

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCEPTIO VERITATIS
EN COMPETENCIA DESLEAL

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Autor:

César Alejandro Paredes Vega

Asesor:

Javier Mihail Pazos Hayashida

Lima, 2024

Informe de Similitud


Yo, PAZOS HAYASHIDA, JAVIER MIHAIL, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado “APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA EXCEPTIO VERITATIS EN COMPETENCIA DESLEAL”, del autor(a) PAREDES VEGA, CESAR ALEJANDRO, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 20%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 09/12/2024.

- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.

- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 12 de diciembre del 2024

PAZOS HAYASHIDA, JAVIER MIHAIL	
DNI: 07758696	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3516-2603	

RESUMEN

El presente trabajo se encarga de analizar si la regla de la exceptio veritatis cumple con su finalidad para evitar la comisión de actos de competencia desleal. En primer lugar, se centra en analizar si la finalidad de la regla de la exceptio veritatis tiene un carácter preventivo o no, debido a que, por medio de esta regla se hace una evaluación de los anuncios publicitarios que se pretenden insertar en el mercado. En segundo lugar, en este trabajo se desarrollan criterios importantes como la veracidad, exactitud y la pertinencia. Cada uno de ellos es importante para que pueda existir la exceptio veritatis. Estos requisitos contenidos en el artículo 11.2 de la LRCD son los que deben asegurar que la libertad de expresión y la transparencia puedan ser ejercidas sin vulnerar los derechos de las personas o entidades afectadas por la información divulgada. Por ello, en este trabajo se analiza si cada uno de estos requisitos contribuyen con la seguridad jurídica o si es que generan algún riesgo al difundir la publicidad comparativa en el Perú. En tercer lugar, se analiza el requisito de pertinencia de forma, el cuál es el más controversial, ya que no se entiende si los mensajes de carácter humorístico provienen de una fuente subjetiva u objetiva. De esta manera, en el trabajo se propone un test que puede servir como alternativa para evitar ciertos errores que contiene la exceptio veritatis y contribuir a un mejor tratamiento de la publicidad comparativa.

Palabras Clave

Veracidad, exactitud, pertinencia, publicidad comparativa.

ABSTRACT

This work is responsible for analyzing whether the rule of exceptio veritatis fulfills its purpose to avoid the commission of acts of unfair competition. Firstly, it focuses on analyzing whether the purpose of the exceptio veritatis rule has a preventive nature or not, because, through this rule, an evaluation is made of the advertising advertisements that are intended to be inserted in the market. Secondly, in this work important criteria such as truthfulness, accuracy and relevance are developed. Each of them is important so that exceptio veritatis can exist. These requirements contained in article 11.2 of the LRCO are those that must ensure that freedom of expression and transparency can be exercised without violating the rights of the people or entities affected by the information disclosed. Therefore, this work analyzes whether each of these requirements contributes to legal certainty or whether they generate any risk when disseminating comparative advertising in Peru. Thirdly, the requirement of relevance of form is analyzed, which is the most controversial, since it is not understood whether messages of a humorous nature come from a subjective or objective source. In this way, the work proposes a test that can serve as an alternative to avoid certain errors contained in exceptio veritatis and contribute to a better treatment of comparative advertising.

Keywords

Truthfulness, accuracy, relevance, comparative advertising.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. La Exceptio Veritatis en la Publicidad Comercial	4
2.1. La Exceptio veritatis en los actos de comparación	5
2.2. La Exceptio veritatis en los actos denigratorios	7
3. Requisitos de la Exceptio Veritatis	8
3.1. Requisito de Veracidad	8
3.2. Requisito de Exactitud	11
3.3. Requisito de pertinencia de forma	12
3.4. Requisito de pertinencia de fondo	14
4. Problemática del requisito de pertinencia de forma	15
4.1. Análisis de una intensión dolosa	15
4.2. Análisis de la necesidad	17
5. Conclusiones	18
6. Bibliografía	19

1. INTRODUCCIÓN

En un entorno competitivo, la normativa juega un papel crucial para garantizar una competencia justa y salvaguardar los intereses tanto de las empresas como de los consumidores. Evaluar la efectividad de la *exceptio veritatis* puede ser clave para entender si esta norma está logrando su objetivo de permitir la defensa basada en la veracidad de las afirmaciones comerciales.

En el ámbito de la jurisprudencia peruana, no existe un marco legal definido para aplicar la *exceptio veritatis* en el contexto de la competencia desleal. Este análisis puede influir en futuras decisiones judiciales y ser un aporte para el desarrollo de una doctrina más precisa y coherente en cuanto a los casos relacionados con la competencia desleal.

En este trabajo analizaremos la finalidad de la *exceptio veritatis* en el ámbito de la competencia desleal. Para poder determinar la finalidad de esta regla contenida en la LRCD, es necesario entender que por medio de ésta se hace una evaluación previa de los anuncios publicitarios que se pretenden insertar en el mercado para, de esta manera, evaluar la pertinencia o no de su difusión. Esto permite evitar escenarios de competencia desleal entre competidores comerciales. De esta manera, en el primer capítulo se analizará la finalidad de la *exceptio veritatis* tanto en los actos de comparación, como en los actos denigratorios.

2. LA EXCEPTIO VERITATIS EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL

La figura jurídica de la *exceptio veritatis* surge en el contexto de la competencia desleal. En resumen, sostiene que una afirmación de un competidor sobre otro, aunque sea negativa, no será considerada desleal si es verdadera, exacta y pertinente. En otras palabras, una empresa puede invocar la *exceptio veritatis* como defensa ante una acusación de competencia desleal si afirma que su competidor utiliza ingredientes de baja calidad y tiene pruebas sólidas que respalden esta afirmación.

