunciantes, como ya se señaló, pueden elegir libremente los aspectos que desean resaltar en sus mensajes publicitarios y difundirlos sin que tengan que ser aprobados previamente por ninguna autoridad; por tanto los consumidores, al estar expuestos a estos anuncios –que, insistimos, no tienen ni deben tener control previo alguno para su difusión– reciben los mensajes que presumen verdaderos y comprobables y, en base a ellos, adoptan decisiones de consumo. Es por ello, que los anunciantes tienen la obligación de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas difundidas por los anuncios publicitarios.

De esta forma, el marco regulatorio contribuye a garantizar un ejercicio responsable de la libertad de comunicación comercial, generando incentivos para que los anuncios difundidos en el mercado cuenten con las pruebas que los sustenten, de manera previa a su difusión, promoviendo que a nivel publicitario así como a nivel de los consumidores, todas las decisiones se basen en información que cuenta con la sustentación previa debida y que, en consecuencia, la competencia en el mercado se plantee en términos de eficiencia.

Así, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. Esta obligación se impone con la finalidad que el anunciante cuente con información que sustente el contenido de sus afirmaciones publicitarias pues, en caso contrario, el anuncio será susceptible de inducir a error a los consumidores¹³⁷.

a.5. Publicidad Testimonial: definición y requisitos

Se llama publicidad testimonial a aquella en la que se hace aparecer a una persona diferente del anunciante¹³⁸ expresando una opinión favorable acerca de éste o de sus productos o servicios. De acuerdo a la doctrina, la finalidad que se persigue con esta modalidad publicitaria es el refuerzo que supone que el mensaje publicitario se respalde por alguien

137 Sobre el particular, la doctrina española señala que “(...) debe destacarse que una alegación ha de ser calificada como falsa o inexacta en dos supuestos diversos: cuando se ha acreditado su falsedad o inexactitud, o cuando el operador responsable de la misma no ha aportado pruebas suficientes de su exactitud.

(...)

La falta de aportación de pruebas que acrediten la exactitud de la correspondiente alegación, o la insuficiencia de las pruebas aportadas, por lo demás, permite calificar aquella como falsa o inexacta”. TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ, Pablo y HERRERA, Christian. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, La Ley, pp. 107-108.

138 Por lo general, serán personas que gozan de fama o celebridad entre el público, o expertos en la materia a que la publicidad se refiere o personas comunes con experiencia por usar o consumir el producto o servicio.



distinto del anunciante, porque así se diluirán en el momento decodificador las consecuencias del carácter del mensaje interesado propio de todo mensaje de publicidad¹³⁹.

A continuación, un ejemplo real de esta modalidad publicitaria:



Fuente: Expediente N° 027-2005/CCD. Expediente N° 030-2005/CCD (Acumulado). Expediente N° 067-2005/CCD (Acumulado). Caso Diabetes.

Conforme el art. 8.2 de la LRCO configurará actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

b. Publicidad de naturaleza alusiva

"Art. 11.-Actos de denigración

11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:

- a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;*
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;*
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,*

¹³⁹ DE LA CUESTA, José María. (2002). Op cit., p. 162.

d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia.

Art. 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.-

12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.

12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarían actos de competencia desleal”.

La publicidad comercial alusiva, como su propio nombre lo indica, es toda aquella en la que el anunciante no solo hace referencia a sus bienes o servicios sino que, además, alude expresa o implícitamente a la oferta de uno o varios agentes económicos que concurren en el mercado. Dentro de este concepto genérico se encuentran las siguientes modalidades publicitarias: la publicidad comparativa, la publicidad denigratoria y la publicidad adhesiva^{140 141}.

Estas modalidades publicitarias tienen como características comunes que (i) en todas ellas se alude inequívocamente, de manera directa o indirecta, a la oferta de otro agente económico; y, (ii) se reputan lícitas siempre que cumplan con ser veraces, exactas y pertinentes (en la forma y fondo).

140 LEMA DEVESA, Carlos. (2007). Op. cit., p. 448 y STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2007). “Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial - Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal”. En: *Ius Et Veritas*. N°34. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 183.

141 Cabe señalar que si bien LEMA DEVESA incluye en estos supuestos a la publicidad confusionista, esta figura no se desarrollará en el presente trabajo, toda vez que la confusión no necesariamente se genera con la alusión a la oferta de un tercero en la publicidad; ésta puede realizarse incluso a través de publicidad comercial simple, pues en estos casos lo que se sanciona es la inducción a error respecto al origen empresarial del agente y no una alusión explícita o implícita realizada de manera ilícita.



Respecto a la primera de sus características, el anunciante realizará una alusión directa (explícita) cuando haga referencia a la marca de los productos o servicios, nombre o establecimiento de otro agente económico, incluso, haciendo uso de imágenes. La alusión será indirecta (implícita) cuando un sector significativo del público destinatario del anuncio pueda deducir, en función a las circunstancias, a qué competidor o competidores se está haciendo referencia de manera inequívoca. Así, la doctrina señala que en este tipo de anuncios, los agentes aludidos deberán resultar identificados o identificables para el público destinatario del mensaje o para un sector significativo de éste¹⁴².

Como se puede apreciar, en este tipo de anuncios se puede hacer una referencia directa o indirecta a la marca que distingue los productos o servicios de otro agente económico, lo cual se encuentra permitido, no obstante el derecho de exclusiva (en su fase negativa, es decir, el *ius prohibendi*) que ostenta el titular de la marca. Ello, en virtud de las limitaciones estructurales impuestas al titular del derecho establecidas en el art. 157 de la Decisión 486 que señala en su segundo párrafo:

“[E]l registro de marca no confiere a su titular, el derecho de prohibir a un tercero usar la marca para anunciar, inclusive en publicidad comparativa, ofrecer en venta o indicar la existencia o disponibilidad de productos o servicios legítimamente marcados; o para indicar la compatibilidad o adecuación de piezas de recambio o de accesorios utilizables con los productos de la marca registrada, siempre que tal uso sea de buena fe, se limite al propósito de información al público y no sea susceptible de inducirlo a confusión sobre el origen empresarial de los productos o servicios respectivos”.

(El subrayado es nuestro).

De la lectura de este artículo se aprecia que se podrá hacer uso de la marca de un tercero en publicidad comercial siempre que este uso sea (i) de buena fe (que no constituya un acto de competencia desleal, es decir, que no sea contrario al principio de competencia por eficiencia); (ii) se limite al propósito de información al público; y, (iii) no sea susceptible de inducirlo a confusión (es decir, que no constituya uso a título de marca).

Desde el ámbito del derecho de la competencia desleal se establece, conforme al modelo social de mercado, que el daño que se puede ocasionar al competidor con el hecho de mencionarlo en un anuncio con el objeto de decir que el producto del anunciante es mejor o igual que el

142 TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. cit., pp. 21-22.

suyo o simplemente, con la finalidad de menoscabar su reputación comercial o *goodwill*, será un daño concurrencial lícito siempre que dicha alusión genere mayor información para los consumidores y transparencia en el mercado.

Así, llegamos a la segunda característica común que tienen estas modalidades publicitarias: todas se reputan lícitas siempre que -de acuerdo a lo señalado en la LRCD- cumplan de manera concurrente con cada uno de los siguientes requisitos:

- “a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad.*
- b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta.*
- c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,*
- d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.*

A continuación, desarrollaremos cada una de las modalidades publicitarias incluidas dentro de lo que se conoce como anuncios de naturaleza alusiva.

b.1. Publicidad comparativa (Actos de Comparación)

De acuerdo a nuestra LRCD, para que se presente la figura de la publicidad comparativa, tienen que concurrir dos requisitos: el primero es el común denominador de todo anuncio de naturaleza alusiva, es decir, la alusión inequívoca, directa o indirecta sobre la oferta de otro agente económico; y el segundo, que el objeto de dicha alusión sea presentar las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora¹⁴³.

143 Respecto a la publicidad comparativa en España, PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). Op. cit., pp.422-424, señala que: *“Para que exista publicidad comparativa, el mensaje publicitario debe contener dos elementos claramente diferenciados. En primer lugar, el anunciante deberá realizar una referencia conjunta a los propios productos o servicios y otra referencia explícita o implícita (pero siempre inequívoca, que permita identificar al competidor o competidores) a los productos o servicios ajenos o a los competidores. (...) En segundo lugar, debe establecerse una confrontación entre el producto anunciado y el de los competidores, con la finalidad de resaltar las venta-*





Fuente: Imagen tomada de "Publicidad y defensa del Consumidor" (junio-agosto 2008).

Diapositivas de Ricardo Maguiña Pardo.

Como es conocido, la publicidad comparativa tiene un rol importante en la competencia, en particular para el ingreso de nuevos agentes económicos o de nuevas ofertas de empresas que ya están en el mercado.

En efecto, en un mercado en competencia, los costos de información sobre las ofertas existentes, por lo general, serán altos para los consumidores, empero, como son relevantes para que puedan tomar una adecuada decisión de consumo, éstos suelen incurrir en ellos¹⁴⁴. A través de la publicidad comparativa, dicha información puede ser obtenida sin que esto implique mayor costo para los consumidores, ya que en este tipo de anuncios se les ahorra el tiempo que ocuparán en comparar las ofertas que tiene disponibles en el mercado, permitiéndoles conocer -de esta manera- las ventajas de una oferta sobre otra¹⁴⁵.

Otro elemento significativo de la publicidad comparativa es que estimula la competencia entre empresarios sobre la base de la eficiencia en sus propias prestaciones, toda vez que

jas del producto o servicio del anunciante frente a las desventajas de los productos o servicios del competidor o competidores. En el caso de que se cumplan los requisitos constitutivos de la publicidad comparativa, si la comparación se apoya en datos falsos o bien suponga denigración innecesaria, no existirá realmente una publicidad engañosa o una publicidad denigratoria sino una publicidad comparativa ilícita".

144 EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). Op. cit., p. 93.

145 Conforme hemos podido apreciar, de lo señalado en el art. 157 de la Decisión 486, el uso de la marca de un tercero se encuentra permitido en la publicidad comparativa, siempre que ésta se realice con fines informativos. En ese sentido, esta modalidad publicitaria no solo se encuentra permitida por nuestra LRCD sino también es un uso permitido de la marca de un tercero.

permitirá –en muchos casos- que nuevas empresas que accedan al mercado puedan poner de relieve características de sus productos o servicios, contraponiéndolos a productos ya existentes, beneficiando al consumidor¹⁴⁶. De este modo, se generan incentivos para que los agentes que deseen utilizar esta modalidad publicitaria, inviertan en la mejora de sus ofertas de tal manera que puedan mostrar sus ventajas sobre las ya posicionadas¹⁴⁷.

b.2. Publicidad adhesiva (Actos de equiparación)

De acuerdo a nuestra LRCD y jurisprudencia del Indecopi, estos actos consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Dicha modalidad comercial se reputa lícita siempre que cumpla con ser veraz, exacta y pertinente (de conformidad con lo indicado en el párrafo 11.2 de la LRCD). Ello, en virtud a su función informativa, la cual tendrá un efecto beneficioso para el consumidor.

Considerar dicha modalidad publicitaria como lícita tiene por objetivo que pueda apreciarse en comunicaciones comerciales la confrontación de ofertas similares disponibles en el mercado, así como su equivalencia o su grado de sustitución en términos objetivos y verdaderos^{148 149}.

146 LEMA DEVESA, Carlos. (2007). Op. cit., p. 306. Ver capítulo “La mención de la marca ajena en la publicidad”.

147 Uno de los puntos controvertidos de esta figura se presenta cuando el anunciante alega sobre las ventajas de su oferta respecto a la de todos sus competidores, sin identificarlos de manera directa o indirecta. Un ejemplo de lo mencionado se presenta si una entidad bancaria difunde un anuncio haciendo uso de la siguiente frase: “*el único que cuenta con oficinas de atención disponibles las 24 horas del día*”. De un análisis integral y superficial de dicha alegación, podríamos decir que el mensaje publicitario se encuentra referido a informar que respecto a sus competidores, dicho banco es el único que brinda una atención las 24 horas. ¿Estaríamos frente a un anuncio de naturaleza comparativa? La respuesta es negativa.

En el supuesto descrito no estamos frente a un anuncio de naturaleza comparativa, sino frente a uno de tono excluyente. Toda afirmación de una posición de preeminencia en el mercado implica una referencia indirecta a los competidores frente a los cuales el anunciante afirma tener aquella posición. Sin embargo, la doctrina estima que estas referencias comparativas implícitas en toda publicidad de tono excluyente, deben ser calificadas como un simple efecto secundario de aquella. Así, el efecto principal de esta modalidad publicitaria no lo constituirá la “comparación”, sino la afirmación de posición de preeminencia.

Cabe señalar que, para que un anuncio de tono excluyente pueda ser calificado como publicidad comparativa, debe existir, además de la referencia genérica a todos los restantes competidores, una referencia inequívoca a uno o varios agentes económicos determinados.

Por todo lo señalado, se concluye que en la publicidad de tono excluyente, por más que se pueda desprender cierta comparación frente a la totalidad de competidores, no estaremos frente a un anuncio comparativo, toda vez que no se identifica particularmente la oferta de uno u otros competidores. En ese sentido, esta modalidad publicitaria de tono excluyente -como la del ejemplo del banco- se analizará sobre la base de lo dispuesto en el art. 8 del LRCD (Actos de Engaño).

148 STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2009). Op. cit., p. 43.

149 Es importante precisar que sobre esta modalidad publicitaria encontramos un tema controvertido. Para la doctrina española, a través de esta figura, el anunciante trata de apropiarse de la reputación comercial ajena en beneficio propio, toda vez que al equiparar su oferta con la del tercero aludido, lograría como efecto que se



b.3. Publicidad denigratoria (Acto de denigración)

Para que estemos frente a un acto de denigración a través de la actividad publicitaria, tienen que concurrir dos requisitos: el primero, como todo anuncio de naturaleza alusiva, tiene que presentarse una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro u otros agentes económicos; y, como segundo requisito, dicho anuncio debe ser susceptible de tener como efecto, el menoscabo de la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos¹⁵⁰.

La represión del acto de denigración ilícito se sustenta en la necesidad de garantizar el funcionamiento adecuado de un mercado competitivo y transparente con miras a asegurar

le atribuya el *goodwill* de la oferta de este último la cual, por lo general, se encontrará distinguida a través de una marca notoriamente conocida o por lo menos, de gran implantación en el mercado. Así, se entiende que a través de este acto, el anunciante actuaría como un parásito.

Sobre el particular, TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. cit., pp. 46-47, señala: *“Así las cosas, la distinción entre publicidad comparativa y publicidad adhesiva es clara. Tanto en una como en otra se establece una relación entre la mercancía propia y la del competidor. Sin embargo, la finalidad que persigue el anunciante al entablar esta comparación es distinta. Con la publicidad comparativa, el anunciante desea resaltar las diferencias que existen entre las diversas mercancías; lleva a cabo una comparación para así poder resaltar mejor el mayor valor de la propia oferta. Por el contrario, en la publicidad adhesiva, se intenta equiparar en calidad la mercancía ajena y la propia; el anunciante se refiere a las ventajas de las dos mercancías para, de este modo, aprovechar para sí el prestigio de la mercancía ajena. En otras palabras, mientras en la publicidad comparativa se mencionan las diferencias entre las dos mercancías, en la publicidad adhesiva se resaltan las características del propio producto que hacen que éste resulte equiparable al del competidor”*. El mismo TATO PLAZA, Anxo. (1995). “Marca ajena y publicidad adhesiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993”. En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XVI (1994-1995). Santiago de Compostela: Marcial Pons. Id. VLex -262506., señala en otro artículo de investigación que: *“Este tipo de publicidad, tradicionalmente, ha sido considerada como desleal. La razón es fácil de comprender. A través de la equiparación entre los propios productos o servicios y los ajenos, el empresario pretende aprovechar en su propio beneficio la reputación alcanzada en el mercado por los productos competidores. Circunstancia ésta que no se considera compatible con un modelo de competencia basada en las propias prestaciones, el cual implica que la actuación de los competidores en el mercado ha de basarse siempre en su propio esfuerzo. En un modelo de este tipo, (...) es obvio que nadie debe ‘engalanarse con plumas ajenas’”*.

150 Según PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). Op. cit., pp. 411-412, *“(…) para calificar una publicidad como denigratoria, la misma deberá aludir explícita o implícitamente a otras empresas, actividades, productos o servicios con la finalidad de desacreditarlos o menospreciarlos. De esta redacción se desprenden dos requisitos fundamentales para la existencia de una denigración publicitaria. Por una parte, la alusión explícita o implícita (...); y, por otra parte, la lesión de la reputación o prestigio de un empresario. Aunque la denigración puede recaer indiferentemente sobre la persona, empresa, productos o servicios ajenos, ésta siempre se dirige a desacreditar la credibilidad como empresario en el mercado”*.

En esa misma línea, BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. (1993). *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid, Editorial Civitas, p. 347, señala que: *“Constituyen competencia desleal según la Ley, los actos de denigración, es decir, las manifestaciones sobre el establecimiento o la actividad de un tercero, aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes; no estimándose tales las referentes a la nacionalidad, las creencias o ideología, la vida privada u otras circunstancias estrictamente personales del afectado (...)”*.

que la formación de voluntades individuales no sea el resultado de apreciaciones subjetivas distorsionadas por el descrédito indebido de los competidores, sino basado en la mayor medida posible en la eficiencia de sus propias prestaciones y esfuerzos competitivos¹⁵¹.

b.4. La Excepción de Veracidad (*exceptio veritatis*) como requisito de licitud de la publicidad alusiva

Como mencionamos al inicio del presente apartado, los anuncios publicitarios de naturaleza alusiva serán lícitos siempre que cumplan con ser veraces, exactos y pertinentes. Esto en virtud del modelo social de mercado por el que prevalecerá el derecho al acceso a la información de los consumidores sobre los económicos que se pueda causar a los agentes aludidos. Con esto no queremos decir que cuando dichos anuncios cumplan con los requisitos antes señalados no ocasionarán perjuicio alguno a los agentes aludidos; por el contrario, el daño siempre se generará; empero, cuando éste se realice cumpliendo con los requisitos mencionados, estaremos frente a un daño concurrencial lícito.

La carga de la prueba de cumplimiento de estos requisitos recae sobre el anunciante, el cual deberá demostrar la existencia y concurrencia de los mismos. Basta con que no se cumpla con uno de ellos para que el anuncio sea considerado infractor.

- Veracidad y exactitud. El requisito de veracidad consiste en la exigencia que estos anuncios constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad. Esto quiere decir que los anuncios de naturaleza alusiva que sean susceptibles de inducir a error a los consumidores y/o contengan información de carácter subjetivo, serán considerados ilícitos¹⁵².

Mediante el requisito de exactitud se dispone que la información contenida en el anuncio debe ser clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente aludido o a su oferta. Por medio de este requisito, debe quedar claro que no basta con que la información contenida en el anuncio sea veraz. Además de ello, estos datos deben ser actuales.

151 FELICES, Enrique y DAÑINO, Gabriela. (2007). *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), p. 188, citan a MASSAGUER: “*Actos dirigidos a menoscabar el crédito comercial de un competidor*”.

152 En este punto se incluye a toda información contenida en el anuncio que no cumpla con el principio de sustanciación previa. Así, si se difunde un anuncio de naturaleza alusiva que no cuenta con sustento probatorio previo a su difusión, no cumplirá con el requisito de veracidad exigido a través de la *exceptio veritatis*.



Como hemos podido apreciar del desarrollo de ambos requisitos, podemos concluir que la concurrencia de ambos no es otra cosa que un “principio de veracidad reforzado”¹⁵³, el cual deberá presentarse conjuntamente con una obligación de pertinencia en la forma y fondo que desarrollaremos a continuación.

- La pertinencia de forma. Tal como lo señala el art. 11.2 inciso c) de la LRCD, la pertinencia de forma implica que en el anuncio de naturaleza alusiva se evite, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias.

Usualmente, para captar mejor la atención de los receptores de la publicidad, los anunciantes la presentan de manera humorística, haciendo uso para esto de la ironía, el sarcasmo o la sátira. Para este tipo de licencias publicitarias la doctrina siempre reclamó un trato benevolente, toda vez que este tipo de expresiones suelen ser interpretadas por los consumidores como simples exageraciones¹⁵⁴, las cuales no tomarán en serio pues al contemplarlos solo se limitarán a sonreír sin otorgarles crédito alguno¹⁵⁵.

El uso de estas licencias en la publicidad de naturaleza alusiva requiere que sean justificadas en atención a las circunstancias, lo cual no significa que se encuentren prohibidas o que los anunciantes no puedan hacer uso de ellas; por el contrario, el uso de éstas se encuentra permitido en la medida que no sean susceptibles de menoscabar la reputación empresarial o comercial del competidor aludido, pues se debe tener presente que toda alusión al competidor conlleva cierto descrédito.

El punto de quiebre para determinar cuándo el uso del humor, la ironía y la sátira en publicidad comparativa es justificado o injustificado se determinará de acuerdo al tinte humorístico que pueda presentar el anuncio, toda vez que -como hemos mencionado-, las alegaciones publicitarias de este tipo suelen ser interpretadas por el público como simples exageraciones, con lo cual, en principio, el mensaje publicitario

153 Al respecto, PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). Op. cit., p. 416, señala que: “Para que se aplique la *exceptio veritatis* se debe demostrar, en primer lugar, la exactitud, es decir, la precisión y la actualidad de los datos, que se correspondan con la realidad; en segundo lugar, deberán ser veraces; y por lo tanto, los mismos no podrán inducir a error a los consumidores sobre la imagen global del producto”.

154 Sobre el particular, EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). Op. cit., p. 91, señala que “[T]iene que existir un incentivo en los ofertantes por anunciar sus productos mediante publicidad, por lo que el uso de frases subjetivas, el humor, incluso la exageración publicitaria no deben, en principio, considerarse como infracciones. El balance está en que -como ya se ha señalado- los consumidores son conscientes de que la publicidad es un ‘dicho de parte’ y tomarán en cuenta la información que brinda la publicidad, pero con algún nivel de precaución o incluso escepticismo”.

155 TATO PLAZA, Anxo. (1996). Op. cit., pp. 37-38.

transmitido no tendría la aptitud de generar un menoscabo efectivo en la imagen o reputación empresarial del competidor aludido.

Sin embargo, se considerará que se hace un uso injustificado de este tipo de alegaciones publicitarias cuando sean susceptibles de denigrar innecesariamente al agente aludido a través de expresiones que desde un punto de vista formal pueden ser consideradas extremadamente agresivas o innecesariamente ofensivas¹⁵⁶ lo cual, evidentemente, le va a restar tinte humorístico al anuncio y, en consecuencia, va a ser tomado con mayor seriedad por el consumidor.

Como se podrá imaginar el lector, este tipo de análisis resulta complicado, pues el considerar ciertas alusiones como "agresivas" o "innecesariamente ofensivas" va a depender de la manera como lo entiendan las personas encargadas de resolver este tipo de conflictos de naturaleza publicitaria.

- La pertinencia de fondo. Tal como lo señala el art. 11.2 inciso d) de la LRCD, la pertinencia de fondo implica que se eviten alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta, sobre parámetros de eficiencia.

El anunciante efectúa alegaciones impertinentes de fondo cuando alude a circunstancias que pertenecen a la esfera privada del competidor; como es su nacionalidad, raza, ideología, etc. Para que se configure el incumplimiento de este requisito constitutivo de la *exceptio veritatis*, bastará con que el anunciante aluda la nacionalidad de los titulares o representantes de otra empresa, toda vez que dicha información de naturaleza estrictamente personal no es relevante para el consumidor a efectos de evaluar al agente económico aludido sobre la base de parámetros de eficiencia¹⁵⁷.

156 Según TATO PLAZA, Anxo. (1995). Op. cit., pp. 246-247: "(...) también se puede denigrar innecesariamente al competidor a través de expresiones que, a pesar de estar referidas a los productos o servicios, desde un punto de vista formal pueden ser consideradas excesivas, extremadamente agresivas o innecesariamente ofensivas".

157 En efecto, sobre el particular, DE LA CUESTA, José María. (2002). Op. Cit, p.180, señala que "(...) en ocasiones, la denigración comercial se intenta mediante manifestaciones afectantes a la persona de un operador económico que, aunque de suyo no sean lesivas para su honor personal, sí afectarán a aspectos de su intimidad. Se habla entonces de publicidad personal, que consiste en la publicidad cuyo mensaje se vincula a las cualidades subjetivas del agente que actúa en el mercado. Dentro de esta publicidad personal, se distingue la de tonos estrictamente personales, que consiste en aquellas comunicaciones publicitarias cuyos mensajes transmiten información relativa exclusivamente a las circunstancias de la persona del operador en el mercado e indiferente para juzgar acerca de sus prestaciones en el mercado. Esta publicidad de tonos estrictamente personales remite

Ello no implica por cierto, que esté prohibida la referencia al país de origen en donde fueron elaborados determinados productos; por ejemplo, si un alimento resalta su procedencia geográfica versus el de la competencia. En principio, será una comparación en términos veraces y exactos -lugar de fabricación de ambos alimentos- y, en consecuencia, estaríamos frente a una comparación objetiva y pertinente de forma que, si cumple con el requisito de pertenencia de fondo, sería lícita.

c. Principio de Autenticidad.

Art. 16.- Actos contra el principio de autenticidad.-

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

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

La publicidad comercial encubierta consiste en un mensaje publicitario investido de los modos o lenguajes que son típicos de mensajes informativos de otro carácter¹⁵⁸. Así, el elemento engañoso de esta modalidad publicitaria no reside en lo que el mensaje comunica, sino en el modo de comunicarlo.

La finalidad por la que se considera ilícito el mensaje publicitario que se enmascara o encubre de manera que no lo parezca es evitar que los destinatarios lo reciban sin adoptar las medidas psicológicas con las que se reciben los anuncios publicitarios¹⁵⁹. Y es que los receptores de la publicidad comercial suelen guardar cierto recelo frente a las propiedades o cualidades de los productos o servicios ofertados a través de la publicidad, pues entienden que estos son transmitidos con una finalidad persuasiva por parte del anunciante. En efecto, los consumidores no esperaran que el anunciante sea totalmente objetivo o imparcial en sus

al campo del derecho a la intimidad de la persona y de su protección, que fue objeto de estudio anteriormente, y es siempre ilícita, con independencia de su consideración de publicidad desleal (...)".

