

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Protección al Consumidor**

**TITULO: Publicidad en el Perú**

**Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Protección al Consumidor**

Autor: Paul Giancarlo Paredes Málaga

Asesor: Julio Baltazar Durand Carrión

Código de alumno: 20088116

2017

## RESUMEN

El presente trabajo académico busca analizar un tema en específico dentro de gran mundo de la publicidad: el principio de adecuación social. Se inicia con el análisis de la publicidad en general, características y principios del mismo (entre ellos el de Adecuación Social).

Luego, se realiza un análisis de la norma (Decreto Legislativo N° 1044) y de la línea resolutive de Indecopi, hasta la actualidad, respecto de los diversos tipos de publicidad que pueden afectar el Principio de Adecuación Social, y si esta ha venido cambiando con el pasar del tiempo.

En el transcurso de realizado el trabajo, se identifica que la norma no prohíbe la difusión de alguna frase o imagen que pudiera ser considerada discriminatoria u ofensiva; asimismo, tampoco los anuncios que presentan conductas criminales o ilegales, sino solamente los que tengan como efecto o resultado “favorecer o estimular” determinados tipos de discriminaciones u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas.

Se concluye que la actividad publicitaria trae grandes beneficios para toda la sociedad como por ejemplo, para los agentes económicos; ello en base a sus derechos constitucionales: a la libertad de expresión y a la libertad de empresa. Asimismo, la publicidad es un mecanismo de competencia, que beneficia tanto a los proveedores como a la comunidad ya que se les brinda mayor información respecto de lo ofrecido en el mercado para que los mismos puedan tomar una decisión en base a lo publicidad visualizada.

## Introducción

Uno de los principales objetivos de los agentes económicos en el mercado es el atraer la atención de los consumidores respecto de los productos y/o servicios que ofrecen; ante ello, deben de planificar diversos tipos de estrategias para hacer que los consumidores los adquieran. Una de las más principales herramientas para lograr dicho objetivo es la publicidad, con la cual los proveedores logran llegar a los consumidores ya sea informándolos respecto las características de sus productos y/o servicios, persuadiéndolos a realizar transacciones con ellos (adquirir), y por último dicha herramienta sirve como medio de competencia para con los demás proveedores (luchan por atraer la mayor demanda del mercado).

Para poder llegar a los consumidores, utilizando la publicidad como medio, no debe de afectarse ninguno de sus derechos ni alterando de alguna manera la información que se le brinda (engaño, confusión, etc). Asimismo, no se debe ir contra los principios rectores de la publicidad (Competencia Desleal).

Ante ello, las Resoluciones a analizarse tratarán de cómo los agentes económicos hacen uso de esta herramienta, la publicidad, para poder persuadir a los usuarios a adquirir sus productos o servicios; y si esta ocasiona algún perjuicio en los derechos de los consumidores y/o principios.

Durante el desarrollo de los casos, se podrá observar que dicho agente económico hace uso de su derecho a la libertad de expresión (mediante el uso de la publicidad); asimismo, su accionar se produce dentro de los límites que las empresas tienen en el marco de Competencia Desleal: uno de ellos y también analizado en los casos, es el principio de adecuación social; y otros como el principio de veracidad, etc. Adicionalmente, existen licencias publicitarias que las empresas pueden usar para poder llegar a captar la atención de los consumidores, las cuales también deben regirse a esos principios.

Finalmente, se dará a conocer la línea como la autoridad (INDECOPI) ha venido resolviendo los casos, y si éstas han seguido una línea de interpretación o si ha ido cambiando en el tiempo.

## **1. Concepto de Publicidad Comercial**

De acuerdo al artículo 59 inciso d) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Decreto Legislativo 1044), se la considera como:

*“Toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.”*

Con aquella definición podemos llegar a identificar las funciones que en un principio hemos dado a conocer: persuasión, información, y generador de mayor competencia. En sí, con esas funciones es como cualquier agente económico se desenvuelve en el mercado con el objetivo de atraer a los consumidores para realizar transacciones; con ello, lograrían satisfacer los intereses (empresariales) por los cuales realizan su actividad económica.

Como objetivo adicional o complementario tenemos el de difusión, con el cual se hacen públicos o conocidos los agentes en el mercado. Asimismo, se logra posicionar las marcas de los mismos mediante el fomento de la imagen y la notoriedad de dichos signos y también de sus productos y/o servicios

Por otro lado, como dato adicional respecto de la función de la persuasión, se encuentra dirigido hacia los sentimientos de los consumidores a los cuales se los puede llegar a convencer. Aunque a veces parezca que la publicidad no llega a influenciar, esta puede llegar a marcar o palear nuestro comportamiento respecto la adquisición de los productos y/o servicios en el mercado.

## **2. Principios**

### **a. Principio de autenticidad**

Según Anxo Tato,

*“la publicidad encubierta surge, así pues, cuando el mensaje publicitario no ha sido identificado como tal y su finalidad publicitaria tampoco es reconocible por el público de los consumidores. Podríamos hablar entonces, quizás, de la publicidad oculta o publicidad disfrazada, en la medida en que el correspondiente mensaje se presenta ante los ojos de los consumidores, bien bajo la apariencia de un mensaje informativo, bien bajo el disfraz de un mensaje de cualquier otra naturaleza. De donde se deduce que, en la hipótesis de la publicidad encubierta, existe un engaño del público en punto a la naturaleza y finalidad del correspondiente mensaje; al ignorar la naturaleza publicitaria de éste, el público podrá concluir que se encuentra ante un mensaje puramente informativo (...) o ante un mensaje justificado únicamente por criterios artísticos.”<sup>1</sup>*

Como se observa en la cita anteriormente descrita, la publicidad encubierta es el mensaje publicitario aparentemente disfrazado de un mensaje informativo o de cualquier otro tipo. Este encubrimiento es ilícito, ya que puede lograr lesionar el interés de los destinatarios y/o consumidores a conocer los verdaderos mensajes que se quieren transmitir a través de los medios de comunicación. El engaño respecto de este tipo de “publicidad” es la forma como se presenta o se informa al público, y no respecto de su contenido.

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

El artículo 16 de la LRCD<sup>2</sup> establece como obligación que deberán advertir de manera clara su naturaleza publicitaria (publirreportaje o anuncio contratado).

---

<sup>1</sup> **TATO PLAZA, Anxo.** “Product Placementy publicidad encubierta (comentario a la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso ‘soberano’)”. En: Actas de derecho Industrial XXII, 2001.

<sup>2</sup> **Artículo 16.- Actos contra el principio de autenticidad.-**

Asimismo, no prohíbe a los proveedores difundir su publicidad 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.

#### **b. Principio de legalidad**

El artículo 17 de la LRCO establece que los actos contrarios al 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”*.

Adicionalmente se agrega 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”*.

De acuerdo a la interpretación de lo referido anteriormente, se hace una indicación al incumplimiento de cualquier disposición sectorial respecto de cualquier publicidad que realicen los anunciantes de sus productos o servicios que se ofrecerán en el mercado o que ya se encuentren dentro del mismo.

#### **c. Principio de adecuación social**

El derogado Decreto Legislativo 691 introdujo al derecho de la publicidad en el Perú el denominado “principio de adecuación social”, estableciéndose que los anuncios no debían enaltecer, fomentar, apoyar o favorecer prácticas discriminatorias, ilegales, antisociales o criminales. Fundamentalmente, el supuesto referido a lo “antisocial” era problemático por lo arbitrario del análisis y por la incertidumbre que podía generar en el mercado. Finalmente, el costo de esa

---

16.1. Consiste 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 publrreportaje o un anuncio contratado.

incertidumbre podía reducir la cantidad de publicidad y con ello la cantidad de información proporcionada en beneficio de los consumidores.