El principio de *exceptio veritatis* se aplica en el derecho de competencia desleal para garantizar que las afirmaciones o manifestaciones realizadas en comunicaciones comerciales o publicidad no se consideren desleales o engañosas si se puede demostrar que son ciertas. La veracidad de una declaración puede utilizarse como defensa contra acusaciones de competencia desleal, ya que una información veraz no perjudica la competencia en el mercado.

Por ello, podemos decir que, en el ámbito de publicidad comercial, la *exceptio veritatis* es esencial para que pueda existir un equilibrio entre la libertad de expresión y la protección de la leal competencia. Permite que los competidores puedan presentar información relevante sobre aquellos productos o servicios de sus competidores comerciales, siempre y cuando dicha información sea precisa y relevante. Sin embargo, establece límites claros para evitar que la información se utilice para engañar o difamar a los consumidores.

2.1. La *Exceptio veritatis* en los actos de comparación

En el derecho de la competencia desleal, la *exceptio veritatis* es, particularmente, relevante para la publicidad comparativa. Este principio establece que una afirmación de un competidor sobre otro, aunque sea negativa, no será considerada desleal si se puede demostrar que es verdadera, pertinente y precisa. En otras palabras, una empresa puede invocar la *exceptio veritatis* como defensa ante una acusación de competencia desleal si puede demostrar que las afirmaciones que hace sobre su competidor son veraces.

Ahora, gran parte de la doctrina considera que se debe permitir la legalidad de estos actos de comparación siempre y cuando cumplan con los requisitos de la *exceptio veritatis*, ya que se entiende que la publicidad comparativa ahorra dinero en las transacciones al reducir el tiempo que el consumidor necesita para encontrar el producto adecuado para poder satisfacerse.

Por otra parte, la *exceptio veritatis* en la publicidad comparativa puede generar ventajas y desventajas para los agentes comerciales y consumidores. Entre las ventajas que genera este principio, tenemos que, fomenta la leal competencia, ya que, permite que los agentes económicos informen a los consumidores sobre aquellas diferencias existentes entre sus productos y los del agente competidor, generando así una competencia que tiene como base la calidad de los productos presentados por estos agentes económicos que buscan brindar lo mejor para destacar en el mercado (Sosa, 2017, p.23).

Asimismo, la *exceptio veritatis* brinda una protección al consumidor, al asegurar que la información ofrecida en la publicidad comparativa sea veraz, con ello, se defiende al consumidor de prácticas de naturaleza engañosa y ocasiona que opten por decisiones de compra más informadas. Un claro ejemplo de ello se presenta en la Resolución N° 0562-2016/SDC-INDECOPI. En este caso una empresa aseguraba que su competidor mostraba sus productos en su página web y correos electrónicos, con el objetivo de comparar los

productos de los dos agentes económicos y enfatizar las ventajas que poseía su producto a diferencia de los de su competidor. Sin embargo, dichas afirmaciones no pudieron ser demostradas en los medios probatorios, por ello, no cumplió con los requisitos de veracidad y exactitud.

En tercer lugar, la exceptio veritatis se encarga de establecer límites a la competencia desleal, ya que garantiza un equilibrio entre la necesidad de proteger a las empresas de actos de competencia desleal y el derecho de las personas o empresas competidoras a expresar sus opiniones de manera libre.

Entre las desventajas que presenta la exceptio veritatis tenemos que, en primer lugar, existe una dificultad para probar la veracidad. Para poder demostrar la veracidad se necesita centrarse en la publicidad de carácter objetiva dejando de lado cualquier tipo de publicidad que sea subjetiva, por ello, las limitaciones de la exceptio veritatis generan que la difusión de la publicidad comparativa sea de riesgo e incertidumbre, ya que el uso de la publicidad comparativa puede ser discrecional y subjetiva, y su uso puede generar un riesgo de sanción inminente (Sosa, 2017, p.24).

En segundo lugar, la aplicación de la exceptio veritatis está sujeta a una interpretación subjetiva, debido a que, la evaluación hecha por la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia está sujeta a valoración de los propios vocales que las conforman.

En muchas ocasiones se ha discutido el hecho de que no se haya realizado un análisis que distinga las alegaciones objetivas de las subjetivas, lo único que se encuentra establecido es que solo se debe aplicar el examen de veracidad en las objetivas. Por ello, desde el año 2014, la Sala Especializada ha comenzado a utilizar un criterio que resulta polémico en la doctrina y no es de mucha utilidad para poder diferenciarlas. Este criterio mencionado tiene como propósito determinar la objetividad de las alegaciones. Las cuales deben: i) contener un parámetro objetivo que pueda ser verificado; y ii) ser comprobables por medio de un parámetro objetivo y unívoco. No obstante, este criterio no resulta idóneo, porque contradice lo establecido por el artículo 21.2 de la LRCD, ya que se limita a analizar sin tomar en cuenta la interpretación superficial e integral que tiene que hacerse, desde la posición del consumidor mismo (Huayanca 2020, 18).

En tercer lugar, existe un problema de riesgo de denigración, debido a que, incluso si en alguna publicidad comparativa la afirmación descrita es verdadera puede ser denigratoria si

se le considera que contiene elementos ofensivos o agresivos que afecten la reputación del competidor. Este problema se puede observar especialmente en casos que involucran sátira, sarcasmo o burla, ya que, si el agente competidor considera que se le está menoscabando su imagen por medio de este tipo de publicidad, por más que dicha afirmación sea cierta, puede finalizar con una sanción.