En ese mismo sentido, sobre el art. 21 del Código de Ética Publicitaria de Autocontrol (sistema de autorregulación publicitaria español), PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). Op. cit., p. 420, señala que "(...) la norma deontológica 21 CCP contempla una ulterior modalidad: la publicidad de tono estrictamente personal. A través de esta figura, el anunciante alude a circunstancias que pertenecen a la esfera privada del competidor; a saber: su nacionalidad, su raza, su ideología, etc. Según el CCP, una manifestación sobre las circunstancias personales del empresario o de su empresa se considerará siempre impertinente".

158 DE LA CUESTA, José María. (2002). Op. cit., pp. 165-167.

159 Ibid.

anuncios, ya que entienden que lo que busca a través de la difusión de los mismos es que se adquieran sus productos o servicios¹⁶⁰.

Cuando el mensaje publicitario se transmite a través de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin que se advierta su naturaleza publicitaria, sus receptores atribuirán un carácter objetivo al mismo al pensar que las cualidades informadas del producto son transmitidas por el medio de comunicación que parece emitirlo en el ámbito de su actividad económica de naturaleza informativa.

Así, la publicidad encubierta es reputada ilícita por lesionar el legítimo interés de los destinatarios a conocer la verdadera naturaleza de los mensajes transmitidos a través de los medios de comunicación. Se entiende que esta modalidad publicitaria hace más vulnerables a los destinatarios a los designios persuasivos del mensaje. Por ello, el carácter engañoso de estos anuncios no se encuentra en su contenido sino en la forma como se presentan.

El art. 16 de la LRCD no prohíbe que los anunciantes decidan difundir sus mensajes publicitarios como si fueran noticias u opiniones periodísticas, pues son libres de hacerlo dentro del ámbito de la libertad de expresión empresarial amparado por la Constitución. Sin embargo, establece como obligación que deberán advertir de manera clara su naturaleza publicitaria, por lo que los anunciantes deberán consignar de manera expresa y destacada que se trata de un publipreportaje o un anuncio contratado.

De otro lado, la Exposición de Motivos de la LRCD establece que:

“(...) los actos contrarios al principio de autenticidad no se agotarían en la publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sino que podrían configurarse mediante otro tipo de actos de naturaleza publicitaria que no sean percibidos por los consumidores como tales, incluido el eventual supuesto de la publicidad subliminal”.

160 Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCD señala lo siguiente: *“(...) se debe tener en cuenta que la represión de los actos contrarios al principio de autenticidad tiene su fundamento en la dignidad de la persona y en el respeto de su libertad de elección. Ello, debido a que un consumidor puede reaccionar de determinada manera si se encuentra frente a un anuncio publicitario que se le presente directamente como tal, y de otra más confiada y crédula si considera que dichos mensajes le son presentados de una manera que no percibe, consciente o inconscientemente, como publicidad comercial. En este punto, se debe tener en cuenta que los consumidores toman con cierta desconfianza los mensajes publicitarios, ya que son conscientes de que son declaraciones interesadas del anunciante, lo que no ocurre cuando dichos mensajes son presentados de forma tal que el consumidor no percibe conscientemente su naturaleza publicitaria, por ejemplo con apariencia de noticias o de documentos que constituyen el resultado de una investigación periodística. En este último caso, la desconfianza natural sobre los mensajes que el consumidor recibe desaparece o se atenúa.”*

En ese sentido, procederemos a definir dos figuras publicitarias que la doctrina incluye dentro del principio de autenticidad: la publicidad subliminal y el product placement. Cabe señalar que solo se definirán estas modalidades publicitarias, más no se realizará un desarrollo exhaustivo de las mismas, toda vez que no han sido recogidas expresamente como modalidades prohibidas por la actual LRCD.

c.1. La publicidad subliminal

Se entiende por publicidad subliminal a la que se dirige de forma directa al subconsciente de las personas, actuando a través de técnicas de producción de estímulos que no pueden ser percibidas por los sentidos. Esta modalidad publicitaria opera estimulando una serie de necesidades entre los espectadores, que la perciben sin filtrarla por los mecanismos críticos de la consciencia. Así, puede afirmarse que la imposibilidad de percibir el mensaje a través de los sentidos -esto es, la imposibilidad de percibir el mensaje publicitario de forma consciente- es el rasgo que mejor define la publicidad subliminal¹⁶¹.



Fuente: <http://carytow.blogspot.com/2008/06/la-publicidad-subliminal.html>

De acuerdo a la doctrina, este efecto se consigue -al menos en el plano audiovisual- a través de la utilización de dos técnicas diversas: la primera consiste en proyectar imágenes a una velocidad tan elevada que resulten imperceptibles al nivel de los sentidos; la segunda, disimular las formas en imágenes, aprovechando las diversas interpretaciones que una misma imagen puede suscitar¹⁶².

161 TATO PLAZA, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo y HERRERA, Christian. (2010). Op. cit., pp. 284-286.

162 Ibid.

c.2. *Product placement*

Se designa *product placement* o "emplazamiento de producto" a la presentación, por cualquier medio, y con fines publicitarios, de productos o servicios, o de sus marcas o signos distintivos, durante el desarrollo de películas, series o cualquier otro programa difundido a través de medios de comunicación audiovisual¹⁶³.



Fuente: <http://www.elcondensadordeflujo.net/2012/01/15-ejemplos-de-product-placement-en.html>

Fuente: <http://stormtroopernerd.blogspot.com/2012/11/product-placement.html>

d. El Principio de Legalidad: cláusula general y promociones

"Art. 17.- Actos contra el principio de legalidad.-

17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:

(...)

Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos".

163 TATO PLAZA, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo y HERRERA, Christian. (2010). Op. cit., pp. 135-136.



En los art. 17.1 y 71.2 la LRCD dispone, a título de cláusula general, que se considerará como un acto contrario al principio de legalidad a todo anuncio publicitario que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. Asimismo, constituirá una inobservancia a este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

Con esta disposición lo que se busca es que los agentes económicos tomen conocimiento que, dependiendo del sector económico al que pertenece el bien o servicio anunciado, deben mantenerse al tanto de que, además de lo dispuesto en la LRCD, a veces existen normas que establecen exigencias adicionales para difundir publicidad sobre bienes o servicios de determinado sector. Así, esta disposición funciona como una suerte de cláusula general para la aplicación de toda norma jurídica o sectorial aplicable a la difusión de sus anuncios.

De este modo, la LRCD establece una lista enunciativa, pero no excluyente, de actos que se considerarán contrarios al referido principio, como podemos apreciar en el cuadro a continuación (ver Cuadro N°3):

Cuadro N°3 Actos contrarios al principio de legalidad
<p>a. Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados;</p> <p>b. Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;</p> <p>c. Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado;</p> <p>d. Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable;</p> <p>e. Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables;</p> <p>f. Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y,</p> <p>g. Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable. En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada.</p> <p>Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad si ello fuera aplicable al caso. Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.</p>

En el presente apartado no buscamos detallar cada una de estas modalidades, por lo que solo nos detendremos a analizar lo que dispone este principio frente a la publicidad de promociones, analizándolo conjuntamente con lo que dispone el Código al respecto.

d.1. Regulación de las promociones de ventas

El art. 59 literal h) de la LRCD define como promoción de ventas:

“... a toda aquella acción que tenga como objeto incentivar la transacción sobre bienes o servicios en condiciones de oferta excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria o estándar, pudiendo consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares”.

Conforme al art. 17 de la LRCD, se considerará contrario al principio de legalidad el “Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos”. En caso el anunciante incurra en esta omisión, estará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Ello en virtud de lo dispuesto en el art. 14 del CPDC.

Este último artículo establece que, cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas:

“... [é]stas deben ser informadas de forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información”.

(El subrayado es nuestro).

Dicha fuente de información que se podrá utilizar para informar acerca de las restricciones existentes:

“... [d]ebe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios, que les permita informarse, de manera pronta y suficiente, sobre las condiciones y restricciones aplicables a la promoción anunciada. Dicho servicio de información puede ser prestado a través de páginas web o servicios de llamada de parte del consumidor sin costo, entre otros medios”.

Cabe señalar que el referido artículo dispone que el contenido de dicha fuente de información debe ser consistente y no contradictorio con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.

Los supuestos regulados por el principio de legalidad, por lo general, son de aplicación *per se*, es decir, basta con que se pruebe que el acto se ha realizado para que se declare la infracción. Sin embargo, respecto a la publicidad de promociones, el TDC ha establecido que:

“(...) no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del art. 17.3 literal f) del Decreto Legislativo N°1044 aquellas ofertas que, calificando como promociones comerciales, contengan una oferta indeterminable. Dicho supuesto se configura, por ejemplo, cuando los proveedores difunden anuncios publicitarios que hacen referencia a un ‘Cierrapuertas’, ‘Hasta 50%’, ‘Remate de Temporada’, entre otros, pues en todos estos casos sería económicamente ineficiente exigir al anunciante que cumpla con indicar cada uno de los productos ofertados, máxime si el consumidor es plenamente consciente que existe una gran variedad y cantidad de productos sujetos a la promoción correspondiente.

Por ello, en aquellos casos en que la autoridad administrativa advierta que una promoción comercial contiene una oferta indeterminable, deberá tener presente que la difusión de dicho anuncio no configura una infracción al principio de legalidad publicitario, tal como se encuentra previsto en el art. 17.3 literal f) del Decreto Legislativo N°1044, al no encontrarse dentro del supuesto de hecho que pretende regular la norma. Sin embargo, es pertinente precisar que ello no implica que la publicidad difundida no se encuentre sujeta al resto de obligaciones exigidas a los anunciantes como, por ejemplo, al principio de veracidad o a la indicación de la vigencia de la misma (...).”

(El subrayado es nuestro).

De otro lado, consideramos importante precisar que, respecto a la información sobre las unidades disponibles de productos ofrecidos, el TDC ha señalado en reiterados pronunciamientos¹⁶⁴ que cuando un anunciante refiere que cuenta con un stock de productos determinado, ello no equivale a asumir que dichos bienes han pasado a formar parte de su patrimonio o que estos se encuentren en su posesión efectiva en sus puntos de venta.

Así, dicho órgano colegiado ha establecido que la obligación que tiene el anunciante de cara a la difusión de una afirmación vinculada al stock de sus productos radica en haber asegurado, de manera previa al inicio de la promoción anunciada, la posibilidad cierta de contar con los bienes anunciados.

Consideramos acertado lo dispuesto por el TDC, toda vez que si se le exige a los anunciantes que tengan en sus locales comerciales el total stock de productos anunciados, se estaría avalando la imposición de una obligación costosa y contraria a la dinámica de las relaciones comerciales que usualmente se establecen en el mercado. En efecto, ante esta imposición, los anunciantes no tendrían la oportunidad de abastecerse periódicamente de productos y tendrían que incurrir en costos a fin de almacenar en sus locales la totalidad de unidades disponibles ofertadas.

e. Principio de Adecuación Social y publicidad dirigida a menores

“Art. 18.- Actos contra el principio de adecuación social.-

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;*
- b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas”.*

El principio de adecuación social es el resultado de toda una evolución legislativa y jurisprudencial sobre la regulación de la publicidad de “mal gusto” y “de contenido erótico o sexual” en el país. A través de este principio, solo estarán prohibidos los anuncios que tengan

164 Ver Resoluciones N°1549-2006/TDC-INDECOPI y N°0825-2009/SC1-INDECOPI.





por efecto: (i) inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole¹⁶⁵; y, (ii) promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.

Una de las cosas que más se criticó de este principio es que no incluyó regulación alguna sobre la publicidad dirigida a menores, como sí lo hacía el derogado Decreto Legislativo N°691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Sin embargo, con la promulgación del CPDC, el legislador decidió volver a regular este tipo de anuncios, como podemos apreciar a continuación:

“Art. 16.- Publicidad dirigida a menores de edad

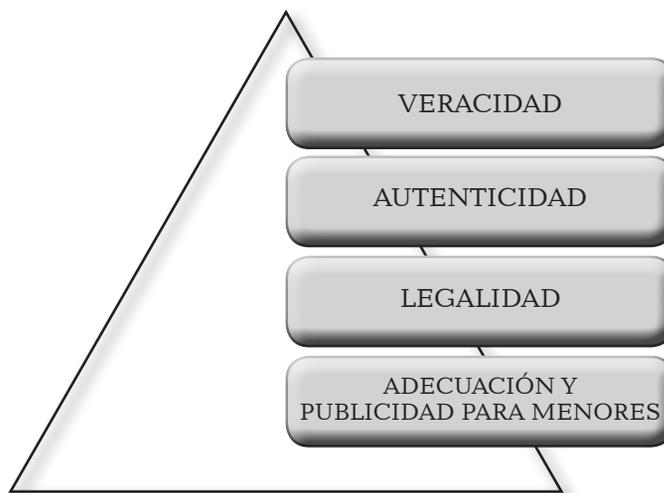
La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.

Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido”.

Hasta aquí, los principios que rigen la publicidad comercial son los siguientes:

165 Al respecto, la Exposición de Motivos de la LRCDC señala que: “(...) el Decreto Legislativo N°691 establecía prohibiciones similares en su art. 3, sin embargo, éstas adolecían de poca claridad y objetividad, pues tenían un componente significativamente estimativo y no estandarizado que complicaba su aplicación por parte de la autoridad competente. Dicha situación ha sido corregida en el Decreto Legislativo al establecer claramente que se prohíbe la publicidad que tenga por efecto inducir a la comisión, en la realidad, de actos ilegales, de discriminación y de ofensa, eliminando la referencia a actos ‘antisociales’ y ‘criminales’, así como al enaltecimiento y estímulo de dichos actos que contempla la legislación precedente”. Sin embargo, el art. 13 del CPDC refiere, respecto a la finalidad de la protección del consumidor frente a la publicidad, que: “Asimismo, atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o antisociales o de discriminación u otros de similar índole”. (El resaltado es nuestro). Esto nos podría llegar a inferir que el CPDC ha incluido como prohibición dentro del principio de adecuación social la de promover conductas antisociales. Sin embargo, somos de la opinión que, al no contener expresamente un tipo legal prohibido –como se hizo con la publicidad dirigida a menores de edad, atendiendo a los principios sancionatorios que así lo exigen-, dicha prohibición no se encontraría expresamente sancionada por nuestra normativa legal en materia de publicidad comercial, manteniéndose vigentes los argumentos que se indican en la referida Exposición de Motivos.

Gráfico N°3
Principios que rigen la publicidad comercial



2.1.3. La autorregulación publicitaria¹⁶⁶

La autorregulación es -en un sentido genérico- la observancia de unas pautas de conducta cuyo cumplimiento se ha fijado previamente como objeto. Así, cuando hablamos de este tipo de sistema de solución de conflictos extrajudiciales en materia publicitaria, nos referimos a un sistema de control de la publicidad en el que participan varios empresarios, pues actuaciones aisladas carecen de eficacia para erradicar o atenuar las incorrecciones que se producen en la actividad publicitaria. Por ello, desde un punto de vista general, podemos definir la autorregulación como “... la posibilidad de que un círculo concreto de personas afines por el ejercicio de la misma actividad sometan ésta a unas reglas que ellas mismas se imponen”¹⁶⁷.

La autorregulación publicitaria implica que las empresas involucradas en este sector toman a su cargo la responsabilidad frente al público; por lo tanto, es la propia industria publicitaria la que va a dictar las pautas de conducta por las que se deben regir -en base a estándares

¹⁶⁶ El siguiente ítem ha sido tomado de la tesis para optar el grado de Magíster de Alex Sosa Huapaya: “*El siguiente paso: la Corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria*”. Maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

¹⁶⁷ Véase el capítulo “*La autodisciplina publicitaria en el derecho comparado y en el derecho español*”. LEMA DEVESA, Carlos y GOMEZ SEGADE, José (2007). En: LEMA DEVESA, Carlos (2007). Op. Cit, p. 137.



y principios internacionalmente aceptados-. Estas pautas de conducta, complementarias de los preceptos legales -e incluso, en muchos casos, más exigentes que los establecidos por el marco jurídico vigente-, van a reflejar unos principios de ética moral y social que se estima deben imperar en el ejercicio responsable de la actividad publicitaria¹⁶⁸.

Sin perjuicio de lo expuesto, para definir con precisión la autorregulación publicitaria es necesario establecer los requisitos constitutivos que, unidos entre sí, nos tienen que dar una visión completa del sistema. Así, de las diversas definiciones que hemos podido encontrar de los sistemas de autorregulación tanto en el sistema anglosajón y continental, consideramos –siguiendo a Beatriz PATIÑO– que los requisitos constitutivos de un sistema de autorregulación son los siguientes¹⁶⁹:

- Agrupación voluntaria de miembros que pertenecen a un determinado sector del comercio.
- La agrupación voluntaria deberá imponerse códigos de conducta que sean compatibles -e incluso más exigentes- con las normas de carácter jurídico que regulen la materia.
- Se debe establecer órganos de control y supervisión de la publicidad que se difundan en el mercado, los cuales deben ser vinculantes entre las partes.
- El sistema debe tener un carácter sancionador y capacidad para ejecutar sus decisiones respecto de sus miembros.

a. La Autorregulación Publicitaria en el Perú: CONAR

Tomando los requisitos constitutivos mencionados en el apartado anterior, comentaremos cómo funciona el sistema de autorregulación publicitaria peruano.

El Consejo de Autorregulación Publicitaria (CONAR) nace en el año 1997 de una agrupación voluntaria de miembros que concurren en la industria publicitaria lo cual, como hemos mencionado, se condice con la propia naturaleza de los sistemas de autorregulación en sentido estricto, toda vez que se trata de un sistema de regulación privada llevada a cabo por los sujetos que participan activamente en la realización, creación, preparación, ejecución y difusión de la publicidad, con la finalidad de imponerse a sí mismos, de forma voluntaria, normas de conducta en materia publicitaria a través de órganos de control que serán los encargados de hacerlas cumplir.

168 Ibid.

169 PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). Op. cit., pp. 41-42.

En efecto, el CONAR es un sistema de autorregulación privado creado –en su calidad de asociados gremiales- por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV); contando además como asociados adherentes a otras entidades tales como Asociación de Bancos del Perú (ASBANC), Google, Terra, entre otras. Este sistema se encuentra conformado estructuralmente por un órgano Administrativo y un órgano Funcional. El Administrativo, como su nombre lo indica, es el órgano encargado de la dirección del CONAR y se encuentra conformado por la Asamblea General y por la Junta Directiva. El Funcional es el órgano resolutorio del CONAR conformado por la Comisión Permanente de Ética (primera instancia) y Junta Directiva (segunda instancia), encargados de pronunciarse sobre las denuncias que los asociados, no asociados y consumidores puedan interponer por presuntas infracciones a lo dispuesto en la norma deontológica del CONAR, que es el Código de Ética Publicitaria. Este último órgano es el que nos va a interesar conocer para el desarrollo del presente trabajo.

Una vez agrupado el conjunto de miembros con el objetivo de crear un sistema de autorregulación publicitaria y establecido un órgano de control, esta agrupación se impone unas normas de cumplimiento obligatorio, las cuales, conforme hemos señalado, nacerán de un proceso autónomo de creación "normativa" por parte de los sujetos que conforman el sistema, en base a estándares y principios nacionales e internacionales compatibles con la legislación nacional.

En efecto, si bien se le suele atribuir una connotación ética a los códigos de conducta de los sistemas de autorregulación, el Código de Ética publicitaria peruano es un código de conducta compatible con la norma que regula la publicidad en el Perú (LRCD) y ha sido elaborado por los miembros que conforman el CONAR con la finalidad de fomentar el desarrollo de la industria publicitaria a través de la autorregulación. Sus normas son aplicables para todos los anunciantes, las agencias de publicidad y los medios de comunicación.

CONAR tiene por finalidad promover la autorregulación publicitaria, mediante el uso y la práctica de la publicidad comercial de acuerdo con los principios básicos de legalidad, decencia, veracidad y lealtad; velar porque las actividades publicitarias comerciales respeten los códigos de ética publicitaria del Perú; brindar capacitación, y vincularse con instituciones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, organismos internacionales y multilaterales para el cumplimiento de sus fines.

En esa línea, CONAR forma parte integrante en calidad de entidad asociada a la European Advertising Standards Alliance (EASA)¹⁷⁰, institución europea que tiene por finalidad



principal promover las mejores prácticas y estándares internacionales en los sistemas de autorregulación publicitaria y en los códigos de ética publicitarios a nivel mundial. Adicionalmente, CONAR es miembro de CONARED, entidad conformada por los principales sistemas de autorregulación publicitaria de Latinoamérica¹⁷¹.

El mencionado Código de Ética se encuentra elaborado sobre la base de los principios de la publicidad comercial conforme a la doctrina¹⁷², tal como estaba estructurado el derogado Decreto Legislativo N°691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. No obstante, dicho código es, como hemos mencionado, compatible con las disposiciones de la actual LRCD así como del CPDC¹⁷³.

- En la autorregulación, la industria publicitaria dicta las pautas de conducta por las que se deben regir los agentes económicos vinculados a ella, sobre la base de estándares y principios internacionalmente aceptados y que deben reflejar principios de ética moral y social que se estima deben imperar en el ejercicio responsable de la actividad publicitaria.
- CONAR es un sistema de autorregulación privado creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANDA), Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV).

b. Característica de eficacia en el cumplimiento de los pronunciamientos del CONAR

El CONAR tiene como una de sus principales características que lo que ordenen sus órganos resolutivos tiene un alto grado de cumplimiento a diferencia de las disposiciones de la agencia de competencia, toda vez que hace uso de los medios de comunicación para tales efectos; ello en la medida que dichos medios, al formar parte del sistema de autorregulación, cuentan con la obligación de hacer cumplir sus disposiciones.

170 Disponible en: <http://www.easa-alliance.org/>

171 CONARED está integrado por las siguientes entidades de autorregulación publicitaria de Latinoamérica: Argentina (CONARP), Brasil (CONAR), Chile (CONAR), Colombia (CONAR), El Salvador (CNP), México (CONAR), Paraguay (CONAR), Perú (CONAR) y Uruguay (CONAR).

172 Nos referimos al principio de veracidad, lealtad, autenticidad, legalidad y decencia.

173 Ver cuadros comparativos de los principios publicitarios contenidos en el Código de Ética Publicitaria del sistema de autorregulación frente a las disposiciones jurídicas contenidas en la LRCD y CPDC contenidos en el Anexo 4 del presente documento.

En efecto, podemos apreciar de lo dispuesto en el art. 22 del Código de Procedimientos del CONAR son notificadas con las resoluciones tanto las empresas infractoras como los medios de comunicación, con lo que la responsabilidad del cumplimiento de lo dispuesto por el sistema de autorregulación es compartida¹⁷⁴.

La importancia del uso de los medios de comunicación en el cumplimiento de resoluciones radica en que -incluso sin la autorización de las empresas infractoras- pueden retirar inmediatamente el anuncio infractor del aire, logrando con ello que lo dispuesto por el CONAR tenga un riesgo de incumplimiento mínimo o casi nulo.

En esa línea, se sostiene que la participación de los medios de comunicación hace que el CONAR sea un sistema de solución de conflictos extrajudiciales eficaz, incluso sin poseer la fuerza coercitiva del Estado. Y esto es posible gracias a que la SNRTV¹⁷⁵, reúne a los medios de comunicación más importantes del país, y es uno de los gremios fundadores del sistema de autorregulación publicitaria peruano.

c. El Estado y la autorregulación publicitaria

Hasta antes del 2010, el sistema de autorregulación publicitaria peruano trató de configurarse como un sistema alternativo a la regulación de la publicidad estatal, siendo reconocido –y solo de manera referencial– por algunos pronunciamientos del Indecopi, en los que se señalaba que la regulación del buen gusto o la afectación a las buenas costumbres de la publicidad

174 Código de Procedimientos del CONAR. “Art. 22.- La Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, a través de la Secretaria Técnica, notificará la resolución final firme a las partes, a la agencia de publicidad -cuando corresponda-, a los medios de comunicaciones y a los puntos de venta involucrados para su cumplimiento dentro de los plazos establecidos en el artículo 30.

Corresponde a todos los medios de comunicación social velar por el estricto cumplimiento de las resoluciones emitidas por el CONAR.

En los casos que los medios de comunicación social asociados al CONAR incumplan con acatar la suspensión temporal o definitiva de la publicidad comercial, en los términos señalados en las respectivas resoluciones, medidas cautelares y medidas complementarias que dicten la Comisión Permanente de Ética y la Junta Directiva, el CONAR publicará su conducta en sus boletines y/o Revista de ANDA y/o medios de comunicación y se suspenderá el derecho a voz y/o voto en la Asamblea General del delegado infractor que represente al asociado gremial o al asociado adherente –sea que se trate de un gremio vinculado a la industria publicitaria o de una empresa que no sea asociada a uno de los gremios de la industria publicitaria-. Dicha sanción será impuesta sin perjuicio de que sean expulsados del CONAR de acuerdo a lo establecido en sus estatutos y de ser el caso, el CONAR podrá notificar de su incumplimiento a su respectivo gremio a fin de que adopte las acciones y/o sanciones y/o medidas disciplinarias establecidas en los estatutos que correspondan”.

175 La relación de medios de comunicación asociados a la SNRTV se puede obtener a través del siguiente link: <http://www.snrtv.org.pe/socios.php> (consulta realizada el 20 de octubre del 2012).



no correspondía a la Administración Pública, sino a los propios consumidores -a través de su preferencia o repudio- y a los sistemas de autorregulación.

Sin embargo, esto ha cambiado a partir de la aprobación y publicación del CPDC que mediante art. VI.6, el Estado Peruano reconoce como política pública el fomento de los sistemas de autorregulación, como podemos apreciar a continuación:

“Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N°29571.

Art. VI.- Políticas Públicas

(...)

6. El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación. Asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la solución de conflictos y reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos”.

(El subrayado es nuestro).

Adicionalmente al reconocimiento expreso citado en el párrafo anterior, el CPDC dispone en su art. 112, para efectos de los criterios que debe utilizar la autoridad para graduar las sanciones administrativas, lo siguiente:

“Art. 112 - Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Al graduar la sanción, el Indecopi puede tener en consideración los siguientes criterios:

(...)

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

(...)

4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:

a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.

- b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.*
- c. Que existen mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.*
- d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.*
- e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.*
- f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada”.*

Como podemos apreciar de los artículos citados, actualmente el Estado reconoce y busca promover sistemas que garanticen mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores, como es la autorregulación; incluso estableciendo la facultad de la autoridad de disminuir la sanción en el caso de las empresas que hayan implementado un programa efectivo de autorregulación para el cumplimiento de las normas vigentes en materia de publicidad y protección al consumidor, en línea con lo sucedido en otros países -España por ejemplo que es una fuente de referencia del derecho comparado en nuestro país-, tal como se desarrolla en el siguiente punto.