Con la entrada en vigencia de la LRCD el problema fue adecuadamente subsanado. Esta norma recogía el denominado Principio de Adecuación Social. El Indecopi entendió en sus pronunciamientos que el supuesto referido a las indescifrables conductas antisociales había quedado destipificado e, incluso, que en aquellos casos en los que la imputación se hubiera producido con anterioridad pero el procedimiento continuara, por aplicación del principio de retroactividad benigna, debía declararse improcedente la imputación efectuada contra el anunciante.

Sobre dicha destipificación, Indecopi señaló que: “en vista que lo que puede entenderse como una conducta antisocial es una tarea que denota una labor de gran subjetividad, en el vigente Decreto Legislativo 1044 que regula la actividad publicitaria se ha optado por destipificar la figura de la publicidad antisocial. En efecto, el artículo 18 inciso a) del referido cuerpo normativo prevé junto a la prohibición de publicidad que induce a la realización de un conducta discriminatoria, únicamente la prohibición de aquella publicidad que induce a los consumidores a cometer en la realidad un acto ilegal, esto es, aquella que incite a los consumidores a la comisión de alguna conducta que vulnere alguna norma abierta. En ese sentido, el núcleo de la prohibición en la norma actualmente vigente ha delimitado su ámbito de aplicación a publicidad que promueve conductas ilegales, descartando aquellas expresiones publicitarias de naturaleza antisocial.

En efecto, la LRCD establece, como primer escenario de conductas contrarias al principio de adecuación social, a aquellas orientadas a “inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal a un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Como puede apreciarse, no existe referencia a lo “antisocial” en la LRCD.

Cuando todos los que, de una u otra forma, hicimos esfuerzos por enterrar el control de lo “antisocial” estábamos celebrando, se aprobó el CPDC que, en el segundo párrafo de su artículo 13, establece que: “(...) 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”.

No sólo se trata de la resurrección del control de conductas “antisociales”, sino que habilita a la autoridad a sancionar conductas “de similar índole”, sea lo que sea que es eso. Nuevamente, como en otras ocasiones, ejemplos del más deplorable ejercicio legislativo que pueden generar consecuencias nefastas en términos de seguridad jurídica. A nuestro entender, la posibilidad de sancionar conductas “antisocial” debe ser desterrada absolutamente.

¿Qué puede ser concebido como una publicidad buena o una publicidad mala? O, de forma más general, ¿qué es lo “bueno” y qué es lo “malo”? Desde nuestra perspectiva, podríamos afirmar que “la definición usual de “lo bueno” es que es algo por lo que los consumidores están dispuestos a pagar, y “lo malo” es algo por lo que los consumidores pagan para que sean removido o deben ser compensados para que lo acepten”. Entonces, los consumidores determinan qué prefieren y qué no, y ellos libremente castigan o no a aquello que no está de acuerdo con sus creencias, mediante la no adquisición del producto o servicio anunciado.

De esa forma, cuando el consumidor valora la publicidad que tiene características humorísticas o que quizá realiza algunas exageraciones para ridiculizar ciertas situaciones en aras de difundir un mensaje determinado, dicha valoración se verá expresada en su conducta frente a dicho anuncio publicitario y lo que en él se anuncia. Cuando la autoridad interviene y determina qué publicidad es buena para nosotros, nos impide realizar un juicio libre como consumidores, y nos impone su



set de creencias y pareceres. Esta conducta representa el paternalismo más aberrante que uno pueda imaginarse.

### **3. Línea resolutive de Indecopi – Casos Históricos**

#### **a. Radio Planeta y los Teletubbies**

En el año 2005, la Comisión de la Represión de la Competencia Desleal sancionó a Corporación Radial del Perú S.A.C y a Pragma de Publicidad S.A.C., por haber difundido el siguiente un anuncio publicitario<sup>3</sup>:

*“El anuncio se inicia mostrando a tres (3) muñecos de colores: anaranjado, verde y rosa, quienes saludan a la cámara para luego jugar y correr en una locación que simula un campo. A continuación, el anuncio presenta a un hombre de camiseta roja que, violentamente, se abalanza encima del muñeco de color anaranjado y lo hace caer aparatosamente al suelo.*

*Inmediatamente, el anuncio continúa mostrando al muñeco de color rosa escondido detrás de un poste. Luego, el referido muñeco corre atemorizado intentando escapar del hombre de camiseta roja que, de pronto, aparece en la escena y violentamente se le abalanza, haciéndolo caer al suelo. Una vez que el muñeco de color rosa se encuentra doblegado en el suelo, el hombre de camiseta roja le propina cinco (5) golpes de puño y una patada, mientras que los otros dos (2) muñecos intentan escapar en un triciclo. A continuación, el hombre de camiseta roja, al ver que el muñeco de color anaranjado y el muñeco de color verde intentan escapar, logra tomarlos por la espalda y, con violencia, consigue que las cabezas de los mencionados muñecos se golpeen mutuamente, haciéndolos caer al piso.*

---

<sup>3</sup> Resolución N° 152-2005/CCD-INDECOPI del 12 de diciembre de 2005

*Inmediatamente, mientras la locución en off señala: “ya viste lo que querías, ahora escúchalo en planeta ciento siete punto siete, lo último de la música en tu oreja”, se aprecia el logotipo de la emisora “Radio planeta 107.7”.*

*El anuncio, en su escena final, muestra a los muñecos echados en el piso y en el momento en que el muñeco de color verde intenta levantarse, aparece nuevamente el hombre de camiseta roja, quien se abalanza sobre dicho muñeco y lo hace caer al suelo.”*

La alegación que Corporación Radial dio a conocer en su momento fue la idea de que dicha campaña publicitaria tenía por objeto presentar una realidad que todos los jóvenes experimentarían en algún momento: desvincularse de una edad infantil e ingresar a una edad adulta. Así,

*“Parte de dicha desvinculación se hace concreta cuando dichos jóvenes quieren dejar de ser niños para comportarse y sentirse como adultos jóvenes, manifestándose actos que consisten en “rechazar las cosas que les pueden haber gustado en algún momento. Así como en una etapa anterior pueden haber rechazado todo lo que tuviera que ver con pañales y chupón, en esta edad quieren rechazar todo lo que tenga que ver con juguetes, algún tipo de ropa en particular, y hasta algunos programas de TV o películas. Este tipo de comportamiento es natural y simplemente demuestra un cambio de etapa y una evolución a otros gustos y preferencias.”<sup>4</sup>*

Por su parte, Pragma indicó que el anuncio publicitario en mención fue una forma de ofrecer un servicio con el siguiente argumento:

*“Mostrando, vía la exageración publicitaria, que el producto promocionado puede satisfacer las expectativas de la juventud.”<sup>5</sup>*

---

<sup>4</sup> *Ibídem*

<sup>5</sup> *Ibídem*

Ante lo acontecido, la Comisión se pronunció de la siguiente manera:

*“El anuncio materia de imputación, al mostrar actividades extremadamente violentas por parte del hombre de camiseta roja, protagonista del anuncio, es capaz de inducir a los consumidores a que desarrollen actitudes agresivas frente a personas, circunstancias, escenarios o situaciones con las que pueden no encontrarse de acuerdo o que pueden no desear o tolerar, sea por la razón que fuere, aunque ésta fuera legítima. Asimismo, esta posible inducción se verá aumentada mediante la exhibición de las imágenes violentas que presenta el anuncio cuestionado, acompañadas de la frase “Ya viste lo que querías (...)”<sup>6</sup>*

Adicionalmente,

*“Enaltece y elogia la actitud considerablemente intolerante y violenta que desarrolla el protagonista del mismo, dado que la frase “Ya viste lo que querías (...)”, implica sugerir aceptación y reconocer, de algún modo, la existencia de una valoración positiva sobre el desarrollo de una actitud agresiva frente a personas, circunstancias, escenarios o situaciones con las que una persona puede no encontrarse de ésta fuera legítima. En este punto, se debe precisar que la presentación de personajes de fantasía como sujetos pasivos de la descarga de violencia del protagonista del anuncio, en nada atenúa el efecto de inducción y enaltecimiento a la conducta violenta que presenta el anuncio denunciado, por cuanto dichos personajes de fantasía representan a seres humanizados.”<sup>7</sup>*

En dicho año (2005) regía el artículo 3 del Decreto Legislativo 691, referente a las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. Dicho artículo hacía mención a que:

---

<sup>6</sup> Ibídem

<sup>7</sup> Ibídem

*“Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes. Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades.”*

En ese sentido, la Comisión no veía conveniente que se utilicen escenas extremadamente violentas, que pueden inducir o enaltecer conductas antisociales, con la pretendida finalidad de promocionar un servicio; o, con la pretendida finalidad de sugerir a los jóvenes, como público objetivo, que los bienes o servicios ofrecidos en la publicidad satisfacen sus requerimientos por encontrarse a distancia de las preferencias de su pasado infantil.