2.2. La Exceptio veritatis en los actos denigratorios

La exceptio veritatis se aplica tanto en actos de comparación indebida como en casos de actos de denigración. En este último, específicamente, interviene cuando una empresa o persona realiza declaraciones que menoscaban la reputación de otra en un contexto de competencia desleal. La Exceptio veritatis es una defensa legal que le otorga a quien es acusado de denigración la posibilidad de demostrar que las declaraciones hechas son verdaderas. En otras palabras, se trata de una excepción a la presunción de responsabilidad por denigración cuando se puede probar que lo dicho es cierto.

En el Perú, la exceptio veritatis en el marco de la competencia desleal está regulada por la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD). Esta ley prohíbe las prácticas de competencia desleal que incluyen actos de denigración, es decir, aquellas acciones que tienen como finalidad atentar contra la imagen o reputación de un agente económico competidor. Entonces, cuando se trata de actos de denigración, el principio de exceptio veritatis permite al denunciado demostrar que la información o las afirmaciones realizadas son verdaderas. Esto quiere decir que, si una empresa acusa a otra de una conducta indebida o engañosa, y estas afirmaciones son correctas, el denunciado puede recurrir a la exceptio veritatis para evitar la responsabilidad por competencia desleal.

De lo contrario, si no se logra acreditar la veracidad de las afirmaciones, se puede catalogar a la publicidad como denigratoria. A modo de ejemplo, tenemos el caso de la Resolución N° 0070-2019/SDC-INDECOPI, en el que se sancionó a una empresa que vendía productos de soldadura. Esta empresa difundió una publicación en la red social Facebook destacando que su competidor vendía productos de origen chino como si fueran de origen alemán y coreano. La Sala Especializada resolvió confirmando la decisión de la Comisión y afirmó que durante el proceso no presentó evidencia que respalde la autenticidad del mensaje en la publicación de Facebook. Por lo tanto, como no se cumplió con el primer requisito de licitud, se determinó que la acusada si cometió un acto de denigración al difundir dicha publicidad.

Por otro lado, la exceptio veritatis más que un medio para protegerse ante una acusación de competencia desleal tiene una función de carácter preventivo. Los agentes económicos tienen la posibilidad de realizar una evaluación previa antes de la inserción de la publicidad en el mercado, de esta manera, se verifica si existe la pertinencia o no de ésta de conformidad con lo expuesto en el artículo 11. 2 de la LRCD (Pazos, 2023). En otras palabras, se refiere al beneficio que brinda a los agentes económicos de evaluar y demostrar que las afirmaciones sobre un competidor que serán difundidas son verdaderas.

En conclusión, la exceptio veritatis protege el derecho a la verdad y fomenta una competencia más justa y transparente en el mercado. Además, su carácter preventivo permite asegurar que las afirmaciones sobre un competidor sean evaluadas por su veracidad antes de su difusión en el mercado para, posteriormente, no sean automáticamente consideradas desleales o inapropiadas.

3. REQUISITOS DE LA EXCEPTIO VERITATIS

En los casos de competencia desleal, el denunciado puede usar la defensa de la exceptio veritatis para probar que sus afirmaciones son verdaderas y, así, evitar la responsabilidad. Cada requisito de esta excepción tiene como objetivo prevenir la vulneración de la libre competencia y la transparencia del mercado. Por ello, en este capítulo se analizará cada requisito de la regla de la exceptio veritatis para determinar si cumple con su naturaleza de carácter preventivo o no.

3.1. Requisito de Veracidad

El requisito de veracidad implica que los anuncios publicados sean objetivos, verificables y ajustados a la realidad. Esto significa que los anuncios de naturaleza alusiva que puedan inducir a error a los consumidores o contengan información subjetiva serán ilegales. Por tanto, podemos decir que, se sanciona tanto el mensaje publicitario de carácter objetivo que puede inducir a error, como el mensaje de carácter subjetivo (Baella et al., 2013).

Lo que se critica de este requisito de veracidad es que por medio de este se sancione el uso de la información de carácter subjetivo, mientras que la Ley en el artículo 8, que contiene al principio de veracidad, no reprime las afirmaciones subjetivas. Con ello, la Ley otorga protección a las empresas y no al mercado o a los consumidores.

En muchos de sus pronunciamientos, el Indecopi, ha indicado que cuando se utilizan afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa se deben prohibir porque no generan un traslado de información para los consumidores. Uno de los fallos más significativos sobre este tema fue la resolución N° 0751-2012/SC1-INDECOPI. En este caso, el Indecopi determinó que las afirmaciones que no se pueden verificar o que expresan opiniones subjetivas acerca de la calidad de un producto, como los términos "mejor" o "superior" sin respaldo objetivo, deben ser excluidas de la publicidad comparativa. El tribunal concluyó que este tipo de afirmaciones no proporcionan una información clara y suficiente para que el consumidor pueda realizar una comparación precisa entre los productos involucrados.

Este argumento resulta mediocre, debido a que, las afirmaciones subjetivas si transmiten información que puede ser entendida por los consumidores como opinión del agente económico, lo cual no genera que pierda su naturaleza informativa. Por ello, considero que se debería permitir el uso tanto de la información objetiva como la subjetiva.