Por ello, consideramos que este es el momento ideal para implementar un correcto sistema de autorregulación publicitaria, considerando la experiencia del CONAR en este rubro, así como la experiencia internacional de estos sistemas en otros países, teniendo en cuenta que ambos comparten el mismo objetivo: promover un ejercicio cada vez más responsable de la comunicación comercial.

d. La autorregulación publicitaria en Europa y España (mención a la nueva ley de competencia desleal española)

Una de las principales novedades de la nueva Ley de Competencia Desleal española, Ley 29/2009, es el reconocimiento, impulso y regulación de los Códigos de Conducta, sistemas de autorregulación y sistemas de correulación.

Es importante precisar que este reconocimiento e impulso de los sistemas de autorregulación no es una novedad del sistema español, toda vez que el reconocimiento de estos sistemas



empezó en la Unión Europea. En efecto, el primer interés por los mecanismos de autorregulación fue expresado por el Consejo Europeo, a principios de la década de los ochenta, en el "Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores" en el que se estableció que, a fin de proteger a los consumidores, no solo es necesario el establecimiento de acciones legales a nivel nacional y comunitario, sino también a través mecanismos de protección por otras vías como *"... el establecimiento de acuerdos específicos entre los diversos interesados, que tendrían la ventaja de dar al consumidor garantías suplementarias en materia de buenas prácticas comerciales"*.¹⁷⁶

Estas disposiciones se cristalizaron, principalmente, en la Directiva 2000/31/CE sobre el Comercio Electrónico, la cual constituye una de las apuestas más firmes en pro de la autorregulación en Europa, toda vez que en su exposición de motivos concibe a los códigos de conducta como un instrumento privilegiado de autorregulación cuyo uso debe fomentarse.

Con la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, adoptada por el Parlamento Europeo y el Consejo el 11 de mayo del 2005 (en adelante, la Directiva), se pone fin al proceso previamente descrito. Dicha Directiva, en línea con la nueva política legislativa de la Unión, acoge favorablemente los mecanismos de autorregulación señalando en su propia exposición de motivos, en particular en su apartado 20, que:

"Debe otorgarse un papel a los códigos de conducta, que permiten a los comerciantes aplicar los principios de la Directiva de forma eficaz en ámbitos económicos específicos. En los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector. El control ejercido por los responsables de los códigos a escala nacional o comunitaria para eliminar las prácticas comerciales desleales puede evitar tener que recurrir a acciones administrativas o judiciales, por lo que se deben fomentar".¹⁷⁷

(El subrayado es nuestro).

176 UNIÓN EUROPEA. (1981). *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores. Orientaciones Generales*. Apartado 6. DOCE C 133, del 03 de junio de 1981.

177 UNIÓN EUROPEA. (1981). Op. cit., p. 319.

Asimismo, dicha Directiva introduce diversos preceptos que, de manera inequívoca, afianzan el papel de la autorregulación en el moderno sistema de represión de las prácticas comerciales desleales. En efecto, el reconocimiento expreso de los códigos de conducta y las entidades encargadas de su elaboración y supervisión, así como la referencia explícita a los procedimientos para la aplicación de los códigos y las sanciones previstas en caso de incumplimiento, constituyen, sin lugar a dudas, un salvo conducto para la autorregulación^{178 179}.

Con el fin de incorporar al ordenamiento interno las previsiones de la Directiva, en España, la nueva Ley 29/2009 del 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (en adelante, Ley 29/2009), introduce un capítulo (el IV) dedicado a los códigos de conducta¹⁸⁰, el cual constituye, una de las novedades más importantes de dicha ley.

Cabe señalar que la Ley 29/2009 no define qué son los códigos de conducta, no obstante haber sido definidos en el art. 2 apartado f) de la Directiva como:

“... un acuerdo o conjunto de normas no impuestas por imposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos”.

También en dicha Directiva se definió al responsable de dicho código como *“cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración y revisión de un Código de conducta y/o supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo”*¹⁸¹.

El art. 37, apartado 1 de la referida ley establece que:

178 Op. cit.

179 Cabe señalar que, no obstante lo señalado, dicha Directiva no establece -como sí lo hace el Código en el caso peruano- a los Estados miembros la obligación de fomentar los sistemas de autorregulación, por lo que la doctrina consideró que si bien dicha Directiva mostró un claro avance en el reconocimiento de los sistemas de autorregulación, no proporciona un impulso definitivo a dichos sistemas. UNIÓN EUROPEA. (1981). Op. cit., p. 320.

180 El núcleo del referido capítulo está integrado por los art. 37 a 39.

181 BERCOVITZ, Alberto. (2010). “Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal”. En: FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (2010). *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid, Marcial Pons, p. 274.



“Las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores podrán elaborar; para que sean asumidos voluntariamente por los empresarios o profesionales, códigos de conducta relativos a las prácticas comerciales con los consumidores, con el fin de elevar el nivel de protección de los consumidores y garantizando en su elaboración de la participación de las organizaciones de consumidores”.

(El subrayado es nuestro).

A su vez, impulsando la producción de códigos de conducta a nivel comunitario, el párrafo tercero del referido artículo, dispone que “... las Administraciones Públicas promoverán la participación de las organizaciones empresariales y profesionales en la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta con este mismo fin”.

Como puede observarse, la Ley 29/2009 subraya el carácter voluntario de los códigos de conducta, el cual puede predicarse en un doble nivel: (i) exige que su creación y contenido no vengán impuestos por los Estados miembros y que, además, (ii) sus disposiciones únicamente afecten a aquellos que libremente hayan decidido someterse a las mismas¹⁸².

Por lo demás, el fomento de los códigos de conducta persigue, en un sentido amplio, elevar el nivel de protección de los consumidores, tal como lo establece en su propia Exposición de Motivos (apartado 2), a través de un ejercicio cada vez más responsable de la actividad publicitaria.

La Ley 29/2009 impone a los códigos dos límites de diversa naturaleza a fin de marcar pautas de conducta a las empresas y profesionales adheridos al Código de conducta. En primer lugar, la prohibición de fomentar o impulsar conductas desleales¹⁸³ y, en segundo, la obligación de respetar las normas en materia de defensa de la competencia¹⁸⁴.

Ahora bien, a la hora de prever los mecanismos a través de los cuales se puede verificar el cumplimiento de los códigos de conducta, la Ley 29/2009 contempla dos alternativas diversas:

182 TATO PLAZA, Anxo, FERNÁNDEZ, Pablo y HERRERA, Christian. (2010). Op. cit., p. 321.

183 “Ley 29/2009. Art. 38.- frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas podrán ejercitarse las acciones de cesación y rectificación previstas en el art. 32.1, 2. a y 4.a”.

184 “Ley 29/2009. Art. 37.- Fomento de los códigos de conducta.-

(...)

2. Los códigos de conducta respetarán la normativa de defensa de la competencia y se les dará una publicidad suficiente para su debido conocimiento por los destinatarios”.

un control previo (de carácter facultativo)¹⁸⁵, y uno control *ex post* (de carácter obligatorio) a través de un sistema extrajudicial de resolución de conflictos¹⁸⁶, ambos realizados por la propia entidad de autorregulación.

Debemos destacar que los términos imperativos en los que se expresa el art. 37 apartado 4 ponen de manifiesto que solo aquellos sistemas de autodisciplina que cuenten con un sistema extrajudicial de conflictos, que cumpla los requisitos expuestos, son objeto de reconocimiento por la Ley 29/2009.

Es así que a la vista de los requisitos exigidos por el referido art. 37, podemos concluir el presente subcapítulo señalando que AUTOCONTROL (asociación de autorregulación publicitaria española) cumple con todos ellos, toda vez que dicha asociación se encuentra integrada voluntariamente por empresarios y profesionales que se han comprometido a respetar el código de la publicidad elaborado por ellos y que están sometidos, en los casos en que infringen el código, a la resolución del jurado que está integrado por personas absolutamente independientes.¹⁸⁷ Asimismo, AUTOCONTROL hace uso de la facultad del control previo, el cual denomina *Copy Advice*.

En este punto es importante resaltar, el impacto del servicio de *Copy Advice* que realiza AUTOCONTROL. Como se puede apreciar en el cuadro siguiente, se han efectuado en España 17,639 *copy advices* en el 2011, mientras que solo se han tramitado 146 reclamos publicitarios. Las cifras nos indican que, gracias al sistema de autorregulación, se difundieron anuncios publicitarios que, previamente a su lanzamiento en el mercado, se aseguraron voluntariamente que cumplían con el código de publicidad, lográndolo de una manera rápida y eficaz sin que el Estado haya tenido que incurrir en gasto alguno para lograr el objetivo común: promover el ejercicio cada vez más responsable de la comunicación comercial, como dijimos, en beneficio de los consumidores y la leal competencia en el mercado.

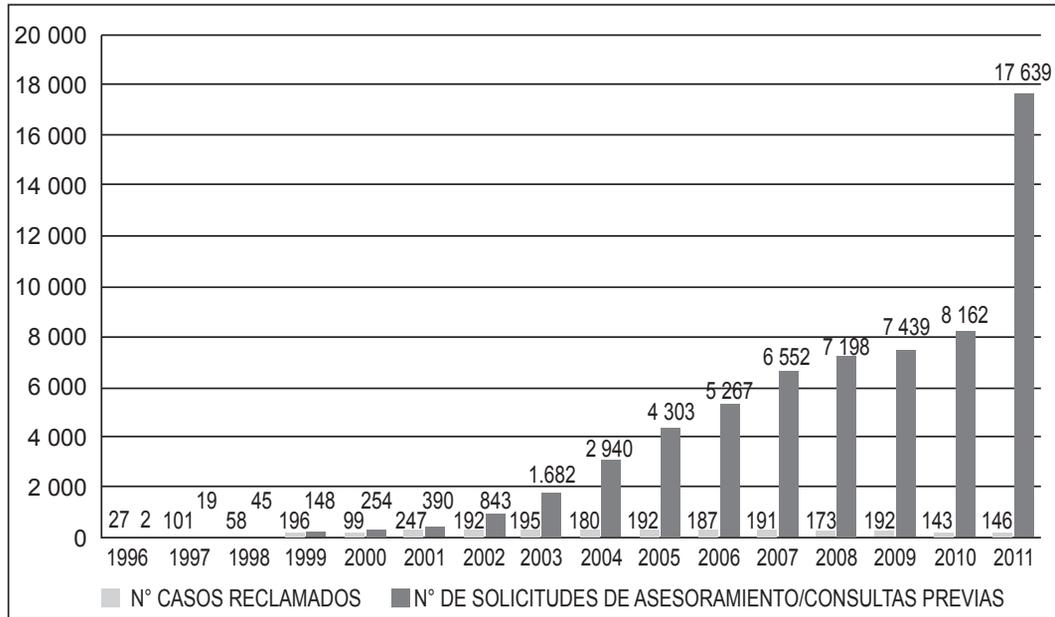
185 El art. 37, apartado 4, establece que los códigos de conducta: "(...) podrán incluir, entre otras, medidas individuales o colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios (...)".

186 Al respecto, el art. 37 apartado 4 establece que los códigos de conducta "(...) deberán establecer sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones que cumplan los requisitos establecidos en la normativa comunitaria y, como tales, sean notificados a la Comisión Europea, de conformidad con lo previsto en la Resolución del Consejo del 25 de mayo del 2000 relativa a la red comunitaria de órganos de solución extrajudicial de litigios en materia de consumo o cualquier disposición equivalente".

187 BERCOVITZ, Alberto. (2010). Op. cit., p. 272.



Gráfico N°4
Actividad del autocontrol



Fuente: <http://www.autocontrol.es/pdfs/balance%2011%20AUTOCONTROL.pdf>

Finalmente, cabe señalar que aparte del art. 37 también aparecen otras disposiciones referidas precisamente a los sistemas de autorregulación, como es el caso del art. 5 apartado 2 que declara desleal el hecho de que un empresario o profesional indique estar vinculado a algún código de conducta y, sin embargo, incumple con los compromisos asumidos en dicho código.

Asimismo, el art. 21, cuyo epígrafe es "Prácticas engañosas sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad", declara desleales por engañosas a las prácticas comerciales que afirman, sin ser cierto, la vinculación de una empresa a un código de conducta¹⁸⁸.

Como vemos, el Estado español ha reconocido plenamente a su sistema de autorregulación publicitaria a través de su nueva Ley de Competencia Desleal.

¹⁸⁸ Ibid.

2.2. Evolución Legislativa del Derecho Publicitario

La evolución legislativa más importante en estos últimos veinte años ha sido la unificación del Decreto Legislativo N°691 y del Decreto Ley N°26122, lo cual permitió evitar la falta de claridad que se generaba con dicho régimen dual y mejorar el contenido de sus disposiciones, producto de la experiencia en su aplicación durante el referido periodo.

Dichos cuerpos normativos presentaban una serie de deficiencias y vacíos, los cuales requerían una reforma integral. Algunas de estas deficiencias en materia publicitaria se presentaban, por ejemplo, en los actos de comparación que no recogían lo señalado como precedente de observancia obligatoria por la autoridad de competencia respecto al requisito de objetividad para considerar lícito un anuncio comparativo.

Otra de las deficiencias que podíamos encontrar eran las disposiciones sobre actos de denigración en ambos cuerpos legislativos, pues únicamente en el Decreto Ley N°26122 se establecía a dicho acto como lícito en la medida que la información sea exacta, verdadera y pertinente. Esta situación generaba incertidumbre en los administrados ya que, si bien dicho problema se solucionaba por un precedente de observancia obligatoria, era necesario que dicha disposición quede clara a través de un dispositivo legal.

Algunos de los vacíos que podíamos encontrar respecto a la regulación de la actividad publicitaria era la falta de reconocimiento expreso en ambos cuerpos normativos de la teoría de los efectos, lo cual generaba incertidumbre en los casos de publicidad transfronteriza.

A continuación, presentamos los artículos de los derogados Decreto Legislativo N°691 y Decreto Ley N°26122 que han sido recogidos y mejorados en la nueva LRCD y/o CPDC, con la ayuda del siguiente cuadro (Ver Cuadro N° 4):



Cuadro N°4
Cuadro comparativo de la evolución legislativa en materia publicitaria

Decreto Legislativo N°691	Decreto Ley N°26122	LRCD
Principio de veracidad	Actos de engaño	Actos de engaño
<p><i>“Art. 4.- Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta”.</i></p>	<p><i>“Art. 9.- Actos de engaño: Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcance respecto a la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, y en general, las ventajas realmente ofrecidas por los productos o prestaciones”.</i></p>	<p><i>“Art. 8.- Actos de engaño</i> <i>8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.</i> <i>8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.</i> <i>8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.</i> <i>8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.</i></p>

Decreto Legislativo N°691	Decreto Ley N°26122	LRCD
Principio de lealtad	Actos de denigración	Actos de denigración
<p><i>“Art. 7.- Los anuncios no deben denigrar ninguna empresa, marca, producto o aviso, directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía”.</i></p>	<p><i>“Art. 11.- Actos de denigración: Se considera desleal la propagación de noticias o la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, el producto, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero o de sus gestores, que puedan menoscabar su crédito en el mercado a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes. Califican dentro de lo dispuesto en el párrafo anterior, entre otras, las manifestaciones que refieran a la nacionalidad, las creencias o ideología, la intimidad, la vida privada o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales del afectado”.</i></p>	<p><i>“Art. 11. 11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos. 11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que: a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no trasmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.</i></p>



Decreto Legislativo N°691	Decreto Ley N°26122	LRCO
Publicidad comparativa	Actos de comparación	Actos de comparación y equiparación indebida
<p><i>“Art. 8.- Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, siempre y cuando no se engañe a los consumidores ni se denigre a los competidores”.</i></p>	<p><i>“Art. 12.- Actos de comparación: Se considera desleal la comparación de la actividad, los productos, las prestaciones o el establecimiento propios o ajenos con los de un tercero cuando aquella engañe a los consumidores o denigre a los competidores”.</i></p>	<p><i>“Art. 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.- 12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos. 12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal”.</i></p>

Decreto Legislativo N°691	LRCO
Principio de autenticidad	Actos contra el principio de autenticidad
<p><i>“Art. 6.- Los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que sea su forma y el medio empleado para su difusión. Cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones, o material recreativo, se presentará de tal forma que sea reconocible como anuncio. Siempre que una agencia de publicidad o un publicitario haya realizado un anuncio, deberá colocar en el mismo su nombre, logotipo, o cualquier otro signo que permita su clara identificación”.</i></p>	<p><i>“Art. 16.- Actos contra el principio de autenticidad.- 16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal. 16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado”.</i></p>

Decreto Legislativo N°691	LRCD
Principio de legalidad	Actos contra el principio de legalidad
<p>“Art. 3.- Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes (...)”</p>	<p>“Art. 17.- Actos contra el principio de legalidad.- 17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. 17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance. 17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes: a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados; b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado; c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado; d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable; e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables; f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y, g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable. En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada. Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad si ello fuera aplicable al caso. Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio”.</p>

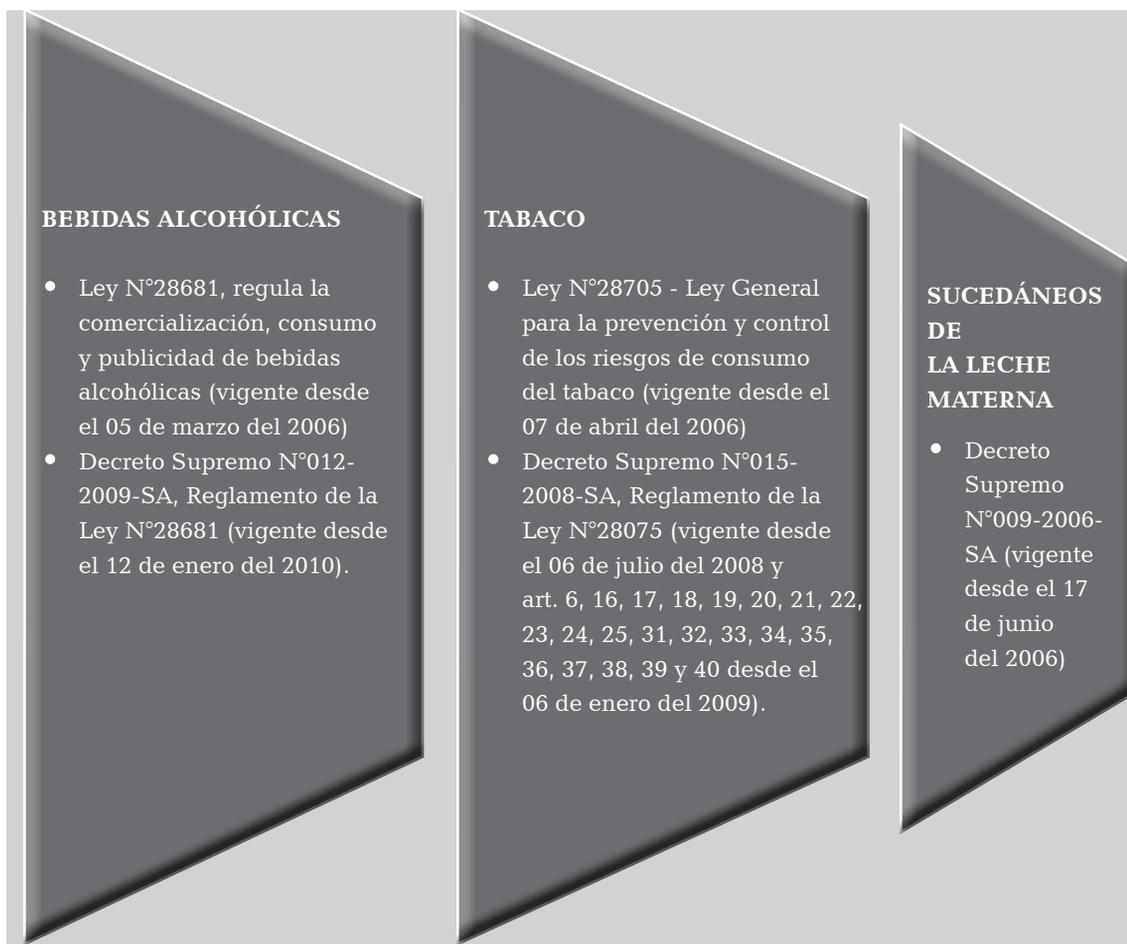


Decreto Legislativo N°691	LRCO
Principio de legalidad	Actos contra el principio de adecuación social
<p><i>“Art. 3.- (...) Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades”.</i></p>	<p><i>“Art. 18.- Actos contra el principio de adecuación social.- Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:</i> <i>a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;</i> <i>b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas”.</i></p>

Decreto Legislativo N°691	CPDC
Publicidad dirigida a menores	Publicidad dirigida a menores de edad
<p><i>“Art. 10.- Los anuncios dirigidos a menores se sujetarán además a las siguientes reglas:</i> <i>10.1 Ningún anuncio deberá afirmar que el producto anunciado está en forma fácil e inmediata al alcance de cualquier presupuesto familiar.</i> <i>10.2 El uso de la fantasía no debe inducir a los menores a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos.</i> <i>10.3 Deben respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.</i> <i>10.4 No deben insinuar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto ofrecido.</i> <i>10.5 No deben presentar a menores en situaciones o lugares inseguros o inadecuados.</i> <i>Art. 11.- La participación de los menores en publicidad deberá tener en cuenta la edad de los mismos en relación a los contenidos y características del producto o servicio promocionado”.</i></p>	<p><i>“Art. 16.- Publicidad dirigida a menores de edad La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido”.</i></p>

Cabe señalar que durante esta evolución legislativa, se promulgaron algunas disposiciones sectoriales respecto a la difusión de publicidad. Entre las más importantes, consideramos las siguientes (ver Gráfico N°5):

Gráfico N°5
Disposiciones sectoriales respecto a la difusión de publicidad





Finalmente, es importante destacar la promulgación del CPDC que -como ya se analizó- incorpora en su Subcapítulo II un desarrollo interesante respecto a la publicidad de promociones y regula la publicidad comercial dirigida a menores, como podemos apreciar a continuación (ver Cuadro N°5):

Cuadro N°5
CPDC
Subcapítulo II
<p><i>“Art. 12.- Marco legal</i> <i>La publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo N°1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, o por aquellas normas que las sustituyan o modifiquen, y por las normas específicas del presente subcapítulo y las de publicidad de determinados productos y servicios contenidas en el presente Código.</i></p>
<p><i>Art. 13.- Finalidad</i> <i>La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.</i> <i>Asimismo, atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o antisociales o de discriminación u otros de similar índole.</i></p>
<p><i>Art. 14.- Publicidad de promociones</i> <i>14.1 La publicidad de promociones de ventas debe consignar, en cada uno de los anuncios que la conforman, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos. En caso contrario, el proveedor está obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten los productos o servicios ofertados, en las condiciones señaladas. Corresponde al proveedor probar ante las autoridades el cumplimiento del número y calidad de los productos ofrecidos y vendidos en la promoción.</i> <i>14.2 Cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, éstas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera que sea fácilmente advertible por el consumidor en cada uno de los anuncios que las publiciten o en una fuente de información distinta, siempre que en cada uno de los anuncios se informe clara y expresamente sobre la existencia de dichas restricciones, así como de las referencias de localización de dicha fuente de información”.</i></p>

Cuadro N°5 (continúa de la página anterior)
CPDC
Subcapítulo II
<p><i>“14.3 La fuente de información indicada en el párrafo anterior debe ser un servicio gratuito de fácil acceso para los consumidores e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que van dirigidos los anuncios, que les permita informarse, de manera pronta y suficiente sobre las condiciones y restricciones aplicables a la promoción anunciada. Dicho servicio de información puede ser prestado a través de páginas web o servicios de llamada de parte del consumidor sin costo, entre otros medios.</i></p> <p><i>14.4 La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través de una fuente de información distinta debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.</i></p>
<p><i>Art. 15.- Sorteos, canjes o concursos</i></p> <p><i>En el caso de sorteos, canjes o concursos se procede de acuerdo con el Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales, aprobado mediante Decreto Supremo N°006 -2000-IN, o con las normas que lo sustituyan.</i></p>
<p><i>Art. 16.- Publicidad dirigida a menores de edad</i></p> <p><i>La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores. Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido.</i></p>
<p><i>Art. 17.- Competencia</i></p> <p><i>La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi es la autoridad encargada en forma exclusiva y excluyente para conocer en primera instancia la verificación del cumplimiento de las normas que regulan la publicidad en protección del consumidor. Sin perjuicio de ello, las afectaciones concretas y específicas a los derechos de los consumidores a consecuencia de la publicidad comercial constituyen infracciones al presente Código y son de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi”.</i></p>

2.3. Principales Resoluciones emitidas por Indecopi

A continuación un breve análisis de algunas resoluciones importantes en el desarrollo jurisprudencial de la materia.





2.3.1. Definición Publicidad Comercial

Cuadro N°6
El caso de Productos Rema S.A. vs Luz del Sur S.A.

RESOLUCION N°096-96-TDC	
Denunciante: Productos Rema S.A.	Denunciada: Luz del Sur S.A.
Precedente REMA – LUZ DEL SUR	
<p>El anuncio materia de denuncia consiste en un folleto denominado "Lo más importante es su seguridad. Cómo prevenir accidentes eléctrico en su hogar" distribuido con el recibo de consumo mensual de servicio eléctrico de Luz del Sur S.A. (en adelante, Luz del Sur) durante el mes de mayo de 1996. Dicho folleto contenía una serie de recomendaciones de seguridad en el hogar con el fin de prevenir accidentes por causa de desperfectos de equipos o instalaciones, entre las cuales se mencionaba evitar el "uso de extensiones triple". En la carátula de dicho folleto se apreciaba la imagen de un enchufe triple universal de marca REMA, en proceso de combustión, como se puede apreciar a continuación:</p>	
	
<p>Fuente: Expediente N°089-1996/CCD. El caso de Productos Rema S.A. vs Luz del Sur S.A.</p>	
<p>De acuerdo a Productos Rema S.A (en adelante, Rema), el referido anuncio denigraba su producto, haciendo pensar al consumidor que este era, en sí mismo, peligroso y riesgoso para el hogar. Señaló la denunciante que dicho folleto inducía a evitar la compra y utilización de su producto, lo cual habría generado un perjuicio a la empresa, afectando la producción de la empresa en general.</p>	
<p>Por su parte, Luz del Sur indicó que la marca del producto consignado en la carátula del folleto es casi imperceptible y que, además, debía tomarse en cuenta que el enchufe triple universal era un producto de uso común cuyo diseño era similar entre las distintas marcas.</p>	

En primera instancia se declaró fundada la denuncia. La CRCO determinó que de una lectura superficial de la imagen del enchufe triple en proceso de combustión, se desprendería que este sería susceptible de generar una impresión imprecisa de la seguridad de los enchufes triple, lo cual podría afectar negativamente su imagen comercial. Es así que el mensaje transmitido a través del anuncio sería que el uso de los enchufes triple es, en sí mismo, riesgoso. Dicha Resolución fue apelada.