Y a pesar de los recursos humorísticos (dentro de las libertades que los anunciantes poseen) contenidos en la publicidad, la Comisión resolvió que se había violado el artículo mencionado.

Como se puede observar, rigiéndose en ese momento por el DL 691 la Comisión opta por sancionar a las denunciadas por el uso de escenas demasiado violentas con el objetivo de promocionar el servicio que se estaba ofreciendo por los anunciantes. Entonces, como se ha venido describiendo, el supuesto referido a lo “antisocial” o “de mal gusto o no” era definido por la misma autoridad; hecho con el cual no nos encontramos de acuerdo ya que cuando la autoridad interviene y determina qué publicidad es buena para nosotros, nos impide realizar un juicio libre como consumidores, y nos impone sus creencias.

#### **b. Sprite y los eructos**

En el año 2007 se hizo conocida una campaña de promoción de la bebida gaseosa Sprite que se titulaba “Las Cosas Como Son”. Con la siguiente descripción:

*“El anuncio se inicia mostrando a un hombre tomando una bebida gaseosa. Luego se escucha la voz de un locutor en off, el cual señala: “Hey Tú, ‘Sprite’ tiene algo que decirte. Nadie hace ahhh después de tomar”. Enseguida se muestra en pantalla sobre fondo de color verde y en letras de color blanco, el texto: “Nadie hace ahhh después de tomar”<sup>8</sup>*

En una segunda escena se observa a una familia en el campo, cerca de un lago, y se aprecia que un menor de edad, luego de tomar la bebida gaseosa “Sprite” eructa. Seguido, también eructa quien sería el padre del menor. A continuación eructa un sapo. Luego, se muestra eructando a un conferencista, a un presentador de televisión, a un pianista y a comensales en un restaurante. *El locutor en off indica: “Nos quieren hacer creer eso, pero lo que sale naturalmente después de tomarse un buen sorbo es el sólido y mal visto eructo”<sup>9</sup>*

Posteriormente, se muestra un vestidor donde se ven jugadores sentados, uno de los cuales toma la bebida gaseosa “Sprite”, eructando en repetidas ocasiones, imitando los sonidos de las letras del abecedario, mientras éstas se muestran en pantalla. Enseguida, *se muestra en pantalla sobre fondo de color verde y en letras de color blanco, el texto: “Las cosas como son”, el cual aparece al costado de una botella de la bebida gaseosa “Sprite”. Al mismo tiempo, el locutor en off indica: “Así que por qué conformarte con simple ahhh teniendo la posibilidad de todo un abecedario. ‘Sprite’, las cosas como son.”<sup>10</sup>*

En este caso, la Comisión estableció lo siguiente:

---

<sup>8</sup> Resolución N° 075- 2007/CCD-INDECOPI del 25 de abril de 2007

<sup>9</sup> *Ibíd*em

<sup>10</sup> *Ibíd*em

*“Independientemente de que ciertas reacciones naturales del cuerpo humano existan en la realidad, tal como es el caso de los eructos, ello no implica que la emisión de estos se presente de una manera contraria a los usos socialmente adecuados. Debe quedar claro que la acción de emitir eructos no es por sí misma antisocial, al ser una emisión natural del cuerpo humano, lo antisocial depende de la manera en que dicha emisión se presenta, al darse por ejemplo sin respeto a los demás y sin importar el contexto en el que uno se encuentre. Emitir eructos de esta manera es una conducta reprobada por la sociedad peruana. El eructo abierto en nuestra sociedad, es considerado un uso o costumbre social inadecuada y que merece en la práctica diaria su corrección por los miembros de la sociedad, por ser una mala costumbre. Es por ello que ésta es una conducta reprobable y digna de ser corregida, en todos los sectores de nuestra sociedad - considérese por ejemplo a un colegial eructando abierta y repetidamente en su aula de clase - por ser de efecto antisocial (el subrayado es nuestro).”*<sup>11</sup>

En ese sentido, la Comisión interpretó que dicho anuncio era capaz de estimular, especialmente, sobre los menores de edad, la realización de conductas contrarias a las buenas costumbres y, en consecuencia, antisociales, tal como es el caso de emitir eructos sin importar el momento o el lugar en que una persona se encuentre, mostrándolas como un comportamiento válido y aceptable, cuando los usos sociales no consideran dichas conductas como adecuadas.<sup>12</sup>

En conclusión, la Comisión estableció que el anuncio denunciado muestra a personas - incluido a un menor- realizando eructos sin importar el momento o el lugar en que dichas personas se encuentran, como es el caso de miembros de una familia, un conferencista, un presentador de televisión y comensales en un restaurante, entre otros, la Comisión considera que dicho anuncio es capaz de

---

<sup>11</sup> *Ibíd*em

<sup>12</sup> *Ibíd*em

*estimular o promover dichas conductas, al presentarlas como normales e incluso humorísticas. Dicho estímulo se configuraría al incitar a los destinatarios de la publicidad, entre los que se encuentran los menores, a emitir eructos sin importar la situación en la que se encuentren, cuando ello no se considera aceptable en nuestro contexto social.*<sup>13</sup>

En ese entonces, hubo dos vocales que emitieron un voto en discordia, indicando que el anuncio muestra, a través de una manera humorística y fantasiosa, una situación que forma parte de la vida cotidiana, como es la acción de eructar. Aseveración con la cual nos encontramos de acuerdo, ya que los anunciantes hacen uso de su libertad de expresión empresarial.

Adicionalmente, los vocales sostuvieron que no le correspondería a la Comisión enjuiciar aquello que los consumidores se encuentran en posibilidad de aceptar o rechazar en el mercado, aún si el anuncio cuestionado fuera considerado de mal gusto, conforme a sus juicios particulares y a través de sus propias decisiones de consumo. Ante ello, acotamos que la forma más adecuada de saber si una difusión de una publicidad pueda ser aceptada es mediante el consumo del público o no, teniendo en cuenta cómo es que los consumidores puedan ver el anuncio difundido y no lo que los administrados logran interpretar por el público en general.

Consecuentemente, es el propio mercado el que, ante publicidad considerada de mal gusto, debe expresar posiciones de apoyo o desaprobación, puesto que delinear el gusto o las opiniones divergentes a las que el Estado mantiene, podría ser limitante de la denominada “libertad comercial”<sup>14</sup>.

Finalmente, los vocales acotaron que *“el mensaje planteado en la publicidad cuestionada busca mostrar de manera humorística situaciones de la vida cotidiana*

---

<sup>13</sup> *Ibíd*em

<sup>14</sup> **PRIETO ROJAS, César Alexis.** Tesis: Cuestionando las cláusulas de moralidad en el derecho peruano: especiales consideraciones en torno al derecho de marcas y el derecho de la publicidad. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho.