La publicidad que contiene información objetiva tendría que someterse al análisis de los requisitos de la exceptio veritatis, ya que si no se logra evidenciar que existen datos veraces pueden ocasionar que la decisión del consumidor se base en premisas falsas, mientras que la publicidad que contiene información subjetiva genera que los consumidores puedan tener preferencias no por la falsedad o veracidad de las afirmaciones sino por su asertiva comunicación. Esto debido a que, no es concebible que un consumidor elija un producto simplemente porque la publicidad afirme ser "más delicioso" que otro, esperando que esta afirmación sea verídica. Como dice el viejo dicho: sobre gustos y colores, no hay nada escrito. En este sentido, considero que lo único que realmente puede vulnerar el derecho a la información del consumidor es cuando un anuncio incluye datos que puedan inducir a error. El resto parece ser más una forma de protección al empresario que una defensa real del consumidor (Sosa, 2017, p.37).

Entonces, se puede evidenciar que si bien existe una evaluación previa de los anuncios publicitarios que serán difundidos en el mercado, la protección estricta de la exceptio veritatis genera que, además de favorecer innecesariamente a las marcas ya consolidadas en el mercado, se promueva la presentación de denuncias por publicidad comparativa. Las restricciones son tan estrictas, y en algunos casos tan vagas o subjetivas, que cualquier actor económico podría sentirse tentado a realizar denuncias de cualquier anuncio que haga referencia a su marca, ya que las probabilidades de obtener una sanción o retirar el anuncio son elevadas.

Por lo antes mencionado, la única limitación que debería aplicarse a este tipo de anuncios es el principio de veracidad, tal como ocurre con la publicidad en general. Es decir, no se deberían prohibir los mensajes subjetivos, ya que hacerlo podría desincentivar el uso de esta forma de publicidad comparativa (Plaza, 1994).

Ahora, la Sala de Defensa de la Competencia consideró que, para que un anuncio sea considerado objetivo y, por lo tanto, esté sujeto al principio de veracidad, debe cumplir con al menos uno de estos dos requisitos: (1) Que la afirmación incluya un criterio objetivo que sea verificable por sí mismo; o (2) que su veracidad pueda ser confirmada mediante la existencia de un parámetro claro y unívoco que permita su comprobación (Resolución N°0363-2014/SDC-INDECOPI). Con esta imposición de requisitos descartó completamente cualquier tipo de publicidad que no cumpla con lo propuesto.

Un claro ejemplo de publicidad que por no cumplir con uno de estos requisitos fue considerada como subjetiva se analizó en la Resolución 008-2023/SDC-INDECOPI. En este caso, la empresa Afe Courier S.A.C por medio de la difusión de dos frases en las piezas publicitarias: "OLVAIDATE de las colas nosotros lo llevamos por ti" y "OLVAIDATE de los procesos en internet – ENVÍA AL TOKE", se refirió a su competidor Olva Courier quien realizó su denuncia ante Indecopi por la presunta comisión de actos de denigración. En el análisis de esta Resolución, la Sala acreditó que la segunda frase no cumplía con el primer requisito de la *exceptio veritatis* (veracidad), debido a que, no existía un parámetro unívoco de comprobación. Consideró que, las posibles complicaciones, demoras o inconvenientes al solicitar un servicio de mensajería en línea (como el que ofrece Olva) pueden estar influenciados por varios factores, tales como: las características de la plataforma de Olva y su ajuste a las necesidades de los clientes, la experiencia del usuario con los "procesos en línea" en comparación con el uso de aplicaciones móviles y códigos QR, entre otros aspectos.

Como se puede evidenciar, con este enfoque, la mayoría de los anuncios verificables no se clasificarán como objetivos simplemente porque existen múltiples maneras de confirmarlos. Como consecuencia, habrá menos oportunidades de utilizar la publicidad comparativa (o cualquier tipo de publicidad alusiva en general), ya que aumentará el riesgo de sanciones por ser considerados subjetivos, a pesar de que podrían ser comprobados mediante más de un parámetro objetivo (Rivas, 2018).

Ahora, el primer requisito expuesto por el Indecopi para identificar publicidad objetiva es tan decepcionante como el segundo, toda vez que un anuncio no será considerado objetivo (verificable) a menos que incluya dentro de su propio contenido un parámetro objetivo de

medición. Ello generará un costo adicional innecesario para los anunciantes y restringirá su libertad para publicitar (Soto, 2010). Entonces, a partir de este momento, no será indispensable que el anunciante tenga los medios para probar las afirmaciones objetivas que utilice en su publicidad. Lo que será importante es la incorporación de la fuente de dicha información en el anuncio, ya que, si no se integra este será considerado subjetivo y no estará sujeto al principio de veracidad.

Este enfoque, como se puede observar, altera por completo la manera en que deben interpretarse los anuncios publicitarios según la LRCD, y sus posibles repercusiones en el mercado son bastante perjudiciales. Podría incluso llevar a una pérdida de confianza de los consumidores en la publicidad, además de aumentar las restricciones sobre el uso de la publicidad comparativa, la cual es una de las más efectivas y eficientes tanto para los consumidores como para fomentar la competencia (Sosa, 2017, p.40).

3.2. Requisito de Exactitud

El requisito de exactitud establece que la información en el anuncio debe ser clara y actualizada, evitando cualquier tipo de ambigüedad o falta de precisión en lo que respecta a la realidad del agente mencionado o su oferta. Este criterio no solo exige que los datos sean verídicos, sino también que estén actualizados y reflejen con certeza la situación actual (Stucchi, 2007, p. 194).