En segunda instancia, el TDC realizó un análisis de lo que debe considerarse publicidad comercial considerando que la misma se encuentra contenida dentro de un universo mayor que circunscribe la totalidad de anuncios que se difunden diariamente en territorio nacional. En ese sentido, el TDC determinó como precedente de observancia obligatoria el siguiente principio:

“Para efecto de lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°691 y sus normas reglamentarias, constituye publicidad cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios captando o desviando las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tiene por finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuesto, entre otras”.

En razón de ello, el TDC consideró que el folleto materia de denuncia no constituía una publicidad de índole comercial, sino uno de carácter meramente ilustrativo e informativo y, por tanto, revocó la Resolución de primera instancia declarando improcedente la denuncia por presunta infracción del art. 7 del Decreto Legislativo N°691. No obstante ello, la CRCO encausó de oficio señalando que era de aplicación el Decreto Ley N°26122 en tanto que la conducta denunciada puede potencialmente afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas. Es así que el TDC consideró que el folleto denigraba el producto de la denunciante, por lo cual declaró fundada la denuncia por infracción al art. 11 del referido cuerpo normativo.

Este precedente de observancia obligatoria fue importante en su momento pues estableció los cimientos conceptuales de lo que ahora conocemos como “publicidad comercial”, identificando el efecto comercial y persuasivo de este tipo de comunicación pública del anunciante. Así, a diferencia de lo dispuesto en el art. 2 de la ahora derogada Ley General de Publicidad 34/1988 de España¹⁸⁹ y la definición establecida en la doctrina por Anxo TATO PLAZA¹⁹⁰, la Sala estableció que:

189 La mencionada norma señalaba: *“Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”.*

190 *“... las manifestaciones y comunicaciones que a través de los medios técnicos de difusión se hacen al público de los consumidores con el fin de encaminar su atención hacia los servicios y productos de la empresa y, de este modo, promover y fomentar la contratación de tales servicios y productos”.* Ver en: FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1989). *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, p. 57.

“(…) pueden presentarse anuncios que, sin tener por finalidad captar o desviar las preferencias de los consumidores, pueden tener, de manera indebida, tal efecto. Así, por ejemplo, una campaña que tiene por finalidad alertar a la población respecto de los peligros de manejar en estado de ebriedad, dirigida por una empresa que fabrica automóviles, en la que se difunde un vehículo fácilmente reconocible de un competidor, destruido tras un accidente, podría tener por efecto desviar la demanda de coches hacia el anunciante. Si bien la finalidad es altruista, el efecto puede ser nocivo para la competencia.

En este sentido, no es labor de los órganos funcionales del Indecopi identificar la intención subjetiva del anunciante, sino simplemente la consecuencia objetiva del anuncio en el mercado correspondiente. No es necesario incurrir en costosos procesos para probar la existencia de una intencionalidad específica, siendo suficiente que el anuncio tenga por consecuencia objetiva captar o desviar la demanda por bienes o servicios. Así, si bien la probanza de la intención permitiría sancionar al anunciante, de no probarse dicha intención, bastará el análisis de la consecuencia objetiva que puede producir el anuncio.

Conforme a lo expuesto, esta Sala es de la opinión que constituye publicidad comercial, para efectos del Decreto Legislativo N°691, cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera indebida (sic), las preferencias de los consumidores”.

(El subrayado es nuestro).

En virtud de dicha finalidad comercial contenida en los anuncios publicitarios, el referido precedente estableció las diferencias existentes entre la publicidad comercial, la publicidad institucional y la propaganda política. Una vez efectuado ello, identificó el folleto denunciado como uno carente de finalidad comercial; por lo tanto, determinó que no le era aplicable lo dispuesto en el Decreto Legislativo N°691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

No obstante lo señalado, el TDC consideró en dicha oportunidad que el folleto era susceptible de menoscabar la reputación comercial de la marca REMA; por lo tanto, declaró la infracción al art. 11 del Decreto Ley N°26122, Ley de Represión de la Competencia Desleal, sobre la base del siguiente argumento:

“(...) la Sala considera que no es pertinente difundir la marca de un producto cuando éste es mostrado a través de un anuncio, en un estado que pueda menoscabar su crédito en el mercado, aun cuando dicho anuncio no constituya una publicidad comercial. Así, por ejemplo, no resultaría pertinente mostrar la marca de un automóvil destruido en un accidente de tránsito, en un comercial que busca alertar a la población respecto del peligro de manejar en estado de ebriedad, aun cuando se tratase de una publicidad institucional promovida por un taller de reparaciones mecánicas. Por estas razones, en el presente caso, se habría infringido el art. 11 del Decreto Ley N°26122. Es en este aspecto que el folleto materia de denuncia podría estar denigrando el producto o la marca de la denunciante”.

Es en este punto en el que nosotros discrepamos con lo señalado en el precedente analizado, pues si se determinó que el folleto denunciado no tenía fines comerciales, este no debió ser analizado por ninguna de las dos normas antes mencionadas, en la medida que la conducta careció de finalidad concurrencial, requisito indispensable para la aplicación de normas que reprimen la competencia desleal.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, es importante precisar que este error no puede atribuirse a la Sala que emitió el referido precedente, pues tanto el Decreto Legislativo N°691 como el Decreto Ley N°26122 no delimitaban su ámbito de aplicación objetivo, a diferencia de la actual LRCD que establece lo siguiente en su art. 2:

“La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos”.

Este efecto o finalidad de concurrir en el mercado ha sido analizado por la Sala actual del Indecopi en un reciente pronunciamiento¹⁹¹, en el cual se ha señalado lo siguiente:

191 Resolución N°473-2012/SC1-INDECOPI.

“Un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando, a través de su realización, el empresario que lo comete, procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo. En ese sentido, serán actos concurrenciales todas aquellas actividades dotadas de trascendencia externa, esto es, que se ejecuten en el mercado y, que sean susceptibles de mantener o incrementar el propio posicionamiento del agente que lo realiza. Ello se produce, ya sea incentivando directamente la contratación de sus propios bienes o servicios (efecto concurrencial directo) o promoviendo la posición de un tercero, en tanto la mejora de dicha posición le representa indirectamente un beneficio, al mantener con ese tercero una relación o vínculo de cualquier índole que le pueda generar una ventaja económica (efecto concurrencial indirecto)”.

De los hechos suscitados en el caso analizado, podemos apreciar que si el mismo se hubiese presentado con la vigencia de la presente LRCD, el TDC habría tenido que declarar su improcedencia. Ello toda vez que la conducta desarrollada por Luz del Sur no le generaba beneficio económico directo o indirecto alguno, pues se trataba de un folleto difundido con fines informativos de prevención. En ese sentido, si bien podía presentarse un menoscabo a la reputación comercial de la marca aludida, este no configuraba requisito suficiente para que pueda aplicarse la LRCD, ya que la conducta no era susceptible de generarle de manera directa o indirecta una ventaja económica.

Sin perjuicio de lo antes señalado, reconocemos el impacto positivo que tuvo este precedente en el mercado, pues de esta manera se pudo delimitar qué debía entenderse como publicidad comercial en lo que su efecto persuasivo y comercial se refiere, logrando con ello que los agentes económicos diferencien este concepto de otros con los cuales entraban en confusión, como podía ser la propaganda política o la publicidad institucional.

A este precedente le siguieron resoluciones importantes que permitieron aclarar la tipología de los anuncios publicitarios y así acercarnos a la definición de publicidad comercial actualmente recogida en la LRCD.

Mediante Resolución N°2046-2007/TDC-INDECOPI, el TDC complementó la definición establecida mediante el Precedente Rema señalando lo siguiente:

“Para que una comunicación constituya un supuesto de publicidad comercial y se encuentre sujeta a las normas sobre publicidad en general, deben concurrir dos requisitos: (i) debe tratarse de una comunicación pública; y, (ii) dicha comunicación debe tener como finalidad o por efecto fomentar directa o indirectamente, el consumo de los productos anunciados.

En relación con el primer requisito, la comunicación pública se configura desde el momento en que ésta es difundida entre varios receptores, independientemente de que haya sido dirigida sólo a un público determinado. Así, la publicidad de la comunicación viene determinada por la difusión que realice un agente económico de un determinado mensaje publicitario de manera tal que éste pueda percibirse por varios receptores.

El segundo requisito se vincula con lo que se conoce como la función persuasiva de la publicidad comercial, esto es, que la comunicación pública tenga por finalidad o efecto, de manera directa o indirecta, la adquisición de bienes o contratación de servicios. Esta finalidad persuasiva puede lograrse mediante la promoción directa de un determinado producto o servicios o, de manera indirecta, por ejemplo, al enaltecer la reputación comercial del anunciante mediante la difusión de sus logros, reconocimiento, posicionamiento en el mercado, actividades diversas, entre otra información.

(El subrayado es nuestro).

Mediante esta Resolución el TDC precisa acertadamente que el mensaje publicitario contenido en un anuncio puede ser de distinta naturaleza o complejidad, pudiendo contener un desarrollo detallado de las características y condiciones de la oferta anunciada o, simplemente, presentar una marca cuya recordación en los consumidores se pretende lograr. De este modo, el TDC establece que:

“[L]a función informativa de la publicidad comercial no consiste necesariamente en describir las características de los productos o servicios publicitados, sino que esta función puede consistir en la presentación de un determinado producto, servicio, una marca o un agente económico, sin hacer mención alguna a los bienes que comercializa.”

Con ello, el TDC dejó en claro que la función informativa de la publicidad comercial consistirá en un mensaje publicitario que tenga la finalidad o efecto, directo o indirecto, de promover la adquisición o contratación de bienes o servicios.

Por su parte, respecto a la característica de comunicación pública de la publicidad, el TDC estableció que ésta se logra mediante el uso de un soporte que permita su recepción general por un grupo determinado o no de consumidores, siendo indiferente si este soporte es un medio de comunicación tradicional o no.

Siguiendo esa línea argumental, dicha resolución consideró que el hacer uso de anfitrionas o promotoras vistiendo indumentaria que aluda a una marca o producto, si bien puede considerarse como un mecanismo de “promoción de ventas”, constituirá un supuesto de publicidad comercial a efectos de la aplicación del Decreto Legislativo N°691, siempre que: (i) implique la realización de una comunicación pública; y, (ii) tenga por finalidad o efecto, de manera directa o indirecta, la contratación de bienes o servicios.

Finalmente, consideramos interesante destacar el análisis que hizo el TDC respecto al cuestionamiento de si la sola presentación de signos distintivos podría considerarse publicidad comercial. Al respecto, estableció lo siguiente:

“En principio, la Sala considera que el solo uso de los signos distintivos de un determinado producto o servicio no puede ser considerado como publicidad comercial. En el caso de las marcas de producto, los signos distintivos son utilizados frecuentemente sobre el empaque o la presentación del producto, lo que no puede llevarnos a concluir que este hecho por sí solo constituye un supuesto de publicidad comercial.

La exposición de un signo distintivo tiene por lo general un efecto de recordación en los consumidores. Este efecto de recordación o posicionamiento de una marca constituye en muchas ocasiones, el objetivo de un determinado anuncio o campaña publicitaria y es una vía indirecta de promover la adquisición o contratación de bienes o servicios.

Por tanto, considerando el efecto de recordación que puede tener un signo distintivo, para determinar si la utilización y difusión de una marca puede considerarse como un supuesto de publicidad comercial, debe realizarse un análisis en cada caso concreto. Esta evaluación deberá ser más exhaustiva en aquellos casos donde el mensaje difundido presente una menor complejidad y su contenido presente pocos o ningún elemento adicional al solo uso de un signo distintivo, para efectos de calificar una comunicación pública como anuncio publicitario. En dicho escenario, la Sala considera que la autoridad deberá dar primacía a la presunta finalidad publicitaria sobre el efecto, que como se ha visto, podría estar presente en cualquier supuesto de exposición de un signo distintivo”.

(El subrayado es nuestro).

2.3.2. Principio de Leal Competencia aplicable a la publicidad comercial

Cuadro N°7

El caso de Telefónica del Perú S.A.A. vs Mactel Electrónica E.I.R.L.

RESOLUCION N°0347-2006/TDC-INDECOPI	
Denunciante: Telefónica del Perú S.A.A.	Denunciado: Mactel Electrónica E.I.R.L.
PRECEDENTE TELEFÓNICA – MACTEL	
<p>Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) interpuso una denuncia contra Mactel Electrónica E.I.R.L. (en adelante, Mactel) por infracción a lo establecido en los art. 3, 4 y 7 del Decreto Legislativo N°691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, así como a los art. 6, 7, 9 y 11 del Decreto Ley N°26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal por la difusión de un anuncio televisivo que describimos a continuación:</p> <p><i>“En una oficina se encuentra un hombre, sentado frente a un escritorio observando unos papeles, afirmado con acento español: ‘Pues qué bien, las ventas siguen subiendo, los consumos de celulares, de tijos, de oficinas, seguimos ganando. Y se creyeron lo de los plantes tarifarios. Ja ja ja’.</i></p> <p><i>Luego de esta escena, aparece en letras de color blanco el siguiente mensaje en off: ‘A los peruanos ya no nos agarran de tontos. Ahora tenemos el Mc 7 de Mactel, el único bloqueador telefónico que sí asegura el consumo justo y preciso. Llame ahora al 471-4155 y adquiera su Mc 7 de Mactel’.</i></p> <p><i>Finalmente, aparece en escena el mismo hombre del inicio, con papeles en la mano, afirmando ‘Por Dios que las ventas están cayendo, joder’, mientras lanza los papeles que tenía en la mano”.</i></p> <p>En su pronunciamiento, la CRCD declaró fundada la denuncia por infracción al art. 7 del Decreto Legislativo N°691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. La denunciada apeló dicha resolución.</p> <p>El TDC realizó un análisis respecto de si la publicidad cuestionada incurría en infracción al art. 7 de la Norma de Publicidad. Para ello, estableció a través de un precedente de observancia obligatoria el siguiente principio:</p> <p><i>“1. La publicidad desleal es parte integral de la disciplina general de la competencia desleal, mereciendo, por tanto, un tratamiento sistemático.</i></p> <p><i>2. El art. 6 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal considera acto de competencia desleal, por tanto, reprimible y sancionable, a toda conducta que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas. La norma no excluye de ninguna manera a la actividad publicitaria que resulte objetivamente contraria a la buena fe, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas de la calificación como acto de competencia desleal. Debido a ello, la difusión de un mensaje publicitario que contravenga el principio de lealtad tendrá la naturaleza de acto de competencia desleal cuya materialización ha ocurrido en forma de anuncio publicitario.</i></p>	





3. *El ilícito propio de la legislación de represión de la competencia desleal es definido como todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a la buena fe, que tenga por objeto o efecto afectar el normal desenvolvimiento de las actividades económicas en el mercado. En tal sentido, el ámbito de protección del ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal comprende el interés económico general incluyendo al interés de los consumidores y, en último término, a la preservación del orden económico de mercado, considerado como el mecanismo para lograr el mayor bienestar de la sociedad por el marco constitucional.*
4. *La calificación de una conducta como acto de competencia desleal no requiere que el infractor se encuentre en relación de competencia directa con el afectado, bastando únicamente que la conducta resulte objetivamente contraria a la buena fe.*
5. *La prohibición de la denigración publicitaria responde a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el art. 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En ese orden de ideas, la denigración publicitaria es aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado.*
6. *En todo mensaje publicitario alusivo a un agente competidor subyace la posibilidad de generar un daño a éste, pues es capaz de menoscabar el crédito en el mercado del competidor aludido. No obstante, ello no equivale a calificar como denigratorios e ilícitos a todos los mensajes publicitarios con contenido alusivo, sino únicamente a aquellos que tengan por objeto o efecto, real o potencial, menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado del competidor aludido, buscando o siendo capaces, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar la permanencia de dicho competidor en el mercado.*
7. *Las condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenidas en el art. 11 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal son aplicable a la prohibición de la denigración publicitaria, incluyendo la 'excepción de veracidad'. En aplicación de dicha 'excepción de veracidad', un mensaje publicitario alusivo no será denigrante cuando sea concurrentemente verdadero, exacto y pertinente".*

En razón de ello, se confirmó la Resolución de la CRCD en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Telefónica por infracción al principio de lealtad en la modalidad denigración.

Este precedente fue importante por varios aspectos. En primer lugar, aclaró uno de los aspectos más controvertidos en ese entonces, como era el concurso de aplicación de los cuerpos legales vigentes en dicho periodo (Decreto Legislativo N°691 y Decreto Ley N°26122). Así, dispuso que los mencionados dispositivos no eran excluyentes ni incompatibles sino que, por el contrario, existía entre ellos una relación de género a especie, en virtud de la cual los vacíos legales que pudieran presentarse o las necesidades de complementariedad en la interpretación en las normas de publicidad debían complementarse con las normas de represión de la competencia desleal.

Es en ese sentido que se estableció que todo anuncio publicitario contrario al principio de lealtad tenía la naturaleza de acto de competencia desleal originado a través de la actividad publicitaria.

En virtud de lo antes señalado, dicho precedente dispuso que la prohibición de la denigración publicitaria respondía a la misma racionalidad y contenido de la prohibición general de los actos de denigración descritos en el art. 11 del Decreto Ley N°26122. En ese sentido, definió a la denigración publicitaria como *“aquella modalidad de publicidad que contiene un mensaje capaz de menoscabar injustificadamente el crédito en el mercado de un competidor y, a través de dicho mecanismo, de impedir u obstaculizar su permanencia en el mercado”*.

En segundo lugar, estableció que las condiciones de enjuiciamiento de la conducta contenida en el art. 11 del Decreto Ley N°26122 le eran aplicables a la prohibición de la denigración publicitaria. Por lo tanto, dispuso que la denigración publicitaria era lícita siempre que cumpliera con la *exceptio veritatis* en virtud del modelo social económico. Ello en virtud de una mayor valoración de la información que se trasladaba mediante esta conducta al mercado, haciéndolo más transparente.

Finalmente, dicho precedente estableció que no era necesario acreditar una relación de competencia para que se califique una conducta como acto de competencia desleal en virtud del modelo social económico vigente. En ese sentido, dicho precedente determinó que para que una conducta se califique como desleal, bastará que sea objetivamente contraria a la buena fe comercial, conforme debía entenderse la cláusula general contenida en el art. 6 del Decreto Ley N°26122.

Esta Resolución dejó en evidencia la necesidad de eliminar la dualidad normativa existente hasta ese entonces, pues si bien se estableció ello dentro de sus principios aprobados como precedente de observancia obligatoria, lo cierto era que el art. 7 del Decreto Legislativo N°691 no otorgaba excepción de licitud alguna a la denigración publicitaria.



2.3.3. Publicidad Alusiva

Cuadro N°8

El caso de The Coca-Cola Company vs Embotelladora San Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.

RESOLUCION N°0547-2004/TDC-INDECOPI	
Denunciante: The Coca-Cola Company	Denunciada:Embotelladora Don Jorge S.A.C. Panorama Internacional S.A.
PRECEDENTE COCA-COLA – PERU COLA	
<p>Coca-Cola Company (en adelante, Coca-Cola) denunció a Embotelladora Don Jorge S.A.C. (en adelante, Don Jorge) y a Panorama Internacional S.A. por presuntas infracciones a las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor en base a la difusión del anuncio descrito a continuación:</p> <p><i>“La primera imagen es la de una persona que se acerca a una pareja de turistas que está paseando por el frontis de una iglesia y les invita una bebida de color negro a la vez que pregunta ‘¿Adivinas qué sabor es?’; el caballero prueba la bebida y responde ‘Um, es Coca-Cola’ a la vez que en la pantalla aparece su nombre, número de pasaporte y su nacionalidad (Scott Mc Innes, 569267, USA). A continuación aparece un grupo de turistas en un restaurante en el cual se está tocando música andina, uno de los cuales levanta el vaso conteniendo una bebida de color negro y afirma ‘Coca-Cola es lo mejor’, mientras que, al igual que el caso anterior, se incluye su nombre, número de pasaporte y nacionalidad (Katty Mc Cune, 301194495, USA). La siguiente imagen es la de una pareja de turistas que está en unas ruinas andinas, uno de ellos prueba una bebida de color negro y afirma ‘Yea baby, it’s Coca-Cola’; al igual que en los casos anteriores se indica el nombre, número de pasaporte y nacionalidad de esta persona (Robert Fleming, 112605092, USA). La siguiente imagen corresponde a un grupo de turistas que está en la selva, uno de los cuales sostiene un vaso conteniendo una bebida de color negro a la vez que dice ‘Always Coca-Cola’, a la vez que figura el nombre, número de pasaporte y nacionalidad de dicha persona. (Bryan Griffin, 701459732, USA). Seguidamente aparecen las imágenes de estas personas en los mismo lugares, todas sonriendo y sosteniendo un vaso de vidrio con una bebida de color negro, mientras la voz en off dice que ‘Todos ellos pensaban que el sabor de Coca-Cola era inigualable hasta que conocieron el Perú...’, luego de lo cual sale la imagen de tres botellas de la bebida ‘Perú Cola’ mientras que la voz en off señala ‘... la nueva Perú Cola’. A continuación salen nuevamente las cuatro personas mencionadas anteriormente diciendo ‘¿No era Coca-Cola?’, a lo que la voz en off responde señalando ‘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!’ y una figura circular que dice ‘Un producto del grupo JPM’. Finalmente, aparece el nombre y el logo de la agencia de publicidad encargada de elaborar el anuncio, Panorama Internacional SA.”</i></p> <p>En su pronunciamiento, la CRCD declaró infundada la denuncia. Coca-Cola impugnó dicha resolución. En segunda instancia, la Sala consideró que el anuncio cuestionado constituyó publicidad comparativa por lo cual, procede a efectuar un análisis respecto de si esta cumple con los requisitos de licitud.</p>	

En razón de ello, la Sala establece en un precedente de observancia obligatoria los siguientes principios interpretativos para la determinación de la licitud de la publicidad comparativa, bajo los alcances de lo dispuesto en el art. 8 del Decreto Legislativo N°691:

- “1. *La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora.*
2. *El art. 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. En tal sentido, los anuncios comparativos que respeten dichos principios serán calificados como publicidad comparativa lícita, mientras que aquellos que los vulneren serán calificados como publicidad comparativa ilícita.*
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, recogido en el art. 5 de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, el cual justifica dicho daño en razón del interés superior del consumidor que se ha 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 -es decir, deja de transmitir información al consumidor- teniendo por objeto o efecto el aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor a fin de resaltar supuestas ventajas de la oferta propia sobre 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, 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 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.*
6. *La utilización de testimonio en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente, previamente, con las pruebas documentales suficientes que sustenten no solo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial”.*

Finalmente, el TDC consideró que la publicidad cuestionada constituía un acto de competencia desleal al utilizar un elemento subjetivo como lo es el sabor. En ese sentido, el TDC revocó la resolución de la CRCO y declaró fundada la denuncia contra embotelladora Don Jorge y Panorama por infracción al art. 8 de las normas de publicidad en Defensa del Consumidor.

En el presente caso bajo análisis el TDC, de un análisis integral y superficial del anuncio denunciado, determinó que el mensaje publicitario se encontraba orientado a transmitir “*que Perú Cola tiene el mismo sabor que Coca-Cola, a tal grado que los consumidores confunden el sabor de ambas bebidas, pero con un elemento adicional de ventaja para el anunciante: el precio de Perú Cola es un precio menor*”.

Como podemos apreciar, se discutía la legalidad de un anuncio de naturaleza alusiva el cual se sustentaba en un elemento subjetivo (el sabor) y otro objetivo (el precio). Sin embargo, determinar frente a qué modalidad de anuncio alusivo se encontraba el TDC no era nada fácil, toda vez que el anunciante se equiparaba a la oferta del competidor respecto al sabor de su producto y a la vez, informaba como ventaja de su oferta el hecho de que costara menos.

Frente a ello, el TDC determinó acertadamente que se trataba de un anuncio comparativo pues el anuncio tenía como efecto mostrar la ventaja de una oferta sobre otra (respecto al precio); sin embargo, consideró que era necesario analizar si el aspecto subjetivo que formaba parte del mensaje publicitario desnaturalizaba su naturaleza comparativa, toda vez que en un precedente de observancia obligatoria anterior¹⁹² el mismo colegiado (conformado por otros miembros) había desarrollado la siguiente interpretación:

“1. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del art. 8 del Decreto Legislativo N°691, es lícito hacer comparaciones expresas de productos en la publicidad. Esta modalidad denominada publicidad comparativa se caracteriza particularmente por ser específica, objetiva y brindar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Asimismo, las comparaciones expresas de productos deben cumplir con los requisitos exigidos a toda publicidad comercial, es decir: no deben infringir el principio de veracidad, contenido en el art., 4 del Decreto Legislativo N°691, engañando por implicancia u omisión-; ni deben infringir el principio de lealtad, contenido en el art. 7 del Decreto Legislativo N°691, induciendo a los consumidores a confusión o denigrando a los competidores.

2. No constituyen publicidad comparativa aquellos anuncios en donde la confrontación entre productos o servicios no se realiza de manera específica, objetiva y no brinda una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Estos tipos de anuncios constituyen publicidad comercial común y, en tal sentido, se rigen por las normas generales contenidas en el Decreto Legislativo N°691”.

(El subrayado es nuestro).

192 Resolución N°168-97-TDC.

Como se puede apreciar, dicho precedente se encontraba marcado por dos ideas principales: (i) se identificaba a la objetividad como una característica de la publicidad comparativa y no como un requisito de licitud de la misma; y, (ii) se dejaba fuera del ámbito de la publicidad comparativa a aquella publicidad que contuviera frases subjetivas, debiendo la misma evaluarse bajo las reglas de la publicidad común.

Esta interpretación generó una serie de situaciones en cuanto a la interpretación respecto de cuáles eran los requisitos que se tenían que satisfacer en la utilización de la publicidad comparativa como un instrumento de la competencia justa en el mercado. Ello se vio acrecentado cuando dicho precedente fue declarado nulo en última y definitiva instancia, por sentencia de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República, a pesar de que, durante su impugnación, se promulgó una norma que modificaba el artículo que regulaba la publicidad comparativa, disponiendo la condición de objetividad como una característica y no como un requisito de validez.

Así, el TDC a través de este nuevo precedente decide revisar integralmente la publicidad comparativa. En primer lugar, apoyándose en la doctrina española, establece la definición de esta modalidad publicitaria:

“La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y, (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora”.