*que usualmente son reservadas o encubiertas por los miembros de la sociedad — como es la acción de eructar— pero que no permiten considerar la posibilidad de que inciten a los destinatarios de dicha publicidad a emitir eructos, sin importar la situación en la que se encuentren.*”<sup>15</sup>

Luego de la impugnación de la resolución de primera instancia, el 26 de noviembre de 2007<sup>16</sup>, la Sala de Defensa de la Competencia revocó la decisión precedente, sobre la base de los siguientes fundamentos:

- La Sala partió del hecho de que la legislación entonces vigente — Decreto Legislativo 691—, no consistía en evitar que los destinatarios de los anuncios recibieran imágenes que pudieran ser consideradas como antisociales, ilegales o criminales, pues ello supondría una fuerte restricción a la libertad de expresión de los anunciantes. Vale decir, la difusión de imágenes o expresiones, per se, no era lo que se prohibía, sino el mensaje que podrían recibir los destinatarios del anuncio.

Como consecuencia, dicha autoridad estableció que lo que importaba para calificar a un anuncio como contrario a las cláusulas de moralidad era el análisis del propósito del mensaje y no si éste contenía pasajes que mostraran imágenes o expresiones antisociales, ilegales o criminales.

A partir de ello, la Sala justificó tal diferencia, pues un anuncio publicitario que mostrara *“una escena de un acto ilegal como el no respetar las señales de un semáforo, o un acto criminal o el asesinar una persona, podría ser considerado ilícito, aun cual el mensaje central del anuncio sea precisamente el opuesto, es decir, mostrar estas conductas como reprochables.*”<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> Resolución N° 075- 2007/CCD-INDECOPI del 25 de abril de 2007

<sup>16</sup> Resolución N° 2346-2007/TDC-INDECOPI del 26 de noviembre de 2007

<sup>17</sup> *Ibíd*em



La Sala fija un límite entre lo que puede ser sancionado legalmente o, situación muy diferente, y aquello que puede ser sancionado socialmente:

*“Al definir el contenido de lo que puede entenderse como una conducta antisocial, la Comisión y la Sala también deben cuidar que mediante este concepto no se pretenda supervisar o dictar pautas sobre el buen o mal gusto de los anuncios publicitarios. Así, la Sala ha señalado también que: “la ley no limita la difusión de mensajes publicitarios que podrían considerarse de mal gusto. La ley ha preferido que sea el mercado el que determine si ese tipo de expresiones deben o no continuar transmitiéndose. Sostener lo contrario —esto es, que es el rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables o adecuados, sancionando aquellos anuncios que difundan mensajes distintos— equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo (en este caso, de aquellas personas que integran los órganos funcionales del INDECOPI) sobre el gusto o las opiniones de otros grupos de individuos que perfectamente pudiesen ser divergentes.*

*Por tanto, objetivos como el de proteger el buen gusto o regular los buenos modales deben ser perseguidos por los propios particulares mediante actividades de autocontrol, mas no por el Estado en ejercicio de la potestad sancionadora encomendada para evaluar la licitud de los anuncios publicitarios [...]”. (el subrayado es nuestro)*

De acuerdo a lo verificado, la línea argumentativa de cómo el Indecopi se encontraba emitiendo sus decisiones estaba cambiando de una perspectiva en la que la autoridad, con la potestad sancionadora, podía identificar e imponer que anuncio iba a ser “antisocial” o de “mal gusto o no” hacia la idea en la que son los mismos particulares los que deberían juzgar la publicidad o anuncio que particularmente tenga algún acto (los eructos) que puedan ser discutidos si pueden ser perseguidos por el Estado.

### c. El lúpulo y el mal gusto

Descripción del anuncio:

*“El anuncio se inicia mostrando a Miguel Barraza que anuncia un casting para encontrar el “lúpulo” de la cerveza Brahma. A continuación aparecen las escenas del referido casting, presentándose el primer “lúpulo”, representado por una persona disfrazada de “lúpulo”, siendo descartado al no “pasar” por ser “muy amargo”. Luego aparece, el segundo lúpulo, representado por una persona disfrazada de este ingrediente, el cual es descartado por no tener “swing ni saoco” por lo cual no podría “pasar.*

*Posteriormente, aparece el tercer “lúpulo”, ante el cual el jurado se sorprende luego de que dicho “lúpulo” saluda y baila con características afeminadas, ante lo cual un miembro del jurado pregunta “¿este es lúpulo o es brócoli?” respondiéndole otro jurado “este pasa, pero ni se siente”, siendo posteriormente eliminado.*

*En la siguiente escena, el cuarto “lúpulo” ingresa generando inmediata empatía con el jurado, haciéndoles bromas, pidiendo música al levantar un brazo y exclamar “póngase una salsa” y con el otro “chicas, que vengan mis cebaditas” apareciendo en escena dos mujeres vistiendo bikinis dorados y espigas de trigo en el cabello.*

*Luego de la explicación promocional sobre el contenido de la cerveza, la escena se traslada a una playa donde se observa a un grupo de varones y mujeres brindando y tomando la cerveza “Brahma”. El anuncio finaliza con los tres jurados, las dos mujeres disfrazadas de cebaditas y el conocido artista al que se hizo mención al inicio del anuncio, quien señala: “caballero, pasa mejor”.<sup>18</sup>*

---

<sup>18</sup> Descripción del anuncio en la Resolución N° 198-2008/CCD-INDECOPI del 10 de diciembre de 2008

Ante ello, Demus denunció, pues consideraba que Ambev había difundido un anuncio audiovisual de la cerveza denominada “Brahma” que tendría:

- Un mensaje homofóbico debido a que discriminaría y desvalorizaría a un varón que es presentado con rasgos que se caracterizarían socialmente como femeninos, llamándolo “brócoli”.
- Subordinación de dos mujeres, en la medida que mientras el personaje “lúpulo” es representado con un chaleco en forma de piña, las mujeres representan a las “cebaditas” vestidas con bikini, lo cual no se relacionaría con la cebada, por lo cual se mostraría a la mujer como un objeto de atracción para el varón, atentando contra la imagen de la mujer y su dignidad.

Finalmente, la Comisión (siguiendo la línea argumentativa que el caso anterior – Eructos de Sprite) mencionó que no había ningún tipo de infracción a las normas que regulan la publicidad, pues la publicidad se desarrollaba en un contexto humorístico y fantasioso. Adicionalmente, no se apreciaron elementos que permitan verificar que el citado anuncio promueva de manera objetiva la realización de alguna conducta ofensiva o discriminatoria que atente contra la dignidad de las mujeres o de los homosexuales. En tal sentido, el anuncio investigado no transmite un mensaje capaz de favorecer o estimular, en la realidad, conductas ofensivas o discriminatorias en contra de la mujer u homosexuales, ni mucho menos que afecten su dignidad como personas. Se debe tener en cuenta de que el anunciante tiene derecho a emplear los recursos publicitarios que crea pertinentes para promocionar los bienes o servicios que ofrece en el mercado, en la medida que los mismos no constituyan conductas sancionables.

En conclusión, verificamos que publicado el Decreto Legislativo N° 1044, la línea de argumentación de Indecopi sigue su rumbo adicionando que toda conducta sancionable por dicha norma debe comprobarse que el mensaje publicitario emitido por el anuncio cuestionado debe de verificarse en la realidad (objetivo) si es

reproducido por los consumidores (si los persuaden a realizar cualquier tipo de acto sancionable).

**d. El Bocón no se calla nada**

De fecha 03 de septiembre de 2010, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social informó a la Secretaria Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la Secretaria Técnica) de una presunta infracción al Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal – detectada en un anuncio o spot televisivo que promocionaba la venta del diario “El Bocón”, en la medida en que podría vulnerar los derechos de las niñas, niños y adolescentes (Oficio 401-2010/MINDES-DVMM).