En ese sentido, la precisión no solo se refiere a que la declaración sea objetivamente correcta, sino que también debe fundamentarse en hechos comprobables, sin omitir información relevante ni alterar su verdadero sentido. La justificación de la *exceptio veritatis* no será válida si la afirmación presentaba algún nivel de imprecisión o distorsión, aunque la fuente original de la información fuera correcta (Boggio, 2022).

Ahora, cuando se establece que la exactitud engloba la ambigüedad, según Sosa (2017, p.40) se detecta un error técnico, ya que, la inducción al error por ambigüedad es un aspecto que forma parte del principio de veracidad o de engaño, por lo que debería haberse abordado en el requisito anterior (veracidad). El requisito de exactitud debería enfocarse exclusivamente en garantizar que la información proporcionada esté actualizada, es decir, debería referirse específicamente a la actualidad de los elementos probatorios que respalden la ventaja comparativa, la igualdad entre ofertas o cualquier alegato de daño reputacional que se comunique en el anuncio.

En el caso de la Resolución 008-2023/SDC-INDECOPI, no se realizó un análisis de la exactitud de la publicidad, debido a que, según Indecopi, al no poderse confirmar la veracidad de las declaraciones realizadas en la publicidad, no se considera necesario llevar a cabo un análisis detallado sobre su exactitud ni sobre su pertinencia, tanto en términos de forma como de fondo. En consecuencia, en la Resolución se concluyó que dichos actos constituyen una forma de competencia desleal bajo la modalidad de denigración, porque no se cumplió con el requisito de veracidad.

Considero que habría sido útil y valioso que la Sala se pronunciara sobre los demás requisitos, especialmente en lo relacionado con la exactitud. De hecho, el análisis de la exactitud pudo ayudar a comprender si la información era clara para los consumidores o qué es lo que se podía entender cuando observaban dicha publicidad. Por lo tanto, habría sido un momento oportuno para establecer pautas sobre el análisis de la recepción en los consumidores, es decir, si dicha información es comprensible o genera confusión.

3.3. Requisito de pertinencia de forma

Según lo indicado en el artículo 11.2, inciso c) de la LRCD, la pertinencia en la forma implica que los anuncios comparativos deben evitar, entre otros, el uso de ironía, sátira, burlas o sarcasmo sin fundamento.

A menudo, para atraer la atención del público, los anunciantes optan por presentar sus mensajes de forma humorística, recurriendo a la ironía, el sarcasmo o la sátira. La doctrina ha defendido históricamente un enfoque indulgente hacia estas estrategias publicitarias, ya que los consumidores tienden a percibir estas expresiones como meras exageraciones que no se toman en serio, limitándose a sonreír sin darles crédito (Sosa, 2017, p.41).

El empleo de licencias en la publicidad comparativa debe estar fundamentado en las circunstancias específicas; esto no implica que estén prohibidas ni que los anunciantes no puedan utilizarlas. De hecho, su uso es aceptable siempre que no comprometa la reputación de la empresa competidora mencionada, dado que cualquier referencia a un competidor puede llevar a un cierto desprestigio. Por ello, lo importante es determinar si la ironía, el sarcasmo y la sátira en este tipo de publicidad son apropiados o no conforme al tono humorístico del anuncio.

El humor, en sus diversas formas como la parodia o la sátira, es una manifestación de la libertad de expresión, lo que lo convierte en un elemento protegido, sin importar su función, ya sea crítica o de otro tipo (Marciani, 2004, p. 280). Así, es indiscutible que cualquier agente económico puede utilizar el humor, así como la fantasía y la exageración, al promocionar sus productos y servicios, en ejercicio de la libertad de expresión empresarial que se le otorga, con el objetivo de conectar de manera más efectiva con el público. Por ello, estas afirmaciones suelen ser vistas por el público como meras exageraciones, lo que sugiere que, en principio, el mensaje publicitario no debería dañar de manera efectiva la imagen o reputación de la empresa competidora.

Sin embargo, como destacan Maguiña y Sosa (2018, pp. 97-98), el uso de estas licencias como parte de la libertad empresarial está permitido siempre que no constituya competencia desleal ni cause desinformación a los consumidores. En este contexto, se comprende que recurrir a términos despectivos no refleja una mayor eficiencia en el mercado, al contrario, este tipo de términos pueden ser considerados por los agentes resolutivos como referencias agresivas u ofensivas, quitándole carácter humorístico al anuncio.

La calificación de estas referencias dependerá de la interpretación de quienes resuelven estos conflictos publicitarios. No es fácil determinar un criterio verdaderamente objetivo y técnico que defina cuándo un anuncio que utiliza sátira o sarcasmo hacia un competidor es justificable o no. Por lo tanto, tal como está formulado el requisito, parece que la decisión podría depender del estado de ánimo del funcionario que esté de turno (Sosa, 2017, p.42).

Un claro ejemplo de ello lo encontramos en la Resolución 008-2023/SDC-INDECOPI, en la cual se explica que la Secretaría Técnica aceptó la denuncia presentada por Olva Courier contra Afe Courier, argumentando que las afirmaciones contenían un acto denigratorio. Según Olva Courier, estas afirmaciones eran subjetivas y estaban formuladas en un tono irónico y sarcástico injustificado. Dado que el sarcasmo y la ironía son inherentemente subjetivos, no pueden ser verificados, lo que implica que los anuncios en cuestión serían considerados denigratorios o de comparación indebida, ya que no podrían acogerse a la *exceptio veritatis*. Esta es precisamente una de las principales críticas hacia este requisito, ya que, cualquier anuncio que incluya ironía o sarcasmo sin justificación será considerado ilícito debido a su naturaleza subjetiva.