Con ello dejó zanjado que la condición de objetividad no formaba parte de las características de la publicidad comparativa. Así, estableció que todo anuncio que cumpla con las dos características descritas en la nueva definición sería analizado como un anuncio de dicha naturaleza, lo cual implicaba que se trataba de una conducta lícita, siempre que cumpliera con lo dispuesto en los principios que regían la actividad publicitaria.

El TDC estableció de manera acertada que la publicidad comparativa en principio sería siempre lícita a pesar de generar en todos los casos una afectación en los agentes económicos aludidos. Ello en virtud del modelo social económico, que justifica este daño en la medida que se valora de mayor manera la información que se traslada al mercado a través de esta modalidad publicitaria sobre el daño directo que se pueda ocasionar al tercero aludido.

En ese orden de ideas, estableció que la publicidad comparativa será ilícita cuando pierda su carácter informativo, esto es, cuando la presunta ventaja de la oferta del anunciante se base en opiniones o afirmaciones no comprobables (subjetivas). Así señaló que:

“[E]sta 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 con alguna información de consumo. Puede observarse que 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”.

De este modo, el TDC estableció mediante precedente que la condición de objetividad era un requisito de validez de la publicidad comparativa, dejando las reglas claras en el mercado y colocando los cimientos de la evolución jurisprudencial posterior que tuvo el análisis de esta modalidad publicitaria en el Indecopi. Cabe destacar que la nueva LRCD recoge expresamente la condición de objetividad como uno de los requisitos para determinar la validez del acto de comparación.

Asimismo, la nueva LRCD recoge en su art. 12 la definición de publicidad comparativa desarrollada en dicho precedente, corrigiendo una de sus características al establecer que el acto de comparación consiste en la presentación de las ventajas de la oferta del anunciante frente a la oferta competidora, y no frente a sus desventajas, como se señalaba.

De otro lado, es importante destacar que este precedente, si bien no lo desarrolla como principio, en su parte considerativa es una de las primeras resoluciones en desarrollar con cierta exhaustividad la publicidad adhesiva, diferenciándola de la publicidad comparativa y estableciendo su ilegalidad en todas sus formas, como podemos apreciar a continuación:

“(…) si bien es cierto que ambas -la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva- contienen una referencia conjunta al producto anunciado y al producto competidor, es más cierto aún que en la publicidad comparativa, la finalidad de dicha referencia conjunta es la diferenciación de ambas ofertas a fin de resaltar las ventajas propias frente a las desventajas del competidor; mientras que, por el contrario, 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.

Una diferencia adicional entre la publicidad comparativa y la publicidad adhesiva la constituye el hecho de poder encontrar dos clases de publicidad comparativa: (i) la lícita; y, (ii) la ilícita; mientras que la publicidad adhesiva siempre será ilícita, tal como se explicará a continuación.

Al tener la finalidad o el efecto de aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor en el mercado, es claro que la publicidad adhesiva atenta directamente contra el principio de lealtad, recogido en el art. 7 del Decreto Legislativo N°691 y, a través de éste, contra el ordenamiento en materia de represión de la competencia desleal.

(...)

Debe recordarse que la publicidad adhesiva es aquella modalidad publicitaria en la que el anunciante equipara la oferta propia con la oferta ajena sobre la base de elementos subjetivos, con la finalidad o efecto de aprovecharse indebidamente de la reputación del competidor en el mercado. Es importante resaltar que no se trata de cualquier tipo de aprovechamiento sino de uno indebido, logrado mediante la equiparación de las supuestas características de ambas ofertas -la propia y la del competidor-, lo cual corresponde exactamente a la definición de un acto de competencia desleal en la modalidad de explotación de la reputación ajena. Por tanto, tal como se señalara líneas arriba, la publicidad adhesiva siempre será ilícita, debido a su naturaleza de acto de competencia desleal".

(El subrayado es nuestro).

De lo señalado podemos apreciar que el TDC establece erróneamente que la publicidad adhesiva se realizará siempre sobre la base de elementos subjetivos y que por ello siempre sería desleal, pues de acuerdo a la doctrina, esta modalidad publicitaria también puede presentarse sobre la base de aspectos objetivos, hecho que también es recogido actualmente en el art. 12 de la LRCO que establece que la publicidad adhesiva (acto de equiparación) será lícito cuando la información sobre la que se base sea veraz (que incluye su objetividad), exacta y pertinente (de forma y fondo).



2.3.4. Principio de veracidad

Cuadro N°9
El caso de la CRCD vs. Hipermercado Metro

RESOLUCION N°1602-2007/TDC-INDECOPI	
DENUNCIANTE: DE OFICIO	DENUNCIADA: HIPERMERCADOS METRO
PRECEDENTE METRO	
<p>La CRCD inició un procedimiento de oficio contra Hipermercado Metro S.A. (en adelante, Metro) por una presunta infracción al principio de veracidad contenido en el art. 4 del Decreto Legislativo N°691 por la difusión de un anuncio de televisión en el cual se promocionaban descuentos en sus establecimientos comerciales del 20% sobre el precio de los detergentes, cereales, fideos, infusiones y productos para mascotas. En el referido anuncio, se presentaban ciertas condiciones de la promoción al final del anuncio durante un tiempo aproximado de un (1) segundo, de manera tal que, de acuerdo a la CRCD, no se permitiría al consumidor, conocerlas de manera clara y comprensible.</p> <p>Metro señaló en sus descargos que debía evaluarse en su totalidad las piezas publicitarias que formaban parte de la campaña publicitaria difundida, dado que en todas ellas se había consignado las restricciones o limitaciones aplicables a la promoción denunciada. Es así que el tiempo que éstas eran difundidas en televisión permitía al consumidor ser consciente de su existencia, pudiendo este acceder al contenido de dicha información mediante las demás piezas publicitarias integrantes de la campaña publicitaria.</p> <p>La CRCD declaró fundada la imputación de oficio y ordenó el cese definitivo del anuncio infractor u otro que omita las restricciones relevantes de la promoción anunciada; toda vez que el modo en que fue difundido el anuncio denunciado impedía que un consumidor accediera a información relevante para tomar su decisión de consumo. Metro impugnó la resolución.</p> <p>En segunda instancia, el TDC consideró que no puede obligarse a los consumidores a acceder a todos los medios de comunicación que integran la campaña publicitaria. Es por ello que consideró necesario plantear un mecanismo que asegure que los consumidores puedan conocer y tener acceso a la información sobre las condiciones de los productos o servicios anunciados sin producir barreras injustificadas de entrada a la actividad publicitaria que limiten las posibilidades de los consumidores de acceder a más información.</p> <p>Es así que el TDC dejó sin efecto el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución N°0901-2004/TDC-INDECOPI (Precedente Telmex) y emitió un nuevo Precedente de Observancia Obligatoria con la finalidad de garantizar un mayor acceso a la información considerando su apreciación superficial de los anuncios publicitarios, el cual recoge el siguiente principio:</p> <p><i>“1. El principio de veracidad publicitaria contemplado en el art. 4 del Decreto Legislativo N°691 resulta aplicable a los mensajes publicitarios que los consumidores perciben como comprobables mediante un análisis integral y superficial de los anuncios.</i></p>	

2. *Las infracciones a dicho principio se verifican entre otros, a través de la publicidad falsa y la inducción a error al consumidor. La publicidad falsa representa el caso más elemental de infracción al principio de veracidad en la medida que las afirmaciones empleadas no guardan relación con la realidad. La inducción a error ocurre cuando se genera una idea equivocada en el consumidor respecto al mensaje publicitario. Ello sucede debido a la forma en que se han expuesto a las afirmaciones e imágenes, incluso siendo éstas verdaderas, o porque se ha omitido determinada información.*
3. *Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner la disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como un centro de atención telefónica. El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Del mismo modo, debe ser oportuno con respecto a las fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.*
4. *La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través del servicio de información gratuito a que se refiere el numeral anterior, debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante.*
5. *La Comisión de Represión de la Competencia Desleal debe supervisar la idoneidad de los servicios de información gratuita al vigilar el respeto del principio de veracidad contemplado en el art. 4 del Decreto Legislativo N°691.*
6. *Lo previsto en los numerales 3 y 4 no resulta aplicable a la publicidad de los productos y servicios donde exista un mandato legal específico de consignar determinada información, cuya omisión es sancionable por el principio de legalidad previsto en el art. 3 del Decreto Legislativo N°691.*

En atención a lo expuesto, el TDC confirmó la Resolución N°032-2007/CCD-INDECOPI en el extremo que declaró fundada la denuncia y, en atención a la graduación de la sanción, modificó la multa impuesta de 10 UIT a 1 UIT.

Antes de la promulgación de este precedente, la omisión de información en el principio de veracidad se evaluaba de acuerdo a lo dispuesto en el Precedente Telmex, aprobado mediante Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOPI, que disponía lo siguiente:

“1. Las infracciones al principio de veracidad contenido en el art. 4 del Decreto Legislativo N°691 pueden verificarse a través de la publicidad falsa o de la inducción a error al consumidor. La publicidad falsa representa el caso más elemental de infracción al principio de veracidad pues implica que las afirmaciones empleadas no corresponden a la realidad. En cambio, la inducción a error al consumidor puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas, dependiendo de la forma en que dichas afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que acompañan a dichas afirmaciones.

2. La afectación al principio de veracidad se encuentra estrechamente relacionada con la vulneración del derecho a la información de los consumidores. Ello debido a la doble naturaleza de la infracción al principio de veracidad publicitaria, la cual constituye un ilícito concurrencial -es decir, un acto de competencia desleal, en la modalidad de acto de engaño- y, a la vez, una afectación al derecho a la información de los consumidores.

El contenido esencial del derecho a la información de los consumidores es la puesta a disposición del consumidor, de manera clara, efectiva y comprensible, de todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios, en particular, las advertencias, riesgos previsibles, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, no bastando la sola indicación de su existencia sino que debe mencionarse expresamente en qué consisten. Este contenido esencial es el mínimo indispensable para que el derecho a la información de los consumidores sea reconocible como tal y no se vea vaciado de contenido.

Cuando diversos anuncios son difundidos, en un mismo espacio geográfico y temporal, por el mismo anunciante, a través de diversos medios tales como, televisión, catálogo de ventas, revistas, paneles e internet, respecto a los mismos productos y conteniendo el mismo mensaje publicitario destinado a la promoción directa o indirecta de la adquisición de productos, la evaluación integral impide que se analice dicha situación como una simple difusión de anuncios aislados sino que debe realizarse como una campaña publicitaria efectuada en el marco de una estrategia integral de comunicación de mercadotecnia y diseñada con la finalidad de promocionar los productos anunciados.

En el caso de campañas publicitarias, la exigencia del respeto al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores alcanza a cada uno de los medios en los que se difunde la campaña. Los perfiles particulares de cada medio de comunicación empleado en la campaña no pueden ser utilizados como justificación para dejar de brindar a los consumidores, de manera clara, efectiva y comprensible, todos aquellos elementos necesarios para que éste tome una decisión de consumo adecuada en la adquisición de bienes o servicios.

En el Derecho de la Publicidad, la existencia de una afectación al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores determina una inducción a error al consumidor y, por tanto, una vulneración del principio de veracidad.

La difusión de advertencias, restricciones o limitaciones, cuando el medio utilizado sea la televisión o la radio, deberá tener una exposición al consumidor no menor del tiempo que demore una lectura ininterrumpida de todo el texto o la escucha de la lectura del mismo en el caso de la radio".

(El subrayado es nuestro).

Como se puede apreciar, este precedente exigía a los anunciantes consignar en todos sus anuncios publicitarios, de manera "clara, efectiva y comprensible", todos aquellos elementos necesarios para que los consumidores tomen una decisión de consumo "adecuada". Así, en caso de existir advertencias, riesgos previsibles, precauciones, limitaciones, requisitos y condiciones relacionados con la adquisición de los productos ofertados, debían mencionarse expresamente en qué consistían en todos los anuncios. Y si estos eran difundidos por televisión o radio, dicha información debía exponerse por un periodo no menor del tiempo que demore una lectura ininterrumpida de todo el texto o la escucha de la lectura del mismo en el caso de la radio.

Esta regla evidentemente encarecía la publicidad para los anunciantes y con ello, generaba como efecto la reducción de la información para los consumidores, pues desincentivaba su uso en el mercado a los agentes con menos recursos (por lo menos a través de la televisión o radio), constituyendo de esta forma una barrera de acceso al mercado para ellos.

De otro lado, este precedente -contraviniendo irónicamente su propósito- generaba como efecto que los consumidores accedan a menos información a través del fenómeno de la "saturación informativa"¹⁹³, por el cual la sobrecarga de información produce el mismo efecto de la falta de la misma.

193 Gustavo RODRÍGUEZ citando a Richard Craswell: "... el verdadero costo de cualquier advertencia puede incluir no solo el costo físico de imprimir palabras extra en la etiqueta de un producto, sino también el potencialmente más costoso problema de diluir la efectividad de otras advertencias y revelaciones. En otras palabras, cada hecho que puede ser divulgado es visto como una parte separada o una partícula de información (a partir de una visión de conjunto), el problema aquí es que raramente estas partículas de información interactúan". RODRÍGUEZ, Gustavo. (2011). *Publicidad e información para el consumo. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico, p. 287.



Incluso, el fenómeno de la “saturación informativa” ha sido considerado actualmente por el propio CPDC como una circunstancia que debe ser evaluada por la autoridad al momento de determinar la ilegalidad del acto:

“Art. 2.- Información relevante

(...)

2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado”.

(El resaltado es nuestro).

La autoridad de competencia no tuvo en consideración en ese momento que la revelación excesiva de información también afecta el derecho de los consumidores al generarles impedimentos para la comprensión adecuada de la misma y vaciar, en último término, el propio derecho que se le quería reconocer¹⁹⁴.

El efecto práctico de este precedente en el mercado se presentó con algunos anuncios de radio que al finalizar, hacían uso de una voz que mencionaba todas las restricciones existentes a una gran velocidad. Asimismo, se empezaron a difundir anuncios televisivos que presentaban velozmente en la parte inferior información complementaria al mensaje publicitario.

Frente a ello, era necesario dejar sin efecto el referido precedente. Como no podía ser de otra forma, esto sucedió. Este fue remplazado por otro mucho más acorde con la finalidad perseguida y un análisis de los beneficios y consecuencias derivado del establecimiento de una regla de revelación de información¹⁹⁵. Es así que mediante el denominado “Precedente Metro”, el TDC -conformado por vocales distintos- reconoció que:

“La publicidad beneficia no sólo a los anunciantes sino que también ayuda a los consumidores a acceder a información sobre productos y servicios que, de otra forma, no hubieran conocido o lo hubieran hecho a un mayor costo. Sin embargo, requerir que un anuncio contemple todas las condiciones particulares de los productos o servicios, de manera similar a lo que sucede en un contrato de consumo, contradice dicha finalidad pues genera que los anunciantes dejen de realizar publicidad o que consignen información de manera imperceptible para los consumidores”.

(El resaltado es nuestro).

194 RODRÍGUEZ, Gustavo. (2011). Op. cit., p. 288.

195 RODRÍGUEZ, Gustavo. (2011). Op. cit., p. 299.

Dicho precedente también reconoce que a diferencia de lo que sucede en la legislación de protección al consumidor, en materia publicitaria no existe un deber de exhaustividad en la información o de incluir toda la “información mínima o relevante” en los anuncios. Así, dispone que en ejercicio de su libertad empresarial, el anunciante tiene el derecho de decidir el contenido de su anuncio eligiendo si presenta información subjetiva u objetiva y en este último caso, la cantidad de información que va a exponer. Por lo general, ello dependerá del tipo de productos y servicios anunciados y de las tendencias publicitarias de los agentes que compiten en el mercado.

Es en ese sentido, que dicho precedente señala que:

“... se entiende que no es necesario consignar toda la información requerida para adoptar una decisión de consumo en la publicidad, por constituir ésta una forma de comunicación inicial con los consumidores mediante la que se pretende atraer su atención y en ocasiones brindar determinada información, mas no constituye una oferta completa y final porque generalmente existe un intervalo de tiempo entre la difusión de un anuncio publicitario y la celebración del contrato de consumo.

La existencia de esos dos momentos permite realizar una distinción entre un anuncio publicitario y un contrato de consumo. En el primero, el anunciante decide qué información proporcionar, mientras que en el segundo, el proveedor tiene el deber de informar todos los elementos relevantes sobre los bienes o servicios que oferta al consumidor, de modo que antes de tomar una decisión de consumo, un consumidor tendrá más información que aquella proporcionada en la publicidad. Por ello, el enjuiciamiento de la veracidad de un anuncio publicitario se realiza a partir del momento de su difusión, sin perjuicio de que un consumidor adopte una errónea decisión de consumo o no, lo que será enjuiciado en todo caso, bajo los alcances de los deberes de idoneidad e información contemplados en la legislación de Protección al Consumidor”.

En esa misma línea, es importante destacar que el Precedente Metro reconoce que en virtud de la naturaleza persuasiva de la publicidad comercial, el anunciante no tiene un deber de imparcialidad, es decir, no tiene una obligación de otorgar a los consumidores una imagen neutral de los productos o servicios que ofrecen. En ese sentido, reconoce que si se forzara a colocar en la publicidad todos los términos y condiciones referidas a los bienes o servicios que se ofrecen al público, “los anuncios se tornarían excesivamente largos dificultando su lectura y comprensión por parte del consumidor, lo cual conllevaría elevar los costos de realizar publicidad, desincentivando su práctica y reduciendo la cantidad de información que estaría disponible para los consumidores”.

Una vez reconocido esto, el TDC consideró necesario establecer un mecanismo que permita el desarrollo efectivo de una estrategia de medios que asegure que los consumidores puedan conocer y tener acceso a la información sobre las condiciones de los productos o servicios anunciados. Por ello dispuso como precedente de observancia obligatoria que:

“Cuando los productos o servicios tengan condiciones particulares, como son advertencias, restricciones y requisitos de adquisición, y dicha información no haya sido consignada íntegramente en el anuncio publicitario, el anunciante debe poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito de fácil acceso a dicha información complementaria, e idóneo en relación con el producto o servicio y el público al que va dirigido el anuncio, tal como, un centro de atención telefónica. El servicio debe ser apropiado para garantizar un acceso suficiente y una pronta atención a los consumidores que demanden información. Del mismo modo, debe ser oportuno con respecto a las fechas de difusión del anuncio y de venta de los productos o contratación de los servicios anunciados. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio.

La información complementaria no consignada en los anuncios y puesta a disposición a través del servicio de información gratuito a que se refiere el numeral anterior, debe ser consistente y no contradictoria con el mensaje publicitario. La carga de la prueba de la idoneidad de dicho servicio y de la información proporcionada por éste recae sobre el anunciante”.

2.3.5. Información complementaria

Cuadro N°10

El caso de la Secretaría Técnica de la CFCD vs. Telefónica Móviles S.A.

RESOLUCIÓN N°0371-2011/SC1-INDECOPI	
DENUNCIANTE: DE OFICIO	DENUNCIADA: TELEFÓNICA MÓVILES S.A.
PROMOCIÓN "QUINTUPLICA"	
<p>La Secretaría Técnica de la CFCD (en adelante, la Secretaría Técnica) inició un procedimiento sancionador contra Telefónica Móviles S.A. (en adelante, Telefónica) por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño en la difusión de su campaña publicitaria de la promoción "Quintuplica" a través de medios de comunicación televisivos, radiales, gráficos e interactivos. Dicha campaña publicitaria fue difundida del 23 al 27 de mayo del 2009, ampliándose posteriormente su difusión hasta el 31 de mayo del 2009.</p> <p>La Promoción "Quintuplica" ofrecía a los clientes prepago de Movistar -incluyendo a los usuarios del plan tarifario "Tarifa Única" - "quintuplicar" el valor de las recargas que activaran para llamar a todos los destinos fijos y celulares del territorio nacional. Es así que en la parte inferior de los anuncios gráficos y en el <i>scroll</i> de la publicidad televisiva se señala que las tarifas aplicables a las llamadas realizadas con el saldo "quintuplicado" eran las correspondientes al plan tarifario "Todo el día 4", las cuales eran mayores a las establecidas para el plan "Tarifa Única", conforme se consignaba en la página web www.movistar.com.pe. La publicidad cuestionada señalaba lo siguiente:</p>	
	
<p>Fuente: Expediente N°118-2009/CCD - Caso Quintuplica (Telefónica Móviles S.A.)</p> <p><i>"¿Por que corren todos?, porque solo hasta el 31 de mayo llega todos Quintuplican Movistar, ahora tus recargas de S/. 15 o más quintuplican su valor para comunicarte con todos los teléfonos fijos y celulares del país, no importa el Prepago que tengas porque si estás en Tarifa Única también quintuplicas, solo activa tu recarga y luego marca el *515 Movistar! (...)."</i></p>	

Cabe precisar que en la publicidad difundida del 23 al 27 de mayo del 2009 no se consignó la siguiente restricción “Bono será entregado dentro de los dos días hábiles siguientes a la solicitud”. Dicha información únicamente se encontraba disponible en el portal electrónico de Telefónica.

La Secretaría Técnica señaló en relación a la publicidad cuestionada que las llamadas realizadas con el saldo “quintuplicado” desnaturalizarían el mensaje principal de la campaña publicitaria cuestionada y que la restricción referida a la oportunidad de entrega del bono promocional dentro de los dos días siguientes de activada la promoción resultaría contradictoria con los anuncios difundidos, los cuales transmitían la idea de que ésta se haría de forma inmediata.

La CFCD emitió un pronunciamiento declarando fundada la imputación de oficio contra Telefónica, el cual fue apelado por ésta.

El TDC, a fin de interpretar el anuncio publicitario, realizó un análisis integral y superficial de la publicidad partiendo únicamente de los elementos que son advertidos por el consumidor. En ese sentido, determinó que el mensaje publicitario que percibe un consumidor no se determina a partir de los elementos informativos ajenos al anuncio, sino a través de una revisión de la configuración interna de la pieza publicitaria, de acuerdo a lo establecido en el art. 21 de la LRCD.

El TDC señaló que de una interpretación natural de la publicidad en cuestión se desprende que la “quintuplicación” del saldo recargado implicaba, a su vez una “quintuplicación” de los minutos que disponían los clientes para hablar. Asimismo, la frase “no importa el Prepago que tengas porque si estás en Tarifa única también quintuplicas” transmitía el mensaje referido a que no solo los clientes afiliados al plan “Todo el día 4” serían favorecidos con la promoción anunciada, sino también aquellos sujetos al plan “Tarifa Única”

En relación a ello, la segunda instancia resolutive consideró que si bien en los anuncios publicitarios se incluía información sobre una variación tarifaria para los usuarios del plan “Tarifa Única” -la cual consistía en un incremento de su tarifa por minuto- ésta se mostraba en caracteres reducidos sobre la parte inferior de los anuncios; y en el caso del anuncio televisivo, se encontraba expuesta por solo 5 segundos. De este modo, la información contenida en la parte inferior de los anuncios cuestionados resultaba contradictoria a aquella expuesta en la parte captatoria del anuncio publicitario, puesto que el incremento de las tarifas del plan “Tarifa Única” implicaba que los usuarios que efectuaran una recarga de su saldo no obtuvieran una efectiva “quintuplicación”. Es así que el TDC consideró que resultaba evidente que para los usuarios afiliados al plan “Tarifa única” la publicidad anunciada resultaba engañosa, dado que no recibieron una efectiva “quintuplicación” del valor de sus recargas.

Respecto a la oportunidad de entrega del bono promocional, la Sala señaló que la indicación “solo activa (...) y luego marca (...) para quintuplicar” transmite la idea de que la entrega del bono promocional se efectuaría inmediatamente después de activar la oferta. No obstante ello, en la página web de la denunciada se indica “Bono será entregado dentro de los dos días hábiles siguientes a la solicitud”. De este modo, se aprecia que la entrega del saldo quintuplicado no se efectuaba de manera inmediata, tal como dio a entender Telefónica en su publicidad cuestionada; por ende, se habría incurrido en actos de engaño. En consecuencia, la Sala confirmó la Resolución apelada y declaró fundada la denuncia.

El caso bajo análisis resulta muy interesante, pues es una de las primeras resoluciones que reconoce que un anuncio publicitario puede tener más de un mensaje. En palabras del TDC:

“... una publicidad podría tener un mensaje principal y uno segundo que complemente ese mensaje; o incluso, este segundo mensaje podría ser contradictorio al mensaje principal y, por ende, ser susceptible de inducir a error a los consumidores sobre las condiciones de los productos o servicios publicitados”.

Y es en virtud de esta premisa que el TDC recoge de la doctrina el criterio de análisis interpretativo sobre la “parte captatoria” del anuncio publicitario:

“En este contexto, y para efectos de delimitar cuál es el mensaje que efectivamente reciben los consumidores, corresponde prestar atención a la ‘parte captatoria’ del anuncio publicitario. La doctrina ha señalado al respecto que si bien los anuncios y las expresiones publicitarias deben ser analizados en su conjunto, sin descomponer sus partes integrantes y atendiendo a la impresión global que generen en sus destinatarios, debe considerarse que existen ciertas partes del anuncio identificadas como parte captatoria, que atraen de un modo especial la atención de los destinatarios, por ser más llamativas y destacadas, debido a que cobran mayor relevancia en el contexto del anuncio”.

(El subrayado es nuestro).

Así, sobre la base de este criterio, el TDC se pronuncia sobre el fondo de la impugnación de la siguiente forma:

“En el presente caso, la ‘parte captatoria’ de los anuncios cuestionados incluye las imágenes y locuciones que aluden a la posibilidad de ‘quintuplicar’, esto es, incrementar en cinco (5) veces el valor de una recarga, sin importar el prepago Movistar que tenga un usuario, indicando que esta promoción también era aplicable a los planes de ‘Tarifa Única’.

Sin embargo, en los hechos, dicho ofrecimiento no se aplicó a los clientes afiliados al plan ‘Tarifa Única’, para quienes acceder a la promoción implicaba, por lo menos, un incremento del 300% de su tarifa regular y, por tanto, la obtención de solo cierto beneficio adicional (mucho menor al de una ‘quintuplicación’), como se aprecia del cuadro informativo presentado por la propia denunciada, que se detalla a continuación:

(...)

Si bien es cierto que la información sobre la variación tarifaria para los usuarios del plan 'Tarifa Única' se encontraba incluida también en los anuncios publicitarios, esta se mostraba en caracteres reducidos sobre la parte inferior de los anuncios, y además se encontraba expuesta por cinco (5) segundos en el caso del anuncio televisivo. Es decir, la información que percibiría un consumidor razonable mediante un análisis superficial del anuncio publicitario, sería aquella contenida en la 'parte captatoria' del anuncio y no la expuesta de manera secundaria.