Contenido del anuncio (parte de una campaña publicitaria) materia de cuestionamiento (denominado “Relanzamiento”):

Se ve a una persona de espaldas, sentada en una banca hojeando un periódico frente a un campo deportivo y de repente corre hacia él un niño produciéndose el siguiente diálogo:

- PAPÁ... VISTE MI GOLAZO?
- SÍ, SÍ, SÍ LO VI, HORRIBLE TU GOL HIJO, LO PEOR QUE HE VISTO EN TODA MI VIDA YO NO SÉ CÓMO ENTRÓ LA PELOTA, PORQUE LE PEGASTE CON LA CANILLA ADEMÁS ESTABAS EN OUTSIDE. ¿QUÉ CREES, QUE NO TE HE VISTO? ¿SABES QUÉ HIJITO?, YO CREO QUE LO TUYO... LO TUYO ES EL AJEDREZ. VAMOS!

A continuación el locutor emite el siguiente mensaje en off:

- LOS PERIODISTAS DE EL BOCÓN NO NOS CALLAMOS NADA. EL BOCÓN AHORA CON UNA NUEVA IMAGEN, 24 PÁGINAS, EDICIONES REGIONALES, Harto Fútbol y todos los

DEPORTES QUE TE APASIONAN. EL BOCÓN NO TIENE  
LECTORES, TIENE HINCHAS!

Acto seguido, el mismo niño sale corriendo alegremente en el campo deportivo hacia el padre:

- GOOOOOLLL!
- EL PAPÁ HACE UN AMUECA Y SEÑALES DANDO A ENTENDER QUE EL GOL ESTUVO “MÁS O MENOS”.

En dicha fecha, la Secretaria Técnica de la Comisión, mediante expediente 141-2010/CCD, imputó a Empresa Periodística Nacional (Erensa) la presunta infracción al principio de adecuación social bajo el supuesto previsto en el inciso a) del artículo 18 del DL 1044, el cual prohíbe la difusión de publicidad que induzca a los consumidores a la realización de un acto ilegal<sup>19</sup>. En el sentido de que el anuncio televisivo a través del cual Erensa promocionaba la venta del diario “El Bocón” mostraría como positivo el maltrato de un niño por parte de su propio padre, siendo capaz de inducir a la realización de trato cruel o degradante hacia los menores, transgrediendo su derecho a la integridad moral, psíquica y física, en contravención del artículo 4 de la Ley 27337 – Código de los Niños y adolescentes<sup>20</sup>.

Con fecha 20 de septiembre de 2010, Erensa presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

---

<sup>19</sup> **Decreto Legislativo 1044 – Represión de la Competencia Desleal**

**Artículo 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; (...)

<sup>20</sup> **Código de los Niños y Adolescentes - Ley 27337**

**Artículo 4°.-** A su integridad personal.- El niño y el adolescente tienen derecho a que se respete su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a tortura, ni a trato cruel o degradante. Se consideran formas extremas que afectan su integridad personal, el trabajo forzado y la explotación económica, así como el reclutamiento forzado, la prostitución, la trata, la venta y el tráfico de niños y adolescentes y todas las demás formas de explotación.

- i. El anuncio no era capaz de inducir al público a tener un trato cruel o degradante hacia los menores, ni mostraba como algo positivo el maltrato de un niño por parte de su padre, pues solo buscaba destacar las cualidades del diario deportivo “El Bocón” con la finalidad de persuadir su adquisición por parte de los consumidores.
- ii. El personaje del periodista “Juan Martinez”, que representaba a un padre estricto que desaprueba el gol anotado por su hijo de manera irregular busca transmitir al televidente la idea de que los periodistas del diario “El Bocón” son imparciales y dicen la verdad sin tapujos.
- iii. El anuncio materia de imputación no era capaz de inducir o persuadir a sus destinatarios a cometer un acto ilegal, pues el solo hecho de mostrar la imagen de un padre siendo crítico con su hijo respecto de la forma como juega fútbol no puede significar que los padres se vean automáticamente influenciados a tener un trato similar con sus hijos. Además, si bien se podría estar en desacuerdo con la forma en que el padre trata a su hijo, su actitud es únicamente la de un padre estricto, sin que califique como un trato que de replicarse hipotéticamente en la realidad sea cruel o denigrante, es decir, ilegal conforme el artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes.
- iv. La publicidad cuestionada formaba parte de una campaña publicitaria la cual debía ser analizada considerando todos los elementos que la conforman<sup>21</sup>. Dicha campaña publicitaria estuvo compuesta por una serie de anuncios televisivos, radiales, además de publicidad estática, donde se

---

<sup>21</sup> La estrategia publicitaria televisiva se materializó en dos anuncios: i) el primero, que corresponde al anuncio materia de cuestionamiento en el presente procedimiento; y ii) un segundo anuncio que muestra a los mismos personajes del anuncio imputado, pero en el cual los roles se invierten, pues el niño asume una actitud crítica frente a la columna periodística escrita por su parte, el personaje “Juan Martinez”.

Asimismo, la pauta televisiva se vio complementada por una campaña radial en la que muestra al mismo personaje de “Juan Martinez” en diversas situaciones de su vida, destacándose, nuevamente, su incapacidad de callar sus opiniones.

En dicha pauta radial se muestra al personaje cuando niño, mostrándose que dice la verdad sin medias tintas (Niños, ¿quién le puso goma al cabello de Anita? Yo profesora, pero no es goma, es chicle). También se recrea a “Juan Martinez” como empleado (Martinez, ¿dónde es la reunión? Jefe, ¿va a entrar con ese terno huachafazo?) y como esposo (Amor, ya me cambié, ¿te gusta mi vestido? Si mi amor, ¡pero lo que tienes que cambiar es tu cuerpo!).

presentaba como protagonista al personaje “Juan Martinez”, que se caracteriza por no tener reparos en decir la verdad.

- v. La publicidad imputada se difundió en ejercicio de la libertad de expresión empresarial con la que cuentan los anunciantes y sin contravenir ningún límite legal. La propia Exposición de Motivos del DL 1044 reconoce que la publicidad forma parte del derecho a la libre expresión empresarial, debiendo ser el mercado, los consumidores o las organizaciones civiles, más no una autoridad gubernamental, los que manifiestan a los anunciantes sus reticencias respecto de determinadas expresiones publicitarias que consideren de mal gusto.

Con fecha 04 de noviembre de 2010, la imputada reiteró los argumentos expuestos en sus descargos y añadió que la caracterización del personaje “Juan Martinez” se enmarcaba dentro de las licencias publicitarias reconocidas por el artículo 20 del DL 1044, dado que recurría a una exageración jocosa que habría sido utilizada con la finalidad de demostrar al público consumidor la imparcialidad y objetividad de la información que el diario “El Bocón” ofrece. Debido a ello, a criterio de Epena el comportamiento del personaje no podía ser tomado en serio como ejemplo a seguir por el público consumidor.

Con fecha 05 de enero de 2011, la Comisión ordenó a su Secretaría Técnica integrar a Causa Media S.A.C., a la relación procesal, por ser la supuesta agencia publicitaria encargada de elaborar el anuncio imputado. En cumplimiento de dicho mandato, mediante Resolución del 12 de enero 2011 la Secretaría Técnica integró a la relación procesal a Causamedia, imputándole la misma infracción.

Con fecha 12 de enero del 2011, emitida bajo el expediente 002-2011/CCD la Secretaría imputó a ambas empresas la presunta infracción al principio de adecuación social por la difusión del mismo anuncio televisivo. Asimismo, se dispuso la acumulación del expediente 002-2011/CCD al expediente 141-2010/CCD.

Con fecha 15 de julio de 2011, mediante Resolución 102-2011/CCD-INDECOPI, la Comisión declaró improcedente la imputación hecha de oficio contra Causamedia, considerando que carecía de legitimidad para obrar pasiva. Asimismo, declaró fundadas las dos imputaciones hechas de oficio contra Epena por infracción al principio de adecuación social, en la medida en que consideró que el anuncio cuestionado era capaz de inducir a algunos de sus receptores al trato cruel y degradante hacia los menores, violando lo dispuesto en el artículo 4 del Código de los Niños y Adolescentes; y además, era capaz de inducir a cometer actos de ofensa a los menores, en la medida que se muestra como positivo el maltrato explícito de un padre hacia su hijo. Adicionalmente, en calidad de medida correctiva, la Comisión ordenó el cese definitivo e inmediato de la difusión del anuncio. Además, sancionó a Epena con la multa de 12 UIT.