Por lo antes mencionado, el requisito de pertinencia de forma crea una sensación de inseguridad legal en el mercado, y considero que es una de las principales barreras que desmotivan el uso de este tipo de publicidad. No existe claridad sobre si el INDECOPI tomará

medidas contra un anuncio que presente dichas licencias o no, lo que también representa una invitación para que el agente económico mencionado presente una denuncia.

3.4. Requisito de pertinencia de fondo

Según lo establece el artículo 11.2, literal d) de la LRCD, la pertinencia en el fondo implica evitar hacer referencias a aspectos como la nacionalidad, creencias, vida privada o cualquier otro detalle personal de los directivos o representantes de otra compañía (Ruiz, 1995). Estas menciones no deben incluirse si no proporcionan información útil para que el consumidor evalúe al competidor o su oferta con base en criterios de eficiencia.

El anunciante incurre en alegaciones irrelevantes cuando hace referencia a aspectos que pertenecen a la esfera privada del competidor, tales como su nacionalidad, raza, ideología, entre otros. El problema surge porque no queda claro si el incumplimiento de este requisito se da simplemente por mencionar estos aspectos para identificar a la otra parte, o si dicha referencia debe emplearse como una comparación directa (Plaza, 1996).

Por otro lado, según Sosa (2017) a los anuncios que utilizan este tipo de información para referirse de manera negativa a sus competidores se les conoce en la doctrina como "denigración de tono estrictamente personal". En relación a ello, la LRCD en su Exposición de Motivos establece que esta forma de denigración provoca una alteración significativa en el mercado, ya que al hacer referencia de forma negativa a un competidor sin ofrecer información relevante para la decisión de compra, se desvían las preferencias de los consumidores mediante prácticas que no están relacionadas con la eficiencia económica.

De la misma manera, el CONAR considera que es suficiente con hacer referencia a un aspecto estrictamente personal para que se configure una infracción. Sin embargo, creo que no es suficiente solo con la mención personal, sino que también debería sancionarse cuando un anuncio utiliza un detalle puramente personal del competidor o sus representantes para resaltar una supuesta ventaja de su oferta. El objetivo debería ser que las comparaciones se basen en criterios de eficiencia. Así, simplemente identificar a un competidor mencionando, por ejemplo, su nacionalidad, sin presentarlo como una desventaja, no debería considerarse una infracción por impertinencia de fondo (Sosa 2018, p. 45).

En cuanto a la Resolución 008-2023/SDC-INDECOPI, Afe Courier S.A.C, no hizo referencia a algún aspecto estrictamente personal de su competidor Olva Courier S.A.C, sin embargo, un caso en el que se analizó la pertinencia de fondo fue el de América Móvil vs

DirecTV (Resolución 397-2013/SDC-INDECOPI). En esta resolución, la Sala abordó un caso en el que se alegaba que DirecTV había incurrido en prácticas de competencia desleal, específicamente mediante un anuncio publicitario que denigraba a América Móvil. El argumento central de la denuncia era que la publicidad en cuestión utilizaba elementos personales (como la nacionalidad de los representantes del competidor) de manera inapropiada, con el fin de atacar la imagen de la otra empresa sin ofrecer información relevante sobre la calidad de los productos o servicios. Por ello, la Sala demostró que como la representación publicitaria logra causar un efecto que expone a la burla la situación del vínculo contractual y no existe información adicional para persuadir la elección del consumidor, nos encontramos ante un acto de denigración por pertinencia de forma y no de fondo.

4. PROBLEMÁTICA DEL REQUISITO DE PERTINENCIA DE FORMA

A pesar de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, que introduce un análisis de veracidad que evalúa la verdad, exactitud y pertinencia, con el objetivo de legalizar actos que inicialmente podrían considerarse denigratorios, persiste la dificultad de establecer una frontera clara entre el uso del humor y acciones que puedan menoscabar la imagen de una empresa. Por lo tanto, en el contexto peruano, es necesario realizar un análisis previo para determinar si se trata de publicidad subjetiva u objetiva.

Por otro lado, en diferentes países se ha venido reforzando la idea de realizar un test de la intención dolosa y la necesidad para determinar si la pertinencia de forma es válida o no en los diferentes anuncios publicitarios que se publican (Marciani 2018, p.224). Para que este test funcione, no necesita determinar previamente la existencia de publicidad objetiva o subjetiva, ya que se estaría generando un problema desde su constitución misma. Los mensajes con tintes humorísticos tienen un origen subjetivo que si puede ser analizado desde la perspectiva de esta prueba. Por ello, considero necesario analizar la pertinencia de forma desde esta mirada.

4.1. Análisis de una intención dolosa

En este contexto, comenzamos examinando la Intención Dolosa, un concepto que ha sido desarrollado por las cortes estadounidenses (como en *Hustler v. Farewell* y *New York Times v. Sullivan*), y cuya implementación sería coherente con los valores que buscamos promover

en nuestro marco legal, dado que esta figura fue diseñada para restringir el uso excesivo de la libertad de expresión.

El objetivo del mencionado test es determinar la verdadera intención del agente económico al que se le acusa de haber llevado a cabo un acto difamatorio. Por lo tanto, recae en el denunciante la responsabilidad de demostrar que el supuesto ofensor utilizó afirmaciones engañosas o hizo uso de comentarios y/o frases hostiles y/o maliciosos (posiblemente a través de un humor oscuro o distorsionado) y que esto ha provocado, o tiene el potencial de causar, un daño a la reputación y la imagen del agraviado (Huayanca, 2020, p.45).