Lo señalado guarda coherencia con el hecho que un consumidor razonable podría no prestar mayor atención a la información contenida en la parte inferior y en caracteres reducidos del anuncio, asumiendo que dicha información sería complementaria y no contradictoria a aquella contenida en la 'parte captatoria' del anuncio y que constituía el mensaje publicitario principal.

Sin embargo, como se ha advertido anteriormente, la información contenida en la parte inferior de los anuncios cuestionados en el presente caso resultaba contradictoria a aquella expuesta en la parte captatoria del anuncio publicitario, puesto que el incremento de las tarifas del plan 'Tarifa Única' implicaba que los usuarios que efectuaran una recarga de su saldo no obtuvieran una efectiva 'quintuplicación'. En ese contexto, Telefónica no puede oponer esta información a los consumidores, considerando que contradecía el mensaje principal de los anuncios difundidos, el mismo que efectivamente recibieron los consumidores a través de un análisis superficial.

En consecuencia, más allá de esta contradicción al interior de los propios anuncios publicitarios, resulta evidente que para los usuarios afiliados al plan 'Tarifa única' la publicidad anunciada resultaba engañosa, dado que no recibieron una efectiva 'quintuplicación' del valor de sus recargas. Dicha circunstancia, por tanto, fue susceptible de frustrar las expectativas de aquellos usuarios que realizaron una recarga con el afán de ver 'quintuplicado' su saldo.

Por lo expuesto, habiéndose desestimado los argumentos de defensa planteados por Telefónica en su apelación, corresponde confirmar la resolución recurrida que la halló responsable por la comisión de actos de engaño, en este extremo".

(El subrayado es nuestro).

Otro punto a destacar de esta Resolución es que en correcta coherencia con los principios establecidos en el Precedente Metro antes analizado, sanciona a Telefónica por establecer en su página web como información "complementaria" una que resultaba contradictoria con el mensaje publicitario difundido. Así, el TDC dispuso:

“Obra en el expediente una impresión de la referida página web en la que se indica, entre otra información, lo siguiente: ‘Bono será entregado dentro de los 2 (dos) días hábiles siguientes a la solicitud’. Como puede observarse, la entrega del saldo ‘quintuplicado’ al cliente no se efectuaba de manera inmediata, como dio a entender Telefónica en la publicidad controvertida sino que, por el contrario, aquella podía demorar como máximo dos (2) días.

En consecuencia, se evidencia que la información puesta a disposición de los consumidores en la página web de Telefónica, no resultaba complementaria sino contradictoria e inconsistente con el mensaje principal, cual es, la entrega inmediata del bono promocional”.

(El subrayado es nuestro).

Consideramos pertinente complementar lo desarrollado por el TDC sobre el análisis del elemento captatorio en la interpretación del anuncio con el criterio desarrollado por el mismo órgano resolutorio mediante Resolución N°0478-2011/SC1-INDECOPI.

En dicha Resolución el TDC estableció acertadamente que, al momento de interpretar un anuncio publicitario, debe tenerse en consideración que son dos los sujetos involucrados en el proceso de transmisión del mensaje publicitario: el anunciante y el consumidor. Así las interpretaciones que ambos le puedan dar a los anuncios no siempre serán coincidentes, máxime en aquellos casos en que el análisis del anuncio pueda resultar desfavorable para alguno de ellos. Sin embargo, la intención del anunciante será irrelevante, puesto que es el consumidor quien, en su condición de destinatario e intérprete de la publicidad, define bajo sus propios parámetros el mensaje publicitario.

Así, el TDC establece que para interpretar el mensaje publicitario desde el punto de vista del consumidor, debe dejarse de lado la aproximación meramente gramatical o lingüística de las expresiones contenidas en los anuncios, cuando este análisis puede resultar más complejo o incluso contradictorio con la interpretación más natural y sencilla que puede hacer un consumidor. Ello debido a que el significado netamente literal de una expresión puede dejar de lado los demás componentes del anuncio publicitario y el contexto en que fue difundido.

Es en atención a lo expuesto, que el TDC establece que para extraer el mensaje publicitario de un anuncio:

“(…) la autoridad debe realizar un análisis superficial e integral de las piezas en cuestión –en función a las percepciones que sobre éstas posea el público destinatario, descartando la interpretación que le otorga el propio anunciante–, con especial énfasis en la parte captatoria del anuncio sin efectuar un análisis aislado del significado de cada una de las palabras o afirmaciones (interpretación gramatical), que soslaye los demás elementos y el contexto del anuncio publicitario; y, poniéndose en el lugar del consumidor sin dejarse influenciar por opiniones y percepciones personales”.

(El subrayado es nuestro).

Asimismo, dentro del análisis del fondo del caso, el TDC desarrolla otro interesante criterio respecto a los mensajes ambiguos en la publicidad comercial:

“(…) es responsabilidad del anunciante no solo 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 anunciada.

En estas circunstancias, el anunciante es quien tiene la carga de evitar que los términos de la publicidad que difunde no sean oscuros o ambiguos. Ello es así puesto que el emisor del mensaje publicitario es quien cuenta con mayor y mejor información sobre los términos reales de su oferta, y es quien dispone de todos los medios para garantizar que el contenido de sus anuncios responda fielmente a tales condiciones de los productos y servicios que ofrece en el mercado.

Esta misma lógica se aplica en las reglas de interpretación que regulan los contratos civiles. Así, el art. 1401 del Código Civil dispone que ‘las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra’. La razón de ser de esta disposición es la de incentivar a quien establece/redacta los términos de la oferta contractual a evitar las fórmulas oscuras o ambiguas, cuya interpretación pueda perjudicar a su contraparte.

Aplicando analógicamente el citado dispositivo a la relación entre el anunciante y los consumidores, en el marco de la actividad publicitaria, se puede advertir que, al igual que la persona que redacta las cláusulas generales de contratación, el anunciante diseña y define los términos de la oferta que difunde en el mercado, por lo que es este quien se encuentra en mejor posición para eliminar las ambigüedades que puedan inducir a error a los consumidores sobre las reales condiciones de la oferta publicitaria transmitida.

Bajo esta premisa, 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 consumidor.
(El subrayado es nuestro).

A continuación, desarrollaremos breves comentarios de tres resoluciones recientes relacionadas con la fiscalización de la publicidad comercial frente a las nuevas tecnologías emitidas por la CFCD en el 2012, toda vez que este tipo de casos se presentará cada vez con mayor frecuencia en el mercado.

**Caso Limatan Perú S.A.C. vs Solariums Perú S.A.C.
Resolución N°116-2012/CCD-INDECOPI**

Limatan denunció a Solariums por la comisión de presuntos actos de engaño, toda vez que dicha empresa había afirmado a través de su página de Facebook que (i) sería importador exclusivo de la marca "California Tan", (ii) que tendría el permiso de distribución de sus productos en el Perú y América Latina; y (iii) que sería el primer y único centro especializado de bronceado.

Según la denunciante, dicha afirmación induciría a error, toda vez que el único representante exclusivo de los productos de la marca "California Tan" sería su empresa. Además, sostuvo que la denunciada no podría ser el primer y único centro especializado de bronceado, dado que Limatan prestaría los mismos servicios con anterioridad a la imputada.

Solariums presentó sus descargos refutando lo señalado por la denunciante afirmando que sólo se haría responsable de los contenidos publicados en sus dos páginas web oficiales mas no de aquellos contenidos publicados en las páginas de Facebook, ya que no se habría acreditado que éstas le pertenecían.

Al respecto, la Comisión señaló que Solariums no podía desconocer la difusión de los anuncios imputados, en la medida que existían distintos indicios que llevaban a ponderar que los hechos denunciados no tendrían otra explicación distinta a que ésta sea la dueña de la cuenta de Facebook y que habría dispuesto la difusión de las frases imputadas.

Según dicho órgano colegiado, resultaba inverosímil pensar que un tercero ajeno a la empresa pueda haber creado una cuenta de Facebook que favorecía exclusivamente a Solariums, difundiendo publicidad de los productos y servicios que ésta brinda, sus precios, promociones y descuentos, persuadiendo incluso a los visitantes a acercarse a sus locales comerciales. Asimismo, la denunciante presentó actas notariales de las que



se pudo constatar que la página *web* de la imputada tenía un link oficial a su cuenta en Twitter la cual, a su vez, tendría un enlace que remitía a la cuenta de Facebook mencionada.

En ese contexto, la Comisión resolvió declarar parcialmente fundada la denuncia por actos de engaño en la medida que de los medios probatorios presentados por la denunciada no se desprendía de manera clara y explícita, que la imputada sea importador exclusivo y representante de la marca "California Tan", así como tampoco se desprende que cuente con la autorización para distribuir sus productos tanto en el Perú como en toda América Latina.

Korta Records C.A. vs. Perú Eventos
Resolución N°1358-2012/SC1-INDECOPI

Korta (titular de la marca "Adolescent's Orquesta"), denunció a Perú Eventos por la presunta comisión de actos de competencia desleal, en la medida que estaría avalando y organizando los conciertos de una persona, que habiendo sido integrante, compositor y director de "Adolescent's Orquesta", habría tomado su nombre para formar la agrupación musical "Porfi y sus Adolescents" generando de esta manera confusión en los consumidores.

Asimismo, otro de los elementos de la denuncia radicó en que la denunciada habría avalado una campaña denigratoria contra "Adolescent's Orquesta", toda vez que a través del Facebook se estarían difundiendo las siguientes frases descalificadoras frente a su agrupación musical: (i) "farsante" y "usurpadora", (ii) "si no aparece Porfi Baloa en tarima, son unos piratas"; y, (iii) "no se dejen engañar por unos falsos Adolescent's que andan aprovechándose ilegalmente del buen nombre, trayectoria y respecto musical" de su agrupación.

Mediante Resolución N°192-2011/CCD-INDECOPI, la CFCD declaró infundada la denuncia respecto de los actos de denigración y aprovechamiento de la reputación comercial ajena.

El TDC resolvió confirmar la decisión de la CFCD en el extremo que declaró infundada la denuncia por la presunta comisión de actos de denigración en la medida que no se logró acreditar la vinculación de la imputada con los hechos denunciados en este extremo.

2.4. Evaluación del impacto de las resoluciones analizadas. Desarrollo jurisprudencial que generó un nuevo y mejorado dispositivo legal

Como hemos podido apreciar de las resoluciones analizadas en el tercer apartado del presente trabajo, el Indecopi ha tenido un desarrollo jurisprudencial importante en estos últimos veinte años en materia publicitaria. La mayoría de modalidades publicitarias han visto una importante evolución no solo de acuerdo a la doctrina más especializada en la materia (tanto española como norteamericana) sino también un desarrollo propio en virtud del análisis económico del derecho.

En efecto, si bien se puede apreciar que los primeros precedentes de observancia obligatoria buscaron adecuar la regulación de estas figuras publicitarias de conformidad al avance que se mostraba en otros países (en particular España y Europa), luego el Indecopi perfiló la aplicación de estas conductas siguiendo un rol promotor de la competencia, eliminando de esta manera las barreras de acceso al mercado que podían significar muchas de estas disposiciones con la finalidad que los agentes económicos puedan hacer un mejor uso de ellas para informar con mayor libertad y eficacia acerca de sus ofertas y puedan, a la vez, competir entre ellas en virtud del modelo social de mercado.

Es importante destacar la función del Indecopi en dejar las reglas claras al mercado al derogar la dualidad de normas que se aplicaban respecto a actos de competencia desleal y los que se presentaban a través de la actividad publicitaria, y promulgar un único cuerpo normativo que las recoja. De esta manera, se redujo la posibilidad que los agentes económicos infrinjan las normas por confusión y desarrollen su actividad publicitaria bajo parámetros claros, contribuyendo a generar -de esta manera- seguridad jurídica.

Esta seguridad jurídica también se produjo en virtud que la nueva LRCD recogió los principios que la autoridad de competencia había desarrollado durante más de quince años a través de precedentes de observancia obligatoria. De esta manera se redujeron los costos en los que tenían que incurrir los administrados para conocer de las nuevas disposiciones que se venían desarrollando sobre cada materia publicitaria.

Asimismo, consideramos -en términos generales- que la nueva LRCD facilita el cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de las previsiones legales sobre competencia desleal y publicidad



comercial, al haberse unificado y simplificado la normatividad en la materia, calificándose conceptos, estableciéndose definiciones y ejemplificándose con mayor precisión los supuestos.

A continuación detallaremos algunos de los aportes que consideramos positivos, los cuales ahora se encuentran incluidos en la LRCD.

2.4.1. Principio de veracidad (actos de engaño)

En este punto es importante destacar que el desarrollo jurisprudencial permitió dejar claro que los anunciantes no tienen como obligación consignar toda la “información relevante” de sus ofertas en la publicidad comercial. El deber que recae en los anunciantes es el de no inducir a error a los consumidores con la información que trasladan en su publicidad.

Así, en los casos que existan restricciones o advertencias en sus promociones, los anunciantes podrán hacer uso de medios análogos gratuitos para informar de ello a los consumidores, siempre que se indique su existencia y con la obligación que dicha información sea complementaria y no contradictoria con el mensaje publicitario. Con ello la autoridad fomenta el uso de estrategias de medios a los anunciantes para informar acerca de las restricciones aplicables a sus ofertas, permitiendo de esta manera abaratar los costos de hacer publicidad en medios de comunicación costosos como son la radio y la televisión, lo cual ha tenido como consecuencia la reducción de barreras de acceso que se habían generado con los principios desarrollados en el Precedente Telmex, actualmente dejado sin efecto.

Otro aspecto a destacar, ya desde el punto de vista de la LRCD, es que ésta consagra el denominado “deber de sustanciación previa” como una herramienta para determinar la veracidad y exactitud de los mensajes materia de análisis en un procedimiento administrativo. Este mecanismo dota de eficiencia y rapidez a la administración para poder determinar la veracidad de los mensajes de naturaleza comercial. Así, a través de esta disposición, la autoridad podrá requerir los medios probatorios que sustenten los mensajes de naturaleza comercial que se difundan en el mercado, caso contrario, devendrían en no veraces y, en consecuencia, engañosos. En pocas palabras esta figura procesal implica la inversión de la carga de la prueba.

Finalmente, consideramos positivo que se recoja dentro de los actos de engaño la figura de la publicidad testimonial, ya que en el derogado Decreto Legislativo N°691 se regulaba a

esta figura de manera independiente como un fin en sí mismo, cuando es una modalidad publicitaria que cuando no se sustente en experiencias auténticas y recientes del testigo inducirán a error.

2.4.2. Denigración publicitaria (acto de denigración)

Sobre esta figura es importante que la nueva LRCD establezca su definición y a la vez deje claro que se trata de una figura lícita en la medida que cumpla con la “excepción de veracidad” (*exceptio veritatis*), esto en plena concordancia con el modelo social económico vigente. Recordemos que en el derogado Decreto Legislativo N°691 no se señalaban expresamente los requisitos de licitud de esta conducta, por lo que los agentes económicos podían pensar erróneamente que toda denigración a través de la actividad publicitaria debía ser reputada ilícita.

Si bien el precedente de observancia obligatoria Telefónica-Mactel dejó claro que a la denigración publicitaria se le aplicaba la excepción de veracidad contenida en el art. 11 del Decreto Ley N°26122, consideramos que era necesario que ello sea recogido en este nuevo dispositivo legal que reúne ambas normas a fin de brindarle seguridad jurídica a los administrados.

Ahora bien, respecto a la excepción de veracidad contenida en el art. 11 de la LRCD, consideramos positivo que todos sus requisitos se hayan desarrollado, estableciendo de este modo las reglas claras respecto a los requisitos que se debe cumplir para considerar dicha figura como lícita.

Dentro de la “excepción de veracidad”, consideramos importante la inclusión de la denigración denominada por la doctrina como “de tono estrictamente personal”, configurada por la referencia denigrante hacia un agente del mercado sobre aspectos referidos a sus condiciones personales y no a su oferta en el mercado. Así, como señala la Exposición de Motivos de la LRCD:

“... la denigración de tono estrictamente personal genera una grave distorsión en el mercado al aludir negativamente a un agente del mercado, sin brindar información relevante para el proceso de elección de un producto, desviando las preferencias de los consumidores mediante un accionar ajeno a la eficiencia económica”.

2.4.3. Publicidad comparativa y adhesiva (actos de comparación y equiparación)

La LRCD muestra un avance importante frente a los cuerpos normativos anteriores en la medida que define a ambas figuras publicitarias. Asimismo, de manera acertada califica a ambas figuras como lícitas en la medida que cumplan con la excepción de veracidad detallada en el artículo correspondiente a los actos de denigración, mostrando de esta manera una interesante coherencia sistémica.

Es interesante mencionar que frente a estas figuras, la nueva LRCD es menos restrictiva que las disposiciones europeas o españolas al respecto, lo cual nos parece acertado, pues se valora con mayor peso los efectos positivos que generan estas modalidades publicitarias en el mercado (reducción de costos de búsqueda y fomento de la competencia), frente a los efectos económicos negativos que pueden generar a los agentes aludidos.

La aplicación de estándares objetivos para la licitud de la publicidad alusiva (comparativa y adhesiva), además, contribuye a incentivar entre los agentes económicos el desarrollo de estrategias comerciales sustentadas en la investigación y desarrollo (I + D) de productos, puesto que faculta a las empresas que invierten en I + D a que puedan comparar sus nuevos desarrollos con productos ya existentes en el mercado a través de la publicidad alusiva y reduzcan los costos de los consumidores para acceder y probar esos nuevos bienes, fomentando así la competencia en el mercado.

2.4.4. Actos contra el principio de legalidad

Frente a estos actos la LRCD presenta una mejora respecto al Decreto Legislativo N°691, por cuanto este último dispositivo legal establecía que *“los anuncios deben respetar la constitución y las leyes”*, lo cual podía ser interpretado de manera literal para considerar que no permitía la aplicación de normas de inferiores rangos en la jerarquía normativa, tales como los reglamentos que regulan la publicidad comercial y cuya supervisión es de competencia de la CFCD. En cambio, la nueva LRCD prescribe que los actos contra el principio de legalidad consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria, corrigiéndose la confusión antes anotada¹⁹⁶.

196 Tomado de la Exposición de Motivos de la LRCD.

Asimismo, a fin de dotar de mayor claridad a la definición de los actos contrarios al principio de legalidad, la LRCD añade que constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

2.4.5. Publicidad de promociones

Frente a la regulación de promociones, nos parece –en líneas generales- acertado el desarrollo jurisprudencial que el Indecopi le ha dado a la materia. Así, esta conducta si bien en principio sería infractora con su sola consecución -como la mayoría de supuestos contenidos en el principio de legalidad- consideramos positivas las siguientes precisiones realizadas por la autoridad:

- Establecer que no es necesario consignar la cantidad exacta del stock de una oferta indeterminable (cuando los proveedores difunden anuncios publicitarios que hacen referencia a un "Cierrapuertas", "Hasta 50%", "Remate de Temporada", entre otros).
- Establecer que la obligación que tiene el anunciante de cara a la difusión de una afirmación vinculada al stock de sus productos radica en haber asegurado, de manera previa al inicio de la promoción anunciada, la posibilidad cierta de contar con los bienes anunciados y no que se encuentren en su posesión.

De esta manera se evita que los agentes económicos incurran en costos innecesarios al momento de ofertar sus productos, incentivando de esta manera que estas conductas sean utilizadas con mayor frecuencia para beneficio de los consumidores, quienes son los que normalmente se ven favorecidos con las promociones de ventas.

2.4.6. Otros aspectos positivos

Entre otros aspectos positivos podemos mencionar la correcta delimitación del principio de adecuación social que permite que los agentes económicos sean libres de difundir sus mensajes publicitarios de la manera que mejor deseen, así estos sean de mal gusto, desagradables o impertinentes, pues la agencia de competencia no tiene por qué destinar sus recursos a la represión de estas formas de difusión ya que son los consumidores los encargados de calificar los anuncios como tales. Así, limita la represión de estos actos a los anuncios que incentiven conductas ilegales, discriminatorias y a la difusión de mensajes de promoción de servicios

eróticos fuera de determinado horario -con la anotación acotada, respecto a la exclusión de las conductas antisociales-, ello en virtud de la protección a los menores, los cuales también serán protegidos frente a determinado tipo de anuncios de acuerdo al CPDC.

Asimismo, es destacable la incorporación de la teoría de los efectos dentro del ámbito de aplicación territorial de la norma pues, de esta manera, la autoridad garantiza que sus disposiciones sean aplicables a anuncios publicitarios que se desarrollen de manera transfronteriza, situación que cada vez se presenta con mayor frecuencia en virtud del uso de medios informáticos y redes sociales para la difusión de la publicidad comercial.

Es importante destacar que la LRCD incorpora un glosario de definiciones de muchos conceptos que se han venido desarrollando jurisprudencialmente, como es el concepto de publicidad comercial o la diferenciación entre lo que es la publicidad en producto y el rotulado, entre otros.

Finalizamos este punto reconociendo lo importante que resulta que la LRCD establezca los criterios de interpretación de la publicidad comercial, sin embargo, consideramos riesgoso que se haya desarrollado jurisprudencialmente una modalidad alternativa como es el análisis de la “parte captatoria” del anuncio. En efecto, dicha modalidad no está expresamente reconocida en la ley, por lo que consideramos que podría traer riesgo de nulidades en sede judicial. Igual situación se presenta con las ofertas ilimitadas, exclusión que debería incorporarse expresamente en la normativa legal que rige la publicidad comercial.

2.5. Qué debe mejorarse: propuestas a futuro

2.5.1. Garantizar que no se sobre regule la actividad publicitaria

Uno de los aspectos que más que mejorarse debe garantizarse, es el evitar la sobre regulación de la actividad publicitaria.

Para lograr ello, el Estado debe entender que las políticas de competencia pueden tener un impacto importante en el desarrollo de una economía al posibilitar la obtención de mejores resultados del funcionamiento de los mercados pero, para ello, debe recibir especial cuidado la definición del contenido y la aplicación de estas normas. La cuestión central a abordar

en tal discusión es el alcance de estas políticas de competencia, es decir, hasta dónde debe intervenir el Estado, en qué casos, qué determina que una intervención sea excesiva o no y a qué costos. Así, debe quedar claro que las políticas de competencia se orientan a fortalecer el mercado, no a sustituirlo. Este debería ser el punto de partida de toda política de competencia aplicada a un país¹⁹⁷.

Para que funcione un sistema de mercado se requiere de un marco institucional que permita e incluso fomente la decisión libre y autónoma de los agentes económicos (individuos, familias, empresas, etc.) y la competencia en los mercados. Así, el adecuado funcionamiento del sistema dependerá de la intervención que realice el Estado en el mercado. El equilibrio en la intervención es de suma importancia. Si la autoridad interviene poco, los agentes económicos distorsionarán la competencia y los mercados no darán los resultados que deberían; empero, si interviene de más, se estaría socavando las bases mismas del sistema que son la libertad de actuación -de consumidores y empresas- y la competencia¹⁹⁸.

Así, lo que se busca es evitar el uso de la libertad (en circunstancias bastante definidas), pero teniendo como principal consideración que un ejercicio excesivo de esta intervención llevaría más bien a atentar contra el principio básico del funcionamiento de una economía, el respeto de la libertad¹⁹⁹.

El eje central del funcionamiento del sistema de mercado es que el Estado se centre en buscar dos objetivos específicos: (i) que exista competencia en los mercados; y (ii) que los consumidores puedan efectuar -por sí mismos- una elección, al momento de la compra, más adecuada a sus intereses. Para tales efectos, el rol protector de los derechos de propiedad y del respeto a los contratos del Estado es de suma importancia.

Para lograr dichos objetivos, el Estado deberá eliminar los comportamientos que limiten artificialmente o distorsionen la competencia y además, deberá eliminar los comportamientos que interfieran con la decisión libre de los consumidores y que resulte en el perjuicio de sus intereses.

Se debe tener presente que para que una economía de mercado sea eficiente, necesariamente se debe respetar la libre contratación entre los agentes económicos. Ahora bien, toda intervención estatal recorta esta libertad; por ello, las intervenciones deben estar sustentadas

197 EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). Op cit., pp. 17-25.

198 Ibid.

199 Ibid.

siempre en la certeza acerca de una deficiencia significativa en la actuación privada y en la determinación rigurosa del resultado que se pretende lograr²⁰⁰.

Como se puede apreciar, la intervención no es una acción sencilla como algunos reguladores y/o legisladores podrían pensar. La economía es un sistema en movimiento y el intervencionismo estatal puede generar consecuencias costosas para la sociedad e, inclusive, tener el efecto opuesto al deseado.

Por ello se debe determinar cuándo es absolutamente necesario que el Estado intervenga, evaluar las opciones y tener en claro no solo los beneficios, sino también los potenciales costos y sus resultados; cómo se afectarán los incentivos de los agentes privados y, por tanto, su comportamiento y con qué consecuencias para la economía²⁰¹. Así, el objetivo debe ser encontrar las alternativas menos costosas y que, al mismo tiempo, procuren el mayor nivel de bienestar social e individual; muchas veces, como nos ilustra la reciente experiencia europea, ese camino más eficiente es promover la autorregulación. La medición debe tomar en cuenta circunstancias empíricas de la actividad que se pretende regular (de ser posible, mediante estudios de campo) y solo será aceptable como medida en el entendido de que sus costos esperados no superen sus beneficios esperados²⁰².

La doctrina y el propio Tribunal Constitucional así lo han establecido: toda norma que pretenda intervenir en el mercado debe pasar por un test de proporcionalidad para demostrar que la regulación se encuentra justificada. Así, en este test se evaluará la idoneidad (si puede o no cumplir su propósito), la necesidad (si no existe una medida que logre el mismo propósito pero a menor costo) y la proporcionalidad en sentido estricto (si sus costos son menores que sus beneficios) de la medida²⁰³.

En el Perú, en muchos casos no se realiza un análisis adecuado del impacto de las normas en el mercado, lo cual genera muchas veces efectos que no logran el objetivo y generan costos innecesarios al Estado, a los consumidores y a las empresas.

Por lo expuesto, consideramos que el pretender promulgar normas que de alguna manera busquen colocar al Estado como un padre que decida por los ciudadanos, sin analizar adecuadamente el impacto económico que dicha disposición pueda tener en el mercado,

200 Ibid.

201 Ibid.

202 SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. (2012). Op. cit., pp. 30-31.

203 SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. (2012). Op. cit., p. 36.

es riesgoso para el sistema competitivo, conformado por consumidores y empresas. En ese mismo sentido, el pretender prohibir la difusión de anuncios publicitarios sobre determinado tipo de productos o el obligar a los anunciantes a publicitarlos de determinada manera, sin un análisis costo-beneficio o incumpliendo el test de proporcionalidad, no solo atenta contra la libertad del ciudadano a elegir, sino también generará barreras competitivas y sobrecostos en los agentes económicos afectando, de esta manera, la actividad publicitaria y con ello, la información que los consumidores tienen derecho a recibir.