En segunda instancia, Sala de Defensa de la Competencia N° 1 emitió el 15 de agosto de 2012, la Resolución N° 1857-2012/SC1-INDECOPI, mediante la cual ordenó revocar la resolución de primera instancia.

La Sala de Defensa de la Competencia N°1 retomó los criterios consagrados en el caso Sprite y realizó un análisis riguroso del caso, a diferencia de la primera instancia que no justificó la supuesta infracción al principio de adecuación social.

En efecto, la Sala clarificó que el principio de adecuación social debe ser entendido dentro de un plano de consecuencias reales y no simplemente por la creencia de que se producen dichas consecuencias:

*“Como se aprecia, la conducta reprimida por el tipo previsto en el literal a) del artículo 18 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal no radica en la sola exposición de imágenes u otras formas de presentación que evoquen una presunta conducta ilegal contra la integridad de un menor. Por el contrario, el vigente sistema legal de protección del menor en publicidad lo que cuestiona y sanciona es aquel escenario específico en que la publicidad provoca la reproducción en la realidad de una conducta que*



*viola la integridad psíquica de un menor, es decir, que induce efectivamente a su realización.*

*En esa línea, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1044 también se encarga de precisar que, a diferencia del derogado Decreto Legislativo 691, el vigente régimen de aplicación de prohibiciones a la publicidad antisocial elimina cualquier alusión a la posibilidad de que se pueda sancionar aquellas publicidades en que se muestre como algo tolerable una conducta contraria a un menor, enfatizando que el aparato administrativo represivo se pondrá en marcha solo en caso exista una prueba clara de que el anuncio motiva que los consumidores alteren su comportamiento y adopten una conducta contraria a los menores en la realidad.”*

Coincidimos en su totalidad con la interpretación de la Sala,

*“En ese sentido, tal como se ha señalado en reiterada jurisprudencia de la Sala que ha analizado anuncios publicitarios presuntamente contrarios al principio de legalidad, solo será ilícito un anuncio publicitario cuando transmita un mensaje que objetivamente induzca a los destinatarios a cometer o reproducir en la vida cotidiana una práctica ilegal, es decir, una conducta que se encuentre expresamente proscrita por el ordenamiento jurídico. Lo cual, en el presente caso, consistiría en que luego de visualizar la publicidad el consumidor adopte la decisión de llevar a cabo la misma conducta que se le expone en el anuncio.*

*Por ello, aun cuando dentro de una pieza publicitaria aparezcan imágenes o secuencias que sean de naturaleza ilegal contra la integridad de un menor y que se muestren como tolerables y no reprochables, ello no será suficiente para sancionar, debido a que la autoridad administrativa debe verificar si es que los consumidores expuestos a dicho mensaje publicitario efectivamente pueden verse persuadidos a reproducir esta conducta en la*

*realidad. En caso contrario, si dichas secuencias o imágenes han sido tan solo dispuestas como recursos publicitarios con la finalidad de transmitir un mensaje publicitario que no tiene la capacidad de inducir a cometer comportamientos ilegales, no se podrá considerar la publicidad como sancionable.*

En este sentido, la Sala en anteriores pronunciamientos ha precisado que *“la ley no prohíbe la difusión de cualquier frase o imagen que pudiese ser considerada discriminatoria u ofensiva -de la misma manera que no prohíbe anuncios que presenten conductas antisociales, criminales o ilegales-, sino sólo de aquéllas que tengan como efecto o resultado “favorecer o estimular” determinados tipos de discriminaciones u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas”*.<sup>22</sup>

Es por todo lo descrito en cada una de los casos analizados, que coincidimos con lo indicado por Rodríguez y Sosa<sup>23</sup>, éste principio (Adecuación Social) fue introducido por el derogado Decreto Legislativo 691<sup>24</sup>, el cual establecía que los anuncios no debían enaltecer, fomentar, apoyar o favorecer prácticas discriminatorias, ilegales, antisociales criminales. El supuesto referido a lo antisocial era el punto de quiebre, ya que el análisis del mismo podría ser arbitrario y generar incertidumbre en el mercado (inseguridad jurídica), los cuales llegarían a reducir la cantidad de publicidad y con ello la cantidad de información proporcionada a los consumidores.

Afortunadamente dicho problema fue solucionado con la entrada en vigencia de la Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto legislativo N° 1044.

Al respecto, Indecopi se ha pronunciado señalando lo siguiente:

---

<sup>22</sup> Resolución No. 1800-2008/TDC-INDECOPI del 4 de septiembre de 2008

<sup>23</sup> Rodríguez García, Gustavo y Sosa Huapaya, Alex. Con licencia para anunciar: un tratado del derecho publicitario en el Perú, Lima, Asociación Civil Themis, 2014, pág. 131.

<sup>24</sup> Decreto Legislativo N° 691 (derogado)

Artículo 3.-

(...)

Ningún anuncio debe favorecer estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa.

*“En vista de lo que puede entenderse como una conducta antisocial es una tarea que denota una labor de gran subjetividad, en el vigente Decreto Legislativo 1044 que regula la actividad publicitaria se ha optado por destipificar la figura de la publicidad antisocial. En efecto el artículo 18 inciso a) del referido cuerpo normativo prevé junto a la prohibición de publicidad que induce a la realización de una conducta discriminatoria, únicamente la prohibición de aquella publicidad que induce a los consumidores a cometer en la realidad un acto ilegal, esto es, aquella que incite a los consumidores a la comisión de alguna conducta que vulnere alguna norma abierta (el ordenamiento jurídico). En este sentido, el núcleo de la prohibición en la norma actualmente vigente ha delimitado su ámbito de aplicación a la publicidad que promueve conductas ilegales, descartando aquellas expresiones publicitarias de naturaleza antisocial”.*<sup>25</sup>

De lo citado, la LRCD se encargó de objetivizar éste principio de tal modo que no solo se destipificó el concepto de “publicidad o conductas antisociales” por las arbitrariedades que estas podrán contener en su interpretación, sino que además esclareció que la publicidad reprimible induzca a sus destinatarios a la reproducción de una conducta ilegal o discriminatoria.

Siguiendo con mayor jurisprudencia, la Sala ha señalado en varias ocasiones:

*“Sólo será ilícito un anuncio publicitario cuando transmita un mensaje que objetivamente induzca a los destinatarios a cometer o reproducir en la vida cotidiana una práctica ilegal, es decir, una conducta que se encuentre expresamente proscrita por el ordenamiento jurídico. Lo cual, en el presente caso, consistiría en que luego de visualizar la publicidad el consumidor adopte la decisión de llevar a cabo la misma conducta que se le expone en el anuncio.”*

---

<sup>25</sup> Resolución No. 1800-2008/TDC-INDECOPI del 4 de septiembre de 2008

Ello implica que aun cuando dentro de una pieza publicitaria aparezcan imágenes o secuencias que sean de naturaleza ilegal, ello no será suficiente para sancionar, debido a que la autoridad administrativa debe verificar si es que los consumidores expuestos a dicho mensaje publicitario efectivamente pueden verse persuadidos a reproducir esta conducta en la realidad. En cambio, si la publicidad tiene como finalidad transmitir un mensaje publicitario que no tiene la capacidad de inducir a cometer actos ilegales, no se podrá sancionar dicha publicidad.