De este modo, cuando un mensaje con tono humorístico es cuestionado, el agente económico que se siente perjudicado deberá demostrar ante el INDECOPI que, más allá de la intención cómica, el mensaje busca dañar su imagen. Para ello, deberá probar que el mensaje es falso o malicioso. La falsedad, por sí sola, puede ser suficiente para evidenciar un intento de desprestigio, ya que socava la confianza en el mercado.

Por otro lado, aunque la publicidad contenga información veraz, si el lenguaje utilizado es agresivo, violento o discriminatorio, empleando insultos, burlas o sátiras que hieren susceptibilidades, se puede inferir claramente la intención de difamar o humillar al competidor. El uso de un lenguaje inapropiado, incluso en un contexto publicitario, no justifica el daño a la reputación de otra empresa.

La ley no exige probar que una empresa tenía la intención de perjudicar a otra para considerar que ha cometido un acto de competencia desleal. Basta con que su comportamiento se aparte de lo que se espera de una empresa que actúa de forma leal. En otras palabras, lo importante es lo que se hace, no lo que se piensa. Este enfoque, conocido como responsabilidad objetiva, permite sancionar conductas que perjudican la competencia, sin necesidad de indagar en la mente de cada persona. Debe existir una conducta que se ajuste a lo que se espera de un buen competidor (Trazegnies, 2001, p.49).

Sin embargo, el sarcasmo y la ironía son difíciles de probar objetivamente, porque sencillamente no existe criterio alguno realizado por Indecopi para determinarlo. Por eso, los anuncios que utilizan estos recursos suelen ser considerados como denigratorios o comparaciones indebidas, ya que no cumplen con el requisito de veracidad que exige la ley.

El requisito de pertinencia de forma es muy criticado, pues impide el uso de la ironía y el sarcasmo en la publicidad, incluso cuando se hace de manera justificada. Debido a que, nos

encontramos ante licencias que son en su esencia subjetivas. El uso justificado o injustificado de la burla, la ironía, la sátira y el sarcasmo, depende mucho de cómo lo toma la otra parte, es decir, lo que para un agente económico puede parecer una broma, para otro puede parecer una ofensa en contra de su reputación (Paredes 2024, p.43).

Por lo antes mencionado, casos como el de la Resolución 008-2023/SDC-INDECOPI, en el que se utilicen frases como “Olvoidate” serán considerados de plano como de uso injustificado porque involucran a un agente económico competidor que, por el simple hecho de que se utilice su nombre para un anuncio, sentirá que se está afectando su reputación y, por ende, denunciará. Dejando de lado, así, el análisis de la intención dolosa que pudiera haber tenido Afe Courier S.A.C al difundir los anuncios publicitarios cuestionados.

En lo personal, considero que si la Resolución 008-2023/SDC-INDECOPI se resolvía con influencia del análisis de intención dolosa, se hubiera determinado que al contener las piezas publicitarias un tono sarcástico no se podría concluir que existe un daño directo a la parte competidora, sino más bien se hubiera analizado lo que buscaba Afe Courier S.A.C con estas referencias sarcásticas e irónicas a Olva Courier. Así, por lo que logro entender, Afe buscaba tener más acogida ante público por medio de la comparación con una empresa como Olva, descartando así una intención de dañar a Olva Courier.

Ahora, para obtener un análisis completo y determinar si la publicidad genera un acto de comparación indebida o no, se necesita hacer el análisis de la necesidad. De esta manera, se puede entender si existe justificación alguna de difundir piezas publicitarias que contienen el juego de palabras: “Olvoidate”.

4.2. Análisis de la necesidad

En el ámbito del derecho estadounidense, Callman sostiene que cuando se tratan de afirmaciones verídicas, se debe llevar a cabo un análisis de necesidad (un concepto que no existe de manera explícita en nuestro sistema legal, aunque podría asemejarse a la idea de pertinencia). Este análisis implica evaluar si la mención al competidor es realmente imprescindible o si existen otras razones válidas para realizar dicha referencia. Tras este examen, se concluye que, en muy pocas ocasiones, o incluso en ninguna, será justificable recurrir a la denigración del competidor (Otamendi, 1998, p. 17).

Este segundo criterio (Análisis de Necesidad) implica que la persona acusada debe demostrar que existía una razón legítima que le permitió dirigirse a su competidor, ya sea de forma

directa o indirecta. Esto significa que, aunque se identifique una posible intención maliciosa, dicha acción podrá ser justificada si el acusado puede probar que era necesario difundir la información.

Por otro lado, es importante señalar que, si bien el análisis de necesidad propuesto se basa en la jurisprudencia estadounidense, este concepto también ha sido reconocido en la legislación española. En nuestro país, podría considerarse en cierta forma similar al análisis de pertinencia que se aplica en el marco del test de *exceptio veritatis*. Sin embargo, la diferencia fundamental entre pertinencia y necesidad radica en que, mientras la pertinencia se enfoca en el contenido y la manera en cómo se menciona a la parte competidora, la necesidad busca establecer una justificación que demuestre que era imprescindible hacer dicha referencia.

