

**Pontificia Universidad Católica del
Perú Facultad de Derecho**



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

**¿Publicidad gato por liebre?: Aciertos y desaciertos del INDECOPI en la
Publicidad de Tono Excluyente.**

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

AUTOR

Iván Alejandro Cortés Tejada

ASESOR:

Alex Ever Sosa Huapaya

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20120992

2019

RESUMEN

La finalidad que tiene el artículo es no únicamente explicar qué es la publicidad de tono excluyente desde un punto de vista doctrinario sino que a raíz de ello, analizamos jurisprudencia reciente de INDECOPI sobre criterios que se hayan establecido respecto de este tema. En