Como finalidad:

*“(…) debe precisarse que lo que la normativa pretende hacer es reprimir la inducción a cometer una ilegalidad, no siendo suficiente que se exhiba una conducta ilegal en el anuncio publicitario”.<sup>26</sup>*

Respecto a los diversos pronunciamientos realizados por la autoridad (Indecopi), en los casos analizados se observa que la línea argumentativa sobre los cuales se basaban para emitir sus fallos ha venido mutando con el pasar del tiempo y con las emisiones de nuevas normas o modificaciones de las mismas.

Recapitulando, en el caso de Radio Planeta y los Teletubbies la Comisión se pronunció negando a utilizar escenas extremadamente violentas, que pueden inducir o enaltecer conductas antisociales, con la pretendida finalidad de promocionar un servicio. Asimismo, a pesar de los recursos humorísticos (dentro de las libertades que los anunciantes poseen) contenidos en la publicidad, la autoridad resolvió que existía una infracción. En ese entonces se regía por el DL 691, y la Comisión optó por sancionar a las denunciadas por el uso de escenas demasiado violentas. La figura de “antisocial” o “de mal gusto o no” era definido por la misma autoridad.

En el caso de Sprite y los eructos, la línea argumentativa de Indecopi va cambiando hacia la idea en la que son los mismos particulares los que deberían juzgar la publicidad o anuncio que particularmente tenga algún acto (los eructos) “antisocial”. La Sala fijaba un límite

---

<sup>26</sup> Resoluciones No. 1800-2008/TDC-INDECOPI, 0079-2009/SC1-INDECOPI, 1557-2008/IDC-INDECOPI, 1736-2008/TDC-INDECOPI.

entre lo que puede ser sancionado legalmente o aquello que puede ser sancionado socialmente. La Comisión y la Sala deben cuidar que no se pretenda supervisar o dictar pautas sobre el buen o mal gusto de los anuncios publicitarios.

Respecto del caso el lúpulo y el mal gusto, la Comisión se pronunció indicando que no había ningún tipo de infracción a las normas que regulan la publicidad, pues la publicidad se desarrollaba en un contexto humorístico y fantasioso. Adicionalmente, no se apreciaron elementos que permitan verificar que el citado anuncio promueva de manera objetiva la realización de alguna conducta ofensiva o discriminatoria que atente contra la dignidad de las mujeres o de los homosexuales. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que el anunciante tiene derecho a emplear los recursos publicitarios que crea pertinentes para promocionar sus bienes o servicios. Como se advierte, la autoridad analiza las diversas herramientas que utilizan los proveedores o anunciantes y también constatan en la realidad si los consumidores son incentivados a realizar una conducta ilícita.

Por último, en el caso “El Bocón no se calla nada” se regía por la Ley de Represión de Competencia Desleal, la cual se encargó de objetivizar éste principio de tal modo que no solo se destipificó el concepto de “publicidad o conductas antisociales” por las arbitrariedades que estas podrán contener en su interpretación, sino que además esclareció que la publicidad reprimible induzca a sus destinatarios a la reproducción de una conducta ilegal o discriminatoria.

#### **4. La Autorregulación publicitaria y el principio de adecuación social**

De acuerdo como indican Rodríguez y Sosa<sup>27</sup>:

*“(…) cuando la autoridad interviene y determina qué publicidad es buena para nosotros, nos impide realizar un juicio libre como consumidores, y nos impone su set de creencias y pareceres. Esta conducta representa el paternalismo más aberrante que uno pueda imaginarse.*

---

<sup>27</sup> Rodríguez García, Gustavo y Sosa Huapaya, Alex. Con licencia para anunciar: un tratado del derecho publicitario en el Perú, Lima, Asociación Civil Themis, 2014, pág. 133.

*En un país en donde el inversionista no sabe qué puede ser catalogado de “incorrecto” o “inmoral”, difícilmente se podrá atraer inversión de forma eficiente. Esta falta de inversión se traduce en atraso, pobreza y subdesarrollo; y nos afecta a todos. El costo de las intervenciones del aparato estatal son asumidas de forma generalizada por la sociedad en la cual se dispersa dicho costo asumido, traduciéndose en precios más altos, mayores impuestos y un mercado menos informado. ¿Cómo arriesgarse anunciar un producto de forma innovadora o humorística si no se sabe qué sanción podría imponerse por dicha conducta? Dicha inseguridad solo genera menos publicidad o más publicidad aburrida y monótona”.*

En ese sentido, el Estado mediante el ordenamiento jurídico (normas) no puede imponernos o catalogar lo que para cada una de las personas significa una publicidad (mediante el su mensaje publicitario) que sea de “mal gusto o no”. Dejar dicha definición a la arbitrariedad del administrador conllevaría a la inseguridad jurídica de la cual se mencionó en párrafos anteriores. Asimismo, se estaría menoscabando el derecho a la libertad de expresión que tienen las empresas para poder publicitar sus productos y/o servicios en el mercado.

En relación a este tema, la Sala ha emitido reiterada jurisprudencia:

*“la ley no prohíbe la difusión de cualquier frase o imagen que pudiese ser considerada discriminatoria u ofensiva, de la misma manera que no prohíbe anuncios que presenten conductas antisociales, criminales o ilegales, sino sólo de aquellas que tengan como efecto o resultado “favorecer o estimular” determinados tipos de discriminación u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas”<sup>28</sup>*

Asimismo, la Sala consideró lo siguiente:

---

<sup>28</sup> Resolución No. 0333-1999/TDC-INDECOPI del 29 de septiembre de 1999; Resolución No. 0360-1999/TDC-INDECOPI del 20 de octubre de 1999; y, Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI del 26 de noviembre de 2007

*“(…) la ley no limita la difusión de mensajes publicitarios que podrían considerarse de mal gusto. La ley ha preferido que sea el mercado el que determine si ese tipo de expresiones deben o no continuar transmitiéndose. Sostener lo contrario-esto es, que es rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables o adecuados, sancionando aquellos anuncios que difunden mensajes distintos- equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo (en este caso, de aquellas personas que integran los órganos funcionales de INDECOPI) sobre el gusto o las opiniones de otros grupos de individuos que perfectamente pudiesen ser divergentes”.*<sup>29</sup>

De lo citado, se deduce que la publicidad de mal gusto debe ser evaluada por los consumidores, más no la por la autoridad estatal. Más conocido como la “autorregulación publicitaria” que en principio es bastante saludable puesto que al no mover la maquinaria estatal, no se generan costos estatales adicionales.<sup>30</sup>

En relación a la autorregulación publicitaria o autocontrol publicitario, esta es entendida como la forma de organizarse entre los anunciantes, medios de comunicación y otros agentes vinculados a la actividad publicitaria se agrupan voluntariamente, comprometiéndose a observar ciertos patrones de conducta guiados por la ética y lealtad, y sometiéndose a un órgano de control.<sup>31</sup>

Tal como lo indica Balandrón<sup>32</sup>,

---

<sup>29</sup> Resolución No. 0220-1998/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 1998.

<sup>30</sup> Rodríguez García, Gustavo y Sosa Huapaya, Alex. Con licencia para anunciar: un tratado del derecho publicitario en el Perú, Lima, Asociación Civil Themis, 2014, pág. 139.

<sup>31</sup> Lema Devesa, Carlos. La autodisciplina publicitaria en el derecho comparado y en el derecho español, en Problemas jurídicos de la publicidad, Madrid, Editorial Marcial Pons, 2007, págs. 136-146.