Ahora, en cuanto al problema entre Olva Courier vs. Afe Courier, se puede observar que en este caso no existía una necesidad real que justificara que Afe mencionara a su competidor directo si su objetivo era destacar el buen funcionamiento de su servicio por internet y la rapidez del servicio que se realiza en sus locales comerciales. Es evidente que esto podría haberse logrado sin hacer referencia a la competencia, o en todo caso, utilizando la publicidad comparativa, que debe basarse exclusivamente en hechos verificables.

Por tanto, el nuevo test propuesto (análisis de intención dolosa y necesidad) incluye algunos aspectos del test de la *exceptio veritatis* como la verdad y la pertinencia, con el objetivo de fortalecer los análisis relacionados con la intención dolosa y la necesidad. Sin embargo, para aplicar este test no se necesita establecer de manera previa si la publicidad es objetiva o subjetiva, a diferencia del test actual, que sí requiere esta determinación. Esto se debe a que existen opiniones encontradas sobre si la *exceptio veritatis* debe aplicarse exclusivamente a afirmaciones objetivas, es decir, verificables, o si, por el contrario, podría también aplicarse a alegaciones subjetivas, especialmente cuando se utiliza el humor como elemento que predomina.

5. CONCLUSIONES

En Conclusión, la regla de la *exceptio veritatis* tiene un propósito preventivo. Esta permite realizar una evaluación anticipada de los anuncios publicitarios antes de su lanzamiento al mercado, lo que facilita determinar si su difusión es apropiada o no. Además, los requisitos establecidos en el artículo 11.2 de la LRCD hacen que la difusión de publicidad comparativa

en Perú sea arriesgada, debido a su vaguedad, falta de precisión y carácter discrecional, lo cual genera incertidumbre jurídica en las decisiones del INDECOPI.

Finalmente, los tests propuestos integran elementos del test vigente de la exceptio veritatis (como la verdad y la pertinencia), con el fin de fortalecer los análisis sobre la intención dolosa y la necesidad. Existen enfoques contrapuestos al respecto: algunos sostienen que la exceptio veritatis solo sería aplicable a afirmaciones objetivas verificables, mientras que otros argumentan que esta prueba también podría utilizarse en afirmaciones subjetivas, especialmente cuando el componente humorístico juega un papel central. Sin embargo, para aplicar los tests sugeridos no será necesario establecer si la publicidad es de naturaleza objetiva o subjetiva, lo que sí se requiere en el test actual.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Baella, A. A., Piercechi, I. G., Pardo, R. M., Ramos, C. R., Huapaya, A. S., & Raygada, P. S. L. (2013). Competencia desleal y regulación publicitaria. En *Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI*. <https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5559>
- Boggio, P. C. (2022). La publicidad comparativa en el Derecho uruguayo y en el español, con especial referencia al carácter psicológico o emocional. *Revista de Derecho*, 21(41), 253-273. <https://doi.org/10.47274/derum/41.9>
- Huayanca Hinojosa, B. S. (2020). *ESTABLECIENDO EL LÍMITE ENTRE EL USO DEL HUMOR y LA DENIGRACIÓN EN LA PUBLICIDAD COMERCIAL [Pontificia Universidad Católica del Perú]*. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/19046/HUAYANCA_HINOJOSA_BRIANNA_SELENE.pdf?sequence=1
- Maguiña, R. Sosa, A. (2018) "El mejor del Perú": ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja usted. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual Nro. 10*.

(pp. 96, 99 - 110). Recuperado de: file:///C:/Users/HP/AppData/Local/Temp/78-Texto%20del%20artículo192-1-10-20180614-1.pdf

- Marciani, B. (2018). El lenguaje del odio y los límites a la libertad de expresión en el Estado Constitucional de Derecho. *Palestra Editores*, 221-260.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6836147>
- Otamendi, J. (1998). La Competencia desleal. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*. (p. 17). Recuperado de:
https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n3N2-October1998/032Juridica01.pdf
- Plaza, A. T. (1994). Publicidad directa y competencia desleal. *Revista Jurídica de Catalunya*, 93(3), 573-612. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=241960>
- Plaza, A. T. (1996). La publicidad comparativa. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 6, 1442-1443.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=24742>
- Paredes, C. (2024). *Informe jurídico sobre la resolución 008-2023/SDC-INDECOPI* [Informe Jurídico, Pontificia Universidad Católica del Perú].
https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/28569/PAREDES_VEGA_CESAR_ALEJANDRO.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Pazos, J. (2023). Derecho de la publicidad. Fondo Editorial de la PUCP.
- Rivas, A. M. T. (2018). Competencia desleal y publicidad encubierta: recientes desarrollos en la regulación española y de la Unión Europea. *Universidad de Vigo*, 63-93. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6623808>

- Ruiz, E. D. (1995). Competencia desleal a través de la publicidad comparativa. *Revista de Derecho Mercantil*, 215, 59-176.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=37401>
- Sosa, A. (2017). Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). *Derecho y Sociedad*, 49, 161-182.
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7792353.pdf>
- Sosa, A. (2018). Publicidad comparativa en el Perú: una especie en peligro de extinción. *Foro Jurídico*, 17, 21-46.
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/173871>
- Soto, E. M. I. (2010). Aproximación a la publicidad engañosa, desde la perspectiva de la competencia desleal y la protección al consumidor. *Ars Boni Et Aequi*, 6(1), 125-148. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3257853.pdf>
- Stucchi López Raygada, P. (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. *IUS ET VERITAS*, 17 (34), 179-200. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12317>
- Trazegnies, F. (2001). La responsabilidad extracontractual. 7 a ed. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú Fondo Editorial 2001.