Es en este marco, que corresponderá al Indecopi una importante función: asumir un rol proactivo de garante de la competencia en el mercado, atendiendo a que, gracias a su estructura sinérgica -la cual agrupa diversas áreas en la supervisión del mercado-, tiene una visión de conjunto para realizar un rol activo en la futura regulación.

Dos temas adicionales, en esa misma línea. El primero consiste en que el Indecopi debiera reforzar la presencia como autoridad con competencia exclusiva y excluyente en materia de supervisión y sanción de la publicidad comercial, frente a otras autoridades sectoriales que viene realizando una supervisión de la publicidad en su sector -por ejemplo, salud- aun cuando esa actuación sectorial contraviene expresamente lo establecido de manera imperativa en la LRCD:

“Art. 24.- Las autoridades.-

24.1.- En primera instancia administrativa la autoridad es la Comisión, entendiendo por ésta a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y a las Comisiones de las Oficinas Regionales del Indecopi en las que se desconcentren las funciones de aquélla, según la competencia territorial que sea determinada. Las Comisiones de las Oficinas Regionales serán competentes únicamente respecto de actos que se originen y tengan efectos, reales o potenciales, exclusivamente dentro de su respectiva circunscripción de competencia territorial.

24.2.- En segunda instancia administrativa la autoridad es el Tribunal, entendiendo por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi.

24.3.- Cualquier otra autoridad del Estado queda impedida de realizar supervisión o aplicar sanciones en materia publicitaria”.

(El subrayado es nuestro).

Además de ser una práctica proscrita, la duplicidad en la supervisión de la publicidad comercial que realizan autoridades sectoriales genera no solo sobrecostos para el Estado -dos autoridades haciendo lo mismo, aun cuando una sola es la competente- sino que distorsionan los mensajes, generan inseguridad jurídica y elevan los costos de transacción para consumidores y empresas en el mercado.

Finalmente, un segundo aspecto, está relacionado a la obligación de incluir el número de la Resolución Directoral (RD) en la publicidad de sorteos, canjes o concursos (art. 15 del CPDC y Reglamento de Promociones Comerciales y Rifas con Fines Sociales, aprobado mediante Decreto Supremo N°006-2000-IN). En la práctica, la obligación de incluir la RD en dichos anuncios publicitarios se convierte en una autorización previa a su difusión que trasgrede la disposición legal contenida en el art. 22 de la LRCD²⁰⁴ que prohíbe toda forma de autorización o supervisión previa a su difusión de la publicidad por parte de cualquier autoridad pública, en virtud de la cual, debería de eliminarse legalmente esa obligación o ser declarada como una barrera -injustificada- de acceso al mercado.

2.5.2. Prepararse para aplicar la ley frente a las nuevas tecnologías

Cada vez la difusión de anuncios publicitarios se viene presentando por medios considerados no tradicionales como las redes sociales, páginas *web* y correos electrónicos.

Con ello no queremos plantear la necesidad de promulgar nuevas normas que repriman directamente estas conductas, pues consideramos que la LRCD es perfectamente aplicable a ellas. En efecto, consideramos que no sería necesario promulgar una norma para regular, por dar un ejemplo, la publicidad a ciertos productos que puedan difundir personajes famosos a través de sus cuentas de Twitter sin informar de su naturaleza publicitaria, pues para ello sería perfectamente aplicable lo dispuesto sobre publicidad testimonial, así como el principio de autenticidad.

Lo que sí consideramos necesario es que la autoridad esté preparada para enfrentar estas nuevas modalidades de difusión de la publicidad. Para ello, será importante seguir el camino que han abierto otros países en este campo, con excelentes resultados. En efecto, como ya se indicó, y más aun en este campo que involucra actividades en esencia globales, lo

204 *“Art. 22.- Control posterior.- La publicidad no requiere de autorización o supervisión previa a su difusión por parte de autoridad alguna. La supervisión para el cumplimiento de esta Ley se efectúa únicamente sobre publicidad que ha sido difundida en el mercado”.*

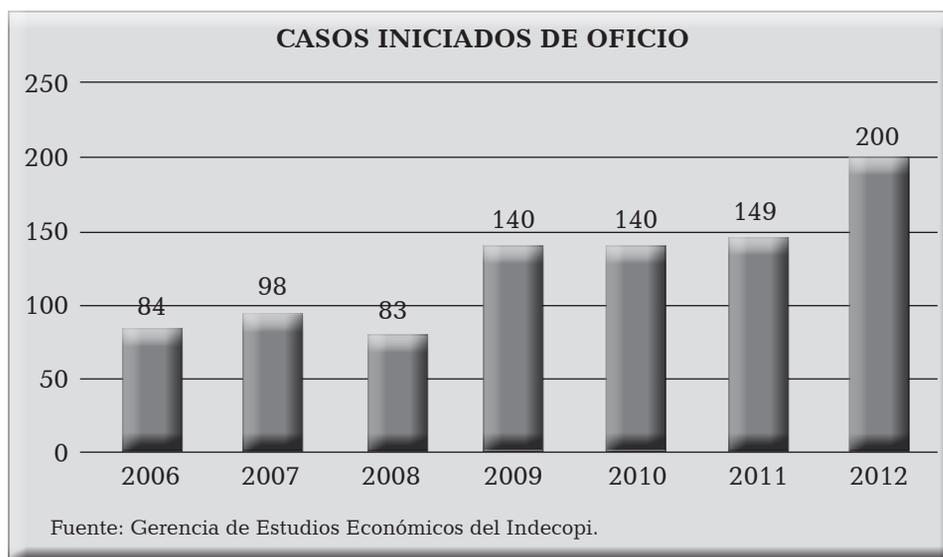
recomendable -y más eficaz- es seguir el camino de la autorregulación y fomentar las mejores prácticas en la publicidad y comercialización. Esa es la pauta internacional a seguir de la mano con los agentes económicos involucrados en esos sectores.

2.5.3. Trabajo conjunto con los privados a través de la promoción de sistemas de autorregulación

Consideramos que el Indecopi puede asumir un rol más proactivo en la supervisión de actos de competencia desleal originados a través de la actividad publicitaria, desde una perspectiva integral.

Decimos esto debido a que actualmente, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, si bien realiza una importante supervisión de estos actos en el mercado, gran parte de sus recursos económicos y de personal son destinados a la solución de conflictos entre empresas.

Gráfico N°6
Procedimientos iniciados de oficio 2006-2012 – Indecopi





En efecto, consideramos que a través del reconocimiento y promoción de los sistemas de autorregulación, el Estado podría ahorrarse los costos en los que se incurre para solucionar conflictos empresariales y destinarlos a supervisar y promover –de una manera más integral– los mercados. El reconocimiento y promoción de estos sistemas resultaría eficiente por el simple hecho de que se ocuparía de una buena parte de la resolución de conflictos que tendría que asumir la Administración, pues como hemos podido apreciar en el presente trabajo, un gran porcentaje de anunciantes que representan la mayor parte de la inversión publicitaria en el país, son asociados del CONAR (asociados que pertenecen a ANDA y ASBANC).

Un sistema de autorregulación publicitaria promovido por el Estado podría eliminar la carga de resolver las controversias que se puedan llevar entre sus asociados, así como las de los consumidores frente a sus asociados, “liberando” de esta manera a la autoridad de competencia a fin de que se centre en supervisar de manera integral el mercado, promoviendo su adecuado funcionamiento. De este modo, consideramos que sería una propuesta positiva incentivar a los anunciantes el llevar sus conflictos ante el CONAR, promoviendo de esta manera, la solución de los mismos fuera de un procedimiento administrativo.

Ahora bien, debe quedar claro que si bien una de las principales funciones de la Comisión es supervisar los actos de competencia desleal, esto es algo que no se logra únicamente resolviendo los conflictos entre las empresas, pues los recursos serán siempre insuficientes para lograr cubrir todos los sectores de la economía a nivel nacional; además, sus resultados serían focalizados y de impacto relativo. Por ello, los recursos que el Estado puede ahorrarse promoviendo el uso de los sistemas de autorregulación pueden enfocarse principalmente en programas que promuevan mejores prácticas en los empresarios e información a los consumidores.

Una forma de incentivar el uso de los sistemas de autorregulación puede generarse a través de la aplicación del art. 112 del CPDC, considerando como un atenuante de la sanción -de ser el caso- si la publicidad previamente a su difusión ha sido materia de un *Copy Advice*²⁰⁵ favorable, tal como sucede en la experiencia española y dentro del marco de las directivas de la Unión Europea. Dicha medida generaría como efecto que muchos anunciantes soliciten la revisión previa de sus anuncios por una entidad independiente y autónoma con estándares internacionales, como lo es CONAR²⁰⁶, resultando en un beneficio directo para los consumidores y para la leal competencia, sin costo alguno para el Estado.

205 El *Copy Advice* es un servicio que brinda el CONAR a través del cual se supervisa el anuncio publicitario previamente a ser difundido. Reglamento de *Copy Advice* disponible en el siguiente link: http://www.conarperu.org/web/index.php?option=com_content&view=article&id=27&Itemid=41

206 Disponible en: <http://www.conarperu.org/web/>

Consideramos que esta propuesta es viable, pues el propio CPDC dispone que el Estado peruano reconoce como política pública el fomento de los sistemas de autorregulación²⁰⁷.

207 Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor
‘Art. VI.- Políticas Públicas
(...)

6. El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y soluciones directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación. Asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la solución de conflictos y reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos.
(El subrayado es nuestro).

ANEXOS

Anexo N°1

Entrevista a Luis Diez Canseco Núñez, sobre el Desarrollo de la Competencia Desleal en el Perú

ENTREVISTA A LUIS DIEZ CANSECO NÚÑEZ*
SOBRE EL DESARROLLO DE LA COMPETENCIA DESLEAL EN EL PERÚ
(07 de enero del 2013)

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Derecho (LL.M) George Washington University Law School. Ex Vocal de la Sala de Defensa de la Competencia N°1 del Indecopi. Profesor de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados.*

Por Aldo Chirinos Miñano y Fernando Salhuana

¿Cómo se introduce la disciplina jurídica de la represión de la competencia desleal en el Perú?

A mediados de los años treinta del siglo pasado, cuando el Perú decide modificar el Código de Comercio de 1902, se convocó a un equipo de distinguidos juristas que, con gran sentido de proyección, empezó a analizar la disciplina de la competencia desleal. Al respecto, la comisión estuvo influenciada por las tendencias jurídicas italianas. En consecuencia, emplearon como referencia las disposiciones sobre competencia desleal que, a su vez, se habían considerado para la reforma del famoso Código Civil italiano. Cabe indicar que, en Italia no hubo legislación específica sobre la disciplina hasta la década de los noventa. Por tal motivo, las normas sobre libre competencia y represión de la competencia desleal se encontraban en el Código Civil italiano.

Por alguna razón que desconozco pero que pone en relieve la excelencia intelectual de, entre otros, el Dr. José Matías Manzanilla y el Dr. Hernando de Lavallo, dichos juristas trasladaron al Perú un conjunto de disposiciones sobre competencia desleal que, de haber culminado legislativamente el proceso de reforma de nuestro Código de Comercio, nos hubiera permitido contar desde hace muchos años con una estructura



jurídica coherente en la materia. Es más, el Perú hubiera sido uno de los primeros países en el mundo que separara, claramente, la competencia desleal de la propiedad industrial. En efecto, en la medida que se incorporaban al Código de Comercio, la represión de la competencia desleal adquiere autonomía y se hace transversal a la actividad económica con independencia de que existiera o no una violación de derechos de exclusiva sobre la propiedad industrial. En otras palabras, se descartaba el modelo denominado paleoliberal por uno de índole más profesional.

El proyecto contaba con una especie de cláusula general e introducía un listado enunciativo, más no taxativo de supuestos de deslealtad. A saber: actos de buena fe, actos de engaño, actos de confusión y actos de denigración. Esta categorización sigue la misma estructura del Convenio de París de 1883, según reforma de 1920, y la Convención Interamericana de Protección Marcaria y Comercial de Washington de 1929. Empero, en estos dos tratados internacionales de los que el Perú es parte, la disciplina se vincula con los derechos de exclusiva asociados a las marcas y patentes.

En resumen, París influyó en Washington y, este último, conjuntamente con los trabajos de reforma italianos, en el proyecto de Código de Comercio peruano. Sin embargo, el texto se quedó encarpetaado hasta 1959, año en que se promulgó la Ley N°13270 (en adelante, Ley de Promoción Industrial). Ésta, a semejanza del Convenio de París y la Convención Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, también contaba con una cláusula general y los tres supuestos típicos. En estos casos, así como en la norma que sustituyó a la Ley N°13270, el Decreto Supremo N°01-71-IC-DS, la represión de la competencia desleal se asociaba con las exclusivas de propiedad industrial.

Y, ¿la aplicación de la ley recaía en el Poder Judicial?

Si bien en el proyecto del Código de Comercio de 1930 se tenía previsto que el control recayera en el Poder Judicial, ello se modificó en la Ley de Promoción Industrial (Ley N°13270), puesto que se determinó que una autoridad administrativa, el Ministerio de Industria y Comercio, sería la encargada de aplicarla.

Ahora bien, de la investigación para mi tesis de bachillerato pude averiguar que hubo muy poca casuística referida a infracciones marcarias. Cabe señalar que desde sus inicios en el Perú, su *enforcement* siempre estuvo asociado con el derecho administrativo.

¿El bajo número de casos era consecuencia del poco conocimiento que se tenía de la legislación?

Claramente no. Se debía a que en dicha época, la represión de la competencia desleal era equivalente a las infracciones de derechos marcarios. Esa era la concepción imperante. Es decir, la competencia desleal se traducía, siguiendo los patrones de ese tiempo, en un “me copiaste la marca”, “la marca es parecida a la mía”, etc. En otras palabras, la competencia desleal era denigración de marca, confusión de marca, entre otras. La interpretación que tenía el sistema de la norma era inequívocamente de tipo paleoliberal, conforme se aprecia de la Convención Interamericana de Protección Marcaria y Comercial, el proyecto de Ley del Código de Comercio, la Ley de Promoción Industrial y el Decreto Supremo N°01-71-IC-DS.

Al igual que la Ley de Promoción Industrial, el mencionado Decreto Supremo contaba con una cláusula general, actos de engaño, actos de confusión y actos de denigración, incluso con disposiciones de publicidad comparativa, que era permitida en esa época. Cabe señalar que, si bien el texto era relativamente moderno, ello solo ocurría en la teoría puesto que, además de limitada, en la práctica su aplicación era de tipo paleoliberal, tal como he indicado anteriormente.

En virtud del Decreto Supremo N°01-71-IC-DS, el Ministerio de Industria y Comercio trasladó dichas competencias al Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas (ITINTEC), el mismo que se había creado por esos años. Aun así, la aplicación de la normativa de competencia desleal ocurriría en la medida que se ostentara una marca. Ello representaba un problema pues la disciplina de la represión de la competencia desleal se limitaba a la violación de los denominados derechos marcarios, quedando desprotegidos los consumidores.

En 1984, bajo la asesoría y orientación del distinguido jurista Dr. Baldo Kresalja Rosselló, redacté mi tesis de bachillerato sobre publicidad comparativa y agrupé en tres las categorías de argumentos por los que debía permitirse dicha clase de publicidad: los asociados con la empresa, los asociados con el consumidor y, finalmente, los asociados con el sistema de mercado en abstracto. Esta labor de análisis me llevó a la conclusión que el derecho de la competencia desleal no servía única y necesariamente para proteger directa o indirectamente a los titulares de un derecho de exclusiva, sino que tenía claros efectos en el consumidor y en el sistema económico de mercado. En



otras palabras, sin saberlo, estaba haciendo mención a la existencia de los modelos paleoliberal, profesional y social, respectivamente.

Entre 1983 y 1984, en el Ministerio de Industria, Comercio, Turismo e Integración, se conformó una Comisión que presidió el Dr. José Barreda Zegarra, la cual tuve el honor de integrar cuando era estudiante universitario, con el fin de preparar un proyecto de Ley de Competencia Desleal. En aquella ocasión se incorporaron conceptos más abiertos. Sin mencionarlo explícitamente estábamos introduciendo el modelo social, puesto que éramos de la opinión que las actuaciones desleales trascendían las infracciones marcarias, además de que los consumidores estarían legitimados en los procedimientos.

En efecto, con el apoyo invaluable del Dr. Kresalja, nuestra propuesta consistió en no supeditar la represión de la competencia desleal al derecho de la propiedad industrial; en otras palabras, se trataba de brindarle autonomía legislativa debido a que la norma vigente, el Decreto Supremo N°01-71-IC-DS, era una norma sobre propiedad industrial. La consecuencia de ubicar a la competencia desleal dentro de la normativa del derecho marcario tal como en la actualidad ocurre, lamentablemente, con la Decisión 486 de la Comunidad Andina, se "paleoliberalizaría" el sistema. Este debate se produjo en la comisión y, con el apoyo del Dr. Kresalja, los convencí para que se la independice de la propiedad industrial.

El derecho de la represión de la competencia desleal no solamente protege el interés de los titulares de marcas, sino que tutela el buen funcionamiento del mercado y protege el interés de los consumidores. Resultó ser una tarea complicada pero interesante, puesto que tenía que convencer a agentes de propiedad industrial que el Derecho de la competencia desleal no sólo sirve para proteger los derechos de los titulares de marcas. Lamentablemente, no hubo consenso para sacar adelante esta reforma.

Posteriormente, en el año 1985, entré a trabajar a la Comunidad Andina con el fin de promover un proyecto de ley de libre competencia, competencia desleal y reformar las disposiciones sobre marcas y patentes. Tampoco prosperó en su integridad, salvo para la libre competencia con la adopción de la Decisión 285 y, posteriormente, la Decisión 608.

En la dirección de coordinar la normativa que ordena el mercado estuve trabajando hasta 1988, año en el cual el Dr. Mario Vargas Llosa y su equipo de Plan de Gobierno

me comentaron sobre su candidatura a la Presidencia de la República. Por tal motivo, me pidieron que hiciera una presentación sobre el Derecho del Mercado en el Instituto Pro Desarrollo, el mismo que era el *think tank* del equipo de asesores que trabajaban con el Dr. Vargas Llosa. En dicha exposición les expliqué acerca de los cuatro pilares del derecho del mercado, sobre la necesidad de proteger conjuntamente y de manera balanceada el interés de los consumidores, de los empresarios y del sistema de mercado con función social. Es así que, propuse que se trabajara un proyecto de ley sobre competencia desleal, uno sobre protección de los consumidores, uno sobre propiedad industrial y, finalmente, uno sobre libre competencia o *antitrust*. Mi opinión apuntaba a evitar la dispersión de su aplicación, lo que se lograba si las aplicaba una sola institución.

Una vez convencido el equipo de Plan de Gobierno del Dr. Vargas Llosa, se me encargó la elaboración de los textos que, con más o menos ajustes, fueron los que se convirtieron, salvo la Ley de Publicidad, en lo que denominaría la “primera ola” de leyes en materia de ordenación del mercado.

Luego de las elecciones de 1990, me llamaron del Ministerio de Economía para proponerme que los ayudara en aspectos relativos al mercado. Una vez que tuve la generosa autorización del equipo y congresistas elegidos por la bancada del partido del Dr. Vargas Llosa, empecé a adecuar la normativa en estrecha coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, hasta que previo al autogolpe de Estado, hubo un cambio en el equipo ministerial del primer gobierno del Ing. Alberto Fujimori.

Una vez más, la iniciativa quedó paralizada. Posteriormente, recibí una oferta de trabajo en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), con sede en Ginebra, para atender temas de cooperación para América Latina, la cual acepté.

Del Decreto Ley N°26122 a la LRCD, ¿qué tan importante ha sido la entrada en vigencia de esta última norma? ¿Ha modificado la normativa o simplemente la ha unificado?

Ha unificado la normativa, algo por lo que abogué durante años, y ha plasmado la tendencia jurisprudencial que se venía desarrollando durante más de quince años. La norma vigente no es una norma importada ni un atrevimiento intelectual de quienes



participamos en la elaboración de la normativa primigenia. Por el contrario, expresa los impecables desarrollos en la casuística peruana. Es algo de lo que tenemos que sentirnos orgullosos. Cuando participé en la elaboración de la LRCD, conjuntamente con el Dr. Pierino Stucchi, sentíamos mucho orgullo de saber que podríamos estructurar una norma sobre bases reales y no en base a meras hipótesis o consideraciones teóricas.

¿Usted diría que el mercado conocía la normativa anterior y que con esta nueva norma se ha facilitado a la población el conocer sus derechos en materia de competencia desleal?

Exactamente. Pero, ese proceso dura mucho tiempo. En mi opinión, el proceso no podrá ser detenido. El mercado y los empresarios saben que el Indecopi es muy importante, por lo que se debe mantener y preservar su alto grado técnico. La LRCD ha sido el más importante instrumento para la consolidación de los conceptos del mercado en el Perú, debido a que los casos de libre competencia, si bien han sido sonoros, han sido pocos.

¿Considera que existen supuestos ejemplificativos que deberían ser removidos de la norma? ¿Incorporaría otra modalidad?

No incorporaría más modalidades. De otro lado, me parece que la explotación indebida de la reputación ajena no tiene sentido, pues uno siempre se aprovecha de la reputación ajena. La ley establece supuestos pero, en este caso, el aprovechamiento de la reputación ajena es la consecuencia de los demás. Incluso, la comparación es un aprovechamiento de la reputación ajena. Se ha buscado fundamentarla en el riesgo por asociación, pero eso corresponde a confusión. En mi opinión, lo derogaría.

Anexo N°2

Cuadro de los miembros de Comisión y Sala que emitieron las principales resoluciones analizadas

	RESOLUCIÓN	COMISIONADOS / VOCALES
1.	Resolución N°096-96-TDC	Vocales: Alfredo Bullard González, Hugo Eyzaguirre Del Sante, Luis Hernández Berenguel, Jorge Vega Castro y Gabriel Ortiz de Zevallos.
2.	Resolución N°098-2003/ CCD-INDECOPI	Comisionados: José Perla (Presidente), Ramón Bueno-Tizón, Fernando Cantuarias, Alfredo Castillo, Mauricio Lerner, Enrique Bardales.
3.	Resolución N°0455-2004/ TDC-INDECOPI	Vocales: Juan Francisco Rojas Leo (Presidente), Julio Durand Carrión, Luis Bruno Seminario de Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.
4.	Resolución N°0547-2004/ TDC	Vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Durand Carrión, Santiago Francisco Roca Tavella, Luis Bruno Seminario de Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.
5.	Resolución N°030-2005/ CCD-INDECOPI	Comisionados: Ramón Bueno-Tizón (Presidente), Mauricio Lerner, Alfredo Castillo y José Perla.
6.	Resolución N°1091-2005/ TDC-INDECOPI	Vocales: Julio Baltazar Durand Carrión (Presidente), Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario de Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.
7.	Resolución N°0347-2006/ TDC	Vocales: Juan Francisco Rojas Leo, Julio Baltazar Durand Carrión, Sergio Alejandro León Martínez, José Alberto Oscátegui Arteta, Luis Bruno Seminario de Marzi y Lorenzo Antonio Zolezzi Ibárcena.
8.	Resolución N°1602-2007/ TDC	Vocales: Rosa María Graciela Ortiz Origgi, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, Juan Luis Avendaño Valdez, Luis José Diez Canseco Núñez y José Luis Fernando Piérola Mellet.
9.	Resolución N°213-2009/ CCD-INDECOPI	Comisionados: Carlos Cornejo Guerrero (Presidente), Luis Concha Sequeiros, Ramón Bueno-Tizón Deza y Alfredo Castillo Ramírez





	RESOLUCIÓN	COMISIONADOS / VOCALES
10.	Resolución N°2003-2010/ SC1-INDECOPI	Juan Luis Avendaño Valdez (Presidente), Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.
11.	Resolución N°183-2010/ CCD-INDECOPI	Comisionados: Luis Concha Sequeiros (Presidente), Ramón Bueno-Tizón Deza, Alfredo Castillo Ramírez y Carlos Cornejo Guerrero.
12.	Resolución N°0371-2011/SC1	Vocales: Héctor Tapia Cano, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre, María Soledad Ferreyros Castañeda y Teresa Mera Gómez.
13.	Resolución N°1605-2011/ SC1-INDECOPI	Vocales: Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad y Juan Ángel Candela Gómez de la Torre.

Anexo N°3

Cuadro Comparativo entre la LRCO y el Código de Ética Publicitaria

A continuación, el lector podrá encontrar un cuadro comparativo entre las disposiciones de la LRCO y el Código de Ética Publicitaria del CONAR. De una revisión del mismo podrán notar que dichas disposiciones son compatibles, incluso siendo en algunos casos más restrictivas las del sistema de autorregulación.