<sup>32</sup> Al resaltar la importancia de la autorregulación publicitaria, el profesor Balandrón Pazos señala que “una de las ventajas fundamentales de los mecanismos autorreguladores es que surgen a iniciativa de los propios sujetos implicados en el proceso de comunicación publicitaria, lo cual implica un ejercicio mucho más maduro de la libertad y su consiguiente responsabilidad. (...) Frente a las normas jurídicas de autorregulación presenta otras muchas ventajas. Por ejemplo, el hecho que pueda centrarse en aspectos muy concretos, mientras el Derecho tiende a ser más universal. Tampoco se puede olvidar que se extiende a los que el Derecho no puede llegar por tratarse de espacios de regulación ética; debe tratar de cubrir a distancia entre el mínimo regulador del Derecho y el máximo ético y deontológico exigible a cada esfera de actividad social, promoviendo valores e ideales allí donde el Derecho no puede ni debe hacerlo”. Balandrón Pazos, Antonio J. Límites éticos de la violencia en publicidad televisiva: La efectividad de la Autorregulación. En: Información

*“El mecanismo de la autodisciplina publicitaria, tiene varias ventajas conceptuales respecto de la regulación estatal que han sido desarrolladas por la doctrina”.*

En el Perú tenemos al Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria “CONAR”, cabe precisar que más que un ente fiscalizador, es un sistema de solución de conflictos de naturaleza extrajudicial. Es por ello que a diferencia de Indecopi, no puede imponer sanciones pecuniarias, sino morales<sup>33</sup> que no por ello dejan de ser de cumplimiento efectivo<sup>34</sup> (una de las características principales de CONAR).

En relación a lo anteriormente acotado, el CONAR es un sistema de autorregulación privado creado por la Asociación Nacional de Anunciantes (ANANDA), la Asociación Peruana de Agencias de Publicidad (APAP) y la Sociedad Nacional de Radio y Televisión (SNRTV). De acuerdo con el artículo 22 del Código de Procedimientos de la CONAR dispone que las resoluciones emitidas son notificadas tanto a las empresas infractoras como a los medios de comunicación, con lo que la responsabilidad es compartida; y ello hace que el riesgo de incumplimiento sea mínimo y casi nulo.<sup>35</sup>

En ese sentido, mientras que la LRCD establece que el Principio de Adecuación Social únicamente se vulnera por la inducción a la comisión de actos ilícitos o discriminatorios, el principio de decencia<sup>36</sup>:

*“Artículo 12º.- Principio de Decencia y Sexualidad en la Publicidad Los anuncios publicitarios deberán respetar la dignidad de las personas y su intimidad, el núcleo*

---

para la paz: autocrítica de los medios y responsabilidad del público. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad, 2005, p 187.

<sup>33</sup> Rodríguez y Sosa, op.cit., págs. 28 y 29.

<sup>34</sup> Sosa, Alex. ¿Y cómo se come la “Ley de comida chatarra? Análisis de sus ingredientes (Razonabilidad y conflicto con las normas que regula la publicidad), Lima, Advocatus – Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho en la Universidad de Lima. Pág. 313

<sup>35</sup> Sosa, Alex. ¿Y cómo se come la “Ley de comida chatarra? Análisis de sus ingredientes (Razonabilidad y conflicto con las normas que regula la publicidad), Lima, Advocatus – Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho en la Universidad de Lima. 312

<sup>36</sup> Código de ética publicitaria Código de procedimientos Revisados 2014

#### CAPÍTULO IV

#### DECENCIA Y ADECUACIÓN SOCIAL EN LA PUBLICIDAD

#### Artículo 12º.- Principio de Decencia y Sexualidad en la Publicidad



*familiar, el interés social, las instituciones públicas y privadas, las autoridades legítimamente constituidas y los símbolos patrios. En virtud de este principio, el mensaje publicitario no debe contener declaraciones o presentaciones visuales o de audio que ofendan, denigren o vulneren, entre otros, los derechos a la igualdad y a la no discriminación en razón de la raza, género, edad, religión, orientación sexual, nacionalidad, condición social, cultural o económica. La publicidad no deberá inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o perjudicial para su seguridad personal o la de terceros. El hecho 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 en concreto”.*

Como se puede observar, el Código de Ética Publicitaria legitima usar criterios subjetivos para la evaluación de la decencia de un anuncio publicitario, por lo que será ésta entidad, junto con los consumidores los indicados para realizar tal análisis y no la administración.

## **5. Conclusión**

En general, la norma no prohíbe la difusión de alguna frase o imagen que pudiera ser considerada discriminatoria u ofensiva; asimismo, tampoco los anuncios que presentan conductas criminales o ilegales, sino solamente los que tengan como efecto o resultado “favorecer o estimular” determinados tipos de discriminaciones u ofensas: las raciales, sexuales, sociales, políticas o religiosas.

Por otro lado, la actividad publicitaria trae grandes beneficios para toda la sociedad como por ejemplo, para los agentes económicos los ayuda a desarrollarse y a dar a conocer los productos y/o servicios que ofrecen utilizándola en el mercado a través de las comunicaciones publicitarias; ello en base a sus derechos constitucionales: a la libertad de expresión y a la libertad de empresa. Asimismo, la publicidad se convierte en un mecanismo de competencia, que beneficia no solo a los proveedores sino a toda la comunidad ya que se les brinda mayor información respecto de lo ofrecido en el mercado para que los mismos puedan tomar una decisión en base a lo obtenido mediante la publicidad.

## 6. Bibliografía

BALANDRÓN PAZOS, Antonio J.

2005 *Límites éticos de la violencia en publicidad televisiva: La efectividad de la Autorregulación. En: Información para la paz: autocrítica de los medios y responsabilidad del público. Valencia: Fundación COSO de la Comunidad valenciana para el Desarrollo de la Comunicación y la Sociedad. pp. 187.*

LEMA DEVESA, Carlos.

2007 *La autodisciplina publicitaria en el derecho comparado y en el derecho español, en Problemas jurídicos de la publicidad, Madrid, Editorial Marcial Pons. pp 136-146*

RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo y Alex SOSA HUAPAYA

2014 *Con licencia para anunciar: un tratado del derecho publicitario en el Perú, Lima, Asociación Civil Themis.*

SOSA HUAPAYA, Alex

2015 *¿Y cómo se come la “Ley de comida chatarra? Análisis de sus ingredientes (Razonabilidad y conflicto con las normas que regula la publicidad), Lima, Advocatus – Revista editada por alumnos de la Facultad de Derecho en la Universidad de Lima. pp. 312 - 313.*

TATO PLAZA, Anxo

2001 *Product Placementy publicidad encubierta (comentario a la Resolución del Jurado de Autocontrol de la Publicidad de 26 de abril y de 4 de junio de 2001, caso ‘soberano’. En: Actas de derecho Industrial XXII.*

PRIETO ROJAS, César Alexis

2013 *Tesis: Cuestionando las cláusulas de moralidad en el derecho peruano: especiales consideraciones en torno al derecho de marcas y el derecho de la publicidad. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho.*

## TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y PROPIEDAD INTELECTUAL

- 1998 *Resolución No. 0220-1998/TDC-INDECOPI.* Resolución: 19 de agosto de 1998.
- 1999 *Resolución No. 0333-1999/TDC-INDECOPI.* Resolución: 29 de septiembre de 1999.
- 1999 *Resolución No. 0360-1999/TDC-INDECOPI.* Resolución: 20 de octubre de 1999.
- 2007 *Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI.* Resolución: 26 de noviembre de 2007.

## INDECOPI

- 2005 *Resolución N° 152-2005/CCD/INDECOPI.* Resolución: 12 de diciembre de 2005.
- 2007 *Resolución N° 075-2007/CCD/INDECOPI.* Resolución: 25 de abril de 2007.
- 2007 *Resolución N°. 2346-2007/TDC-INDECOPI.* Resolución: 26 de noviembre de 2007.
- 2008 *Resolución No. 1736-2008/TDC-INDECOPI.* Resolución: 27 de agosto de 2008.
- 2008 *Resolución No. 1557-2008/TDC-INDECOPI.* Resolución: 25 de agosto de 2008.
- 2008 *Resolución No. 1800-2008/TDC-INDECOPI.* Resolución: 4 de septiembre de 2008.
- 2008 *Resolución N°. 198-2008/CCD-INDECOPI.* Resolución: 10 de diciembre de 2008.
- 2009 *Resolución No. 0079-2009/SCI-INDECOPI.* Resolución: 2 de marzo de 2009.