Actos de engaño / Principio de Veracidad	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos de engaño	Principio de veracidad
<p><i>“Art. 8.- Actos de engaño</i></p> <p><i>8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.</i></p> <p><i>8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.</i></p> <p><i>8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.</i></p>	<p><i>“Art. 13.- El anuncio deberá contener una presentación veraz de los bienes o servicios anunciados.</i></p> <p><i>La publicidad no debe inducir a engaño al consumidor, respecto de los bienes o servicios anunciados; ya sea por afirmaciones falsas, ambiguas o por la omisión de información relevante.</i></p> <p><i>En ese sentido, el anuncio no debe inducir a engaño en especial respecto a:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. La naturaleza, características, riesgos, atributos, composición, método y fecha de fabricación, idoneidad para los fines que pretende cubrir, amplitud de uso, cantidad, origen comercial o geográfico de los productos anunciados;</i> <i>2. El valor del producto, las condiciones de venta y el precio total que efectivamente deberá pagarse;</i> <i>3. Entrega, cambio, devolución, reparación y mantenimiento;</i> <i>4. Condiciones de la garantía;</i>



Actos de engaño / Principio de Veracidad (continúa de la página anterior)	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos de engaño	Principio de veracidad
<p>8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”.</p>	<p>5. Derechos de autor y derechos de propiedad industrial, como patentes, marcas registradas, diseños y modelos, nombres comerciales;</p> <p>6. Reconocimiento oficial o aprobación, entrega de medallas, premios y diplomas.</p> <p>Los avisos no deben hacer mal uso de los resultados de investigaciones o citas de literatura técnica y científica. Las estadísticas no deben presentarse insinuando mayor validez que la que realmente tienen, conforme a la documentación de respaldo pertinente. Los términos científicos no deben ser mal usados; no debe utilizarse un lenguaje científico e irrelevancias de manera que lo que se dice parezca tener una base científica que no tiene.</p> <p>Art. 14.- Los anunciantes que difundan en su publicidad cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre alguna característica comprobable del producto anunciado tienen la obligación de contar, de manera previa, con las pruebas que acrediten su veracidad.</p> <p>Art. 18.- La publicidad testimonial debe ser difundida por los testigos con su autorización previa por escrito y basarse en experiencias reales y recientes vinculadas al bien o servicio anunciado.</p> <p>La publicidad testimonial no debe inducir a error acerca de las características reales y atributos del bien o servicio anunciado”.</p>

Actos de Denigración / Denigración	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos de denigración	Denigración
<p><i>“11.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.</i></p> <p><i>11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:</i></p> <p><i>a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;</i></p> <p><i>b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;</i></p> <p><i>c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,</i></p> <p><i>d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.</i></p>	<p><i>“Art. 7.- Los anuncios no deben denigrar al competidor o deformar la imagen del producto o marca de otra empresa o, más ampliamente, la categoría de un producto que se comercializa en el mercado, ni contener informaciones, gestos o expresiones que atenten contra el buen nombre de terceros; directamente o por implicación, sea por desprecio, ridículo o cualquier otra vía”.</i></p>



Actos de comparación / Publicidad comparativa	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos de comparación y equiparación indebida	Comparación
<p><i>“Art. 12.- Actos de comparación y equiparación indebida.-</i></p> <p><i>12.1.- Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora; mientras que los actos de equiparación consisten en presentar únicamente una adhesión de la oferta propia sobre los atributos de la oferta ajena. Para verificar la existencia de un acto de comparación o de equiparación se requiere percibir una alusión inequívoca, directa o indirecta, sobre la oferta de otro agente económico, incluso mediante la utilización de signos distintivos ajenos.</i></p> <p><i>12.2.- Estos actos se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarán actos de competencia desleal.</i></p> <p><i>11.2.- Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo anterior, estos actos se reputan lícitos siempre que:</i></p> <p><i>a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;</i></p> <p><i>b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;</i></p> <p><i>c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y,</i></p> <p><i>d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmiten información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia”.</i></p>	<p><i>“Art. 19.- Las comparaciones en la publicidad son permitidas en tanto que promueven la competencia y permitan que los consumidores lleven a cabo decisiones de compra más informadas. Será válida toda publicidad comparativa que confronte de modo objetivo características verificables de bienes y servicios, y que:</i></p> <p><i>a. No sea engañosa.</i></p> <p><i>b. No pueda dar lugar a confusión en el mercado entre el anunciante y un competidor o entre las marcas, los nombres comerciales, otros signos distintivos, los bienes o servicios del anunciante y los de su competidor.</i></p> <p><i>c. No cause descrédito, denigración o menosprecio al competidor, sus productos o servicios.</i></p> <p><i>d. No tenga por objeto la personalidad o la situación personal de un competidor.</i></p> <p><i>La publicidad comparativa no podrá contener alegaciones subjetivas.</i></p> <p><i>Toda comparación debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados. Es decir, aquellos a partir de los cuales los consumidores determinan su decisión de compra”.</i></p>

Actos contra el principio de Autenticidad / Autenticidad	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de Autenticidad	Autenticidad
<p><i>“Art. 16.- Actos contra el principio de autenticidad.-</i></p> <p><i>16.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.</i></p> <p><i>16.2.- Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publicirreportaje o un anuncio contratado”.</i></p>	<p><i>“Art. 16.- El anuncio debe ser claramente identificable como tal, sea cual fuere su forma o el medio utilizado para difundirlo.</i></p> <p><i>El anuncio que tenga la forma de publicinoticia, reportaje, artículo, nota, texto, leyenda deberá ser claramente identificado como publicidad. Ello para que se distinga del material noticioso y no confunda al consumidor.</i></p> <p><i>En ningún anuncio deberán emplearse técnicas que impidan al consumidor percibirse que se está difundiendo una publicidad”.</i></p>

Actos contra el principio de Legalidad/ Legalidad	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de Legalidad	Legalidad
<p><i>“Art. 17.- Actos contra el principio de legalidad.-</i></p> <p><i>17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.</i></p> <p><i>17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.</i></p> <p><i>17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:</i></p> <p><i>a) Omitir la advertencia a los consumidores sobre los principales riesgos que implica el uso o consumo de productos peligrosos anunciados;</i></p> <p><i>b) Omitir la presentación del precio total de un bien o servicio sin incluir los tributos aplicables y todo cargo adicional indispensable para su adquisición, cuando el precio es anunciado;</i></p>	<p><i>“Art. 12.- La publicidad debe respetar la Constitución y las leyes. En este sentido, el CONAR no ampara las infracciones a las normas publicitarias y se asume que los anuncios no serán contrarios a la Ley ni deberán omitir lo que ésta manda.</i></p> <p><i>De existir conflicto entre la Ley y el presente Código, se preferirá a la Ley. Sin embargo, debido a que el presente Código está constituido por normas auto impuestas, no impide una interpretación más severa por parte del CONAR”.</i></p>



Actos contra el principio de Legalidad/ Legalidad (continúa de la página anterior)	
LRCD	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de Legalidad	Legalidad
<p>c) Omitir el equivalente del precio en moneda nacional en caracteres idénticos y de tamaño equivalente a los que presenten el precio de un bien o servicio en moneda extranjera, cuando éste es anunciado;</p> <p>d) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente, presentando tasas de interés, la realización de operaciones financieras pasivas o activas, la consignación de la tasa de interés efectiva anual aplicable y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicable;</p> <p>e) Omitir en aquellos anuncios que ofrezcan directamente productos con precios de venta al crédito, la consignación del importe de la cuota inicial si es aplicable al caso, del monto total de los intereses, de la tasa de interés efectiva anual aplicable al producto anunciado y del monto y detalle de cualquier cargo adicional aplicables;</p> <p>f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos; y,</p> <p>g) Omitir en el caso de anuncios de servicios telefónicos de valor añadido la indicación clara del destino de la llamada, la tarifa y el horario en que dicha tarifa es aplicable. En el caso de los literales d) y e), los anunciantes deben consignar en el anuncio de que se trate, según corresponda, la tasa de costo efectivo anual aplicable a: i) la operación financiera activa si ésta ha sido anunciada bajo sistema de cuotas, utilizando un ejemplo explicativo; o, ii) la venta al crédito anunciada.</p> <p><i>Asimismo, deberán consignar el número de cuotas o pagos a realizar y su periodicidad si ello fuera aplicable al caso. Los anunciantes, sin embargo, podrán poner a disposición de los consumidores a los que se dirige el anuncio la información complementaria indicada en este párrafo mediante un servicio gratuito de fácil acceso que les permita informarse, de manera pronta y suficiente. En los anuncios debe indicarse clara y expresamente la existencia de esta información y las referencias de localización de dicho servicio”.</i></p>	

Actos contra el principio de Adecuación Social/ Decencia	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de Adecuación Social	Decencia
<p><i>“Art. 18.- Actos contra el principio de adecuación social.- Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:</i></p> <p><i>a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;</i></p> <p><i>b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas”.</i></p>	<p><i>“Art. 8.- Todo anuncio debe caracterizarse por el respeto a la dignidad de la persona y a su intimidad, al núcleo familiar, al interés social, a la moral, credo y buenas costumbres, a las autoridades constituidas, a las instituciones públicas y privadas y a los símbolos patrios.</i></p> <p><i>Los anunciantes deberán tomar en cuenta la sensibilidad del público antes de emplear material que pudiera resultar ofensivo.</i></p> <p><i>Específicamente, la publicidad debe evitar:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Lo Inmoral: Todo aquello que contenga expresiones, actitudes o insinuaciones indecentes, obscenas o escabrosas.</i> <i>2. Lo Truculento: Todo aquello que contenga o provoque expresiones o actitudes de violencia, ensañamiento, ansiedad, temor, morbosidad o explote la superstición.</i> <i>3. Lo Grosero: Todo aquello que signifique una manifestación de mal gusto, en cualquiera de sus formas, y toda situación, imagen o expresión desagradable.</i> <p><i>La decencia de los anuncios será evaluada tomando en cuenta el contexto, el medio, la audiencia, el producto o servicio y los parámetros de decencia, cultura y moral que prevalezcan en el lugar y momento correspondientes y en determinada comunidad.</i></p> <p><i>El hecho de que un producto o servicio en particular pueda ser considerado indecente para algunas personas no significa que ello será suficiente para objetar su validez, por lo que deberá ser revisado en cada caso.</i></p> <p><i>Art. 9.- Análisis de la sexualidad en la Publicidad</i></p> <p><i>El sexo y la sexualidad serán tratados con dignidad en los anuncios comerciales.</i></p> <p><i>Podrán ser considerados indecentes los anuncios en función de:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. La naturaleza gráfica o explícita de las representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras;</i> <i>2. Si es que el material gira alrededor o repite insistentemente representaciones o descripciones de órganos o actividades sexuales o excretoras;</i>



Actos contra el principio de Adecuación Social/ Decencia (continúa de la página anterior)	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos contra el principio de Adecuación Social	Decencia
	<p>3. <i>Si el material parece explotar o excitar apetitos sexuales, o se presenta únicamente para llamar la atención del público por su impacto.</i></p> <p><i>Al evaluar estos factores, principalmente el tercero, el contexto general de la transmisión será crítico. Cada caso puede presentar una combinación de estos, y quizás otros factores, los que tienen que ser evaluados equilibradamente para determinar si el material es abiertamente ofensivo y, por tanto, indecente. Usualmente un solo factor no basta para establecer la indecencia del material.</i></p> <p><i>Art. 10.- Discriminación y conductas antisociales e ilegales</i></p> <p><i>Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, económica, física, política o religiosa.</i></p> <p><i>Los anuncios no deben contener nada que objetivamente pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que atenten contra el medio ambiente o que inciten a la violencia o que induzcan al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para la salud y seguridad personal y colectiva o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.</i></p> <p><i>Art. 11.- Superstición y Temor</i></p> <p><i>La publicidad deberá evitar toda forma de explotación de la superstición, la ignorancia, la credulidad y, excepto en casos especiales, del temor de los consumidores.</i></p> <p><i>Son casos especiales en que puede hacerse uso del temor aquellos en que el anuncio tenga por objeto promover la prudencia en determinadas actividades o desalentar conductas o actividades consideradas contrarias a la seguridad o salud del consumidor. En cualquier caso el contenido del anuncio deberá caracterizarse por el equilibrio entre dicho sentimiento y el riesgo de desestimar el producto o servicio anunciado”.</i></p>

Publicidad dirigida a menores de edad/ Publicidad y los menores de edad	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Publicidad dirigida a menores de edad	Publicidad y los menores de edad
<p><i>“Art. 16.- Publicidad dirigida a menores de edad</i></p> <p><i>La publicidad dirigida a los menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos, debiendo respetar la ingenuidad, la credulidad, la inexperiencia y el sentimiento de lealtad de los menores.</i></p> <p><i>Asimismo, dicha publicidad no debe generar sentimientos de inferioridad al menor que no consume el producto ofrecido”.</i></p>	<p><i>“Para efecto de la aplicación de las normas contenidas en el presente título se considerará como niños a los menores de 14 años y adolescentes a los que tengan entre 14 y 17 años (mayores de 13 y menores de 18 años).</i></p> <p><i>Art. 20.- Publicidad que involucre a Menores de Edad (Menores de 18 años)</i></p> <p><i>La publicidad debe tener en cuenta el nivel de conocimiento, madurez, motivaciones e intereses del público al cual se dirige. Por tanto, no debe aprovechar de la natural credibilidad infantil ni de la inexperiencia de los adolescentes, ni deformar el sentido de lealtad de los mismos. En consecuencia deberá:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. Evitar la presentación visual de prácticas o situaciones peligrosas dentro de un entorno que no sea de fantasía, que puedan inducir a los niños y adolescentes a emularlas a riesgo de su seguridad.</i> <i>2. Evitar mostrar al alcance y uso de niños, objetos que por sí entrañan peligros, tales como armas, elementos cortantes, medicamentos, sustancias tóxicas, cáusticas o inflamables.</i> <i>3. Evitar mostrar a niños pequeños accionando artefactos eléctricos o a gas, o encendiendo fuego, sin la guía de los mayores.</i> <i>4. Evitar mostrar a niños manejando vehículos de adultos, ni protagonizando acciones que impliquen riesgo a peligros, ni contraviniendo normas de seguridad.</i> <i>5. Evitar mostrar a niños cometiendo actos ilegales o que contravengan ordenanzas o reglamentaciones o inducirlos a realizar actos que resulten física, mental o moralmente perjudicial a los mismos.</i> <i>6. No promoverán que vayan a lugares o entren en contacto con personas desconocidas.</i> <p><i>Art. 21.- Respeto a la integridad del menor de edad</i></p> <p><i>Los anuncios dirigidos a menores de edad, o en los que ellos participen, deberán ser respetuosos de su integridad física, mental o moral. Por lo tanto, ningún mensaje de productos para niños o adolescentes debe:</i></p>





Publicidad dirigida a menores de edad/ Publicidad y los menores de edad	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Publicidad dirigida a menores de edad	Publicidad y los menores de edad
	<ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Socavar sus valores sociales, sugiriendo que su uso o tenencia le dará una ventaja física, social o psicológica sobre otros niños o jóvenes</i> 2. <i>Socavar la autoridad, responsabilidad, juicio o criterio de los padres y educadores.</i> 3. <i>Contener frases mandatorias o compulsivas que insten al menor a obtener el producto por cualquier medio.</i> 4. <i>Crear ansiedad ni sugerir que sus padres o familiares no cumplen con sus deberes si no la satisfacen.</i> 5. <i>Insinuar o desarrollar sentimientos de inferioridad al menor que no consuma el producto anunciado”.</i>

Principio de Legalidad - Promociones/ Promociones	
LRCO	Código de Ética Publicitaria
Actos de contra el principio de Legalidad - Promociones	Promociones
<p><i>“Art. 17.- Actos contra el principio de legalidad.-</i></p> <p><i>17.1.- Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.</i></p> <p><i>17.2.- Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.</i></p> <p><i>17.3.- En particular, en publicidad constituyen actos contra el principio de legalidad los siguientes:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>f) Omitir, en cada uno de los anuncios que difundan publicidad de promociones de ventas, la indicación clara de su duración y la cantidad mínima de unidades disponibles de productos ofrecidos”.</i></p>	<p><i>“Art. 17.-Las promociones de los bienes y servicios no deben inducir a error ni engaño al consumidor respecto a sus características, beneficios y restricciones.</i></p> <p><i>En el caso que se trate de promociones limitadas en cuanto a su cantidad o periodo de vigencia, se deberá informar en los anuncios de manera clara y fácilmente accesible la cantidad de unidades y el periodo de vigencia de la promoción”.</i></p>

BIBLIOGRAFÍA

Publicaciones

- ALONSO, Ricardo. (1999). "Derecho de la Competencia. Introducción". En: Uría y Menéndez. (1999). *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I. Madrid, Civitas Ediciones S.L.
- ALPA, Guido. (2004). *Derecho del Consumidor*. Lima, Gaceta Jurídica.
- BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. (1993). *Tratado de Derecho Industrial*. Madrid, Editorial Civitas.
- BERCOVITZ, Alberto. (2002). *Apuntes de Derecho Mercantil*. Navarra, Editorial Aranzadi.
- BERCOVITZ, Alberto. (2010). "Los códigos de conducta, la autorregulación y la nueva Ley de Competencia Desleal". En: Fernández-Novoa, Carlos. (2010). *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI. Libro homenaje al profesor Dr. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*. Madrid, Marcial Pons.
- BERCOVITZ, Alberto. (1975). "La Formación del Derecho de la Competencia". En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor (ADI)*. Tomo II. Madrid, Marcial Pons.
- BERNALES, Enrique. (1996). *La Constitución de 1993*. Lima, ICS Editores.
- BERTONE, Luis Eduardo y Cabanellas De Las Cuevas, Guillermo. (1989). *Derecho de Marcas*, Tomo I. Argentina, Editorial Heliasta S.R.L.
- BULLARD, Alfredo y Patrón, Carlos. (1999). "El Otro Poder Electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal". En: *Themis*. N°39. Lima.
- DE LA CUESTA, José María. (2002). *Curso de Derecho de la Publicidad*. Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra SA. (EUNSA).
- EMPARANZA, Alberto. (2000). *El boicot como acto de competencia desleal contrario a la libre competencia*. Madrid, Civitas Ediciones S.L.,
- EYZAGUIRRE DEL SANTE, Hugo. (2011). *Políticas de competencia y su aplicación*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

- FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). (1983). *Policy Statement on Deception*. 14 de octubre de 1983. Disponible en: <http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/addecept.htm>.
- FELICES, Enrique y DAÑINO, Gabriela. (2007). *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, Pablo y SALGADO ANDRÉ, Elena. (2010). "Actos de engaño y omisiones engañosas en la Ley de Competencia Desleal (análisis de los art. 5 y 7 de la LCD)". En: *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*. Volumen 30 (2009-2010). Madrid, Universidad de Santiago de Compostela (USC) y Marcial Pons (coedición).
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1989). *Estudios de Derecho de la Publicidad. Homenaje a la Facultad de Derecho ó Autor Dr. Carlos Fernández-Novoa, Catedrático de Derecho Mercantil nos XXV años de cátedra*. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. (1975). "La Sujeción de las Expresiones Publicitarias al Principio de Veracidad". En: *Actas de Derecho Industrial*. Madrid, Editorial Montecorvo S.A.
- GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián Alfredo. (2004). *Competencia Desleal: actos de desorganización del competidor*. Buenos Aires, Lexis Nexis. Disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otonio2010/RicardoMaguinia.pdf>
- KRESALJA, Baldo y OCHOA, César. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KRESALJA, Baldo. (1993). "Comentarios al Decreto Ley N°26122 sobre Represión de la Competencia Desleal". En: *Revista Derecho*. N°47. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KRESALJA, Baldo. (2005). "Lo que a mí no me está permitido hacer tampoco debe permitirsete a ti (Apuntes sobre el acto desleal por violación de normas)". En: *Themis*. N°50.

- LEMA DEVESA, Carlos. (2007). *Problemas Jurídicos de la Publicidad. Estudios jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa recopilados con ocasión de la conmemoración de los XXV años de cátedra*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- LEMA DEVESA, Carlos. (1978). "La exageración publicitaria en el derecho español. En: *Actas de Derecho Industrial*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. (2010). "El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted". En: *Revista de la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi*. Año N°6. N°10. Otoño del 2010. Lima, Indecopi. En: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/boletines/recompi/castellano/articulos/otonio2010/RicardoMaguinia.pdf>
- MASSAGUER, José. (1999). *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, Civitas Ediciones S.R.L.
- MASSAGUER, José. (2002). "La cláusula de prohibición de la competencia desleal". En: *Competencia desleal y defensa de la competencia*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial.
- MÉNDIZ NOGUERO, Alfonso. (2003). "La publicidad". En: *Derecho a la Información*. Barcelona, Ariel.
- MENÉNDEZ, Aurelio. (1988). *La competencia desleal*. Madrid, Editorial Civitas S.A.
- MUÑOZ DE CÁRDENAS, Antonio. (2006). "Análisis del Principio de Autenticidad desde el Ordenamiento Jurídico Peruano (art. 6)". En: Espinoza, Juan y Stucchi, Ricardo (2006). *Normas de publicidad*. Lima, Editorial Rodhas.
- NEUBERGER, Roberto (s/f). "Los 6 principios del Marketing Viral". Disponible en: <http://www.webtaller.com/maletin/articulos/los-6-principios-del-marketing-viral-2.php>. Consultado el 26 de junio del 2012.
- NODA YAMADA, Carlos Ramón. (2005). "Libertad de expresión, competencia y publicidad: consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa". En: *Revista Ius et Veritas*. N°27. Lima.

- OKUMURA, Pablo (s/f). "Apuntes en torno a las fallas de mercado y el monopolio natural". Disponible en: http://www.coes.org.pe/DATAWEB/2008/VARIOS/ARTICULOS/Monopolio_Natural_articulo.pdf,
- ORTEGA, Enrique. (2004). *La comunicación publicitaria*. Madrid, Pirámide
- OTERO LASTRES, José Manuel. (1985). "Aproximación a la figura de la imitación servil". En: *Actas de Derecho Industrial*. Tomo 10. Madrid, Instituto de Derecho Industrial Universidad de Santiago de Compostela – Colegio Universitario de Estudios Financieros del Consejo Superior Bancario.
- PATIÑO ALVEA, Beatriz. (2007). *La Autorregulación Publicitaria. Especial referencia al sistema español*. Barcelona, Editorial Bosh S.A.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. (2001). *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Segunda Edición. Tomo 6. Madrid, Espasa.
- ROBLES MARTÍN - LABORDA, Antonio. (2001). *Libre Competencia y Competencia Desleal*. Madrid, La Ley.
- RODRÍGUEZ, Gustavo. (2011). *Publicidad e información para el consumo. Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico.
- RUBIO, Marcial. (1999). *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- RUIZ MUÑOZ, Miguel. (2006). "Derecho de la publicidad y globalización: publicidad transfronteriza, libertad de expresión y derechos aplicables". En: *Estudios sobre consumo*. N°79. Madrid, Instituto Nacional del Consumo. Disponible en: http://www.consumo-inc.gob.es/publicac/EC/2006/EC79/EC79_08.pdf. Consultada el 24 de octubre del 2012.
- SANTAELLA LOPEZ, Manuel. (2003). *Derecho de la Publicidad*. Madrid, Thomson – Civitas.

- SOSA, Alex (2011). "El siguiente paso: la Corregulación como evolución de los sistemas de autorregulación publicitaria". Tesis de maestría de Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Postgrado.
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2007). "Aplicación de los principios de licitud sobre los diferentes tipos de publicidad comercial - Introducción sobre la regulación de la publicidad directa, indirecta, simple, alusiva, adhesiva, comparativa, encubierta y subliminal". En: *Ius Et Veritas*. N°34. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú.
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2007). "La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados". En: *Revista Themis*. N°54.
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. (2009). "Los actos de competencia desleal que distorsionan la valoración de la oferta en la nueva Ley de Represión de la Competencia". En: *Revista de Derecho*. Volumen 10. Piura, Universidad de Piura.
- SUMAR, Oscar y AVELLANEDA, Julio. (2012). *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima, Universidad del Pacífico.
- TATO PLAZA, Anxo; FERNÁNDEZ, Pablo y HERRERA, Christian. (2010). *La Reforma de la Ley de Competencia Desleal*. Madrid, La Ley.
- TATO PLAZA, Anxo. (1995). "Marca ajena y publicidad adhesiva. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1993". En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XVI (1994-1995)*. Santiago de Compostela: Marcial Pons. Id. V.Lex -262506.
- TATO PLAZA, Anxo. (1996). *La Publicidad Comparativa*. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.
- TRIVIÑO, Ezequiel (2012). *Diccionario LID Marketing Directo e Interactivo*. Madrid, Editorial LID.

Unión Europea. (1981). *Segundo Programa de la Comunidad Económica Europea para una política de protección e información a los consumidores. Orientaciones Generales. Apartado 6.* DOCE C 133, del 03 de junio de 1981.

Internet

PURO MARKETING. (s.f.). "Marketing Viral". Disponible en: <http://www.puromarketing.com/pdf.php?id=19>. Consultado el 28 de junio del 2012

<http://www.easa-alliance.org/>

Normas legales

Decisión N°486, Régimen Común sobre Propiedad Industrial, emitida por la Comisión de la Comunidad Andina.

Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor.

Decreto Ley N°26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal.

Decreto Legislativo N°757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada

Decreto Ley N°18350, Ley General de Industrias

Decreto Supremo N°001-71-IC/DS, Reglamento de la Ley General de Industrias

Directiva N°2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 11 de mayo del 2005.

Ley N°13270, Ley de Promoción de Industrias.

Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Resolución 473-2012/SC1-INDECOPI.

Resolución N° 3134/2010/SC1-INDECOPI.

Resolución N°001-2001-LIN/CCD-INDECOPI.

Resolución N°0133-2012/SC1-INDECOPI.

Resolución N°0347-2006/TDC-INDECOPI.

Resolución N°0371-2011/SC1-INDECOPI.

Resolución N°0478-2011/SC1-INDECOPI.

Resolución N°0825-2009/SC1-INDECOPI.

Resolución N°096-96-TDC.

Resolución N°1024-2011/SC1-INDECOPI.

Resolución N°1549-2006/TDC-INDECOPI.

Resolución N°1602-2007/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°189-2006/CCD.

Resolución N°168-97-TDC.

Resolución N°1751-2011/SC1-INDECOPI, recaída en el Expediente N°124-2010/CCD.

Resolución N°185-2001-TDC-INDECOPI.

Resolución N° 0455-2004/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°032-2002/CCD.

Resolución N° 0566-2005/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°015-2004/CCD.

Resolución N° 1091-2005/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°104-2004/CCD.

Resolución N° 183-2010/CCD-INDECOPI, recaída en el Expediente N°138-2008/CCD.

Resolución N° 213-2009/CCD-INDECOPI.

Resolución N° 455-2004/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°032-2002/CCD.

Resolución N° 547-2003/TDC-INDECOPI, recaída en el Exp. N°051-2002/CCD.

Resolución N°017-2012/CCD-INDECOPI.

Resolución N°0191-2011/SC1-INDECOPI, recaída en Expediente N°226-2009/CCD.

Resolución N°0245-1999/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°045-1998/CCD.

Resolución N°0301-2007/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°151-2004/CCD.

Resolución N°0347-2006/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°114-2004/CCD.

Resolución N°0455-2004/TDC-INDECOPI.

Resolución N°0493-2004/TDCINDECOPI, recaída en el Expediente N°024-2004/CCD.

Resolución N°0547-2003/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°051-2002/CCD.

Resolución N°0547-2004/TDC-INDECOPI.

Resolución N°0690-2007/TDC.

Resolución N°098-2003/CCD-INDECOPI.

Resolución N°1091-2005/TDC-INDECOPI, recaída en el Expediente N°104-2004/CCD.

Resolución N°116-2012/CCD-INDECOPI.

Resolución N°1358-2012/SC1-INDECOPI.

Resolución N°183-2010/CCD-INDECOPI.

Resolución N°192-2011/CCD-INDECOPI.

LISTADO DE ACRÓNIMOS



CFCD	Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.
CPDC	Código de Protección y Defensa del Consumidor.
CRCD	Comisión de Represión de la Competencia Desleal.
INDECOPI	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.
LRCO	Decreto Legislativo N°1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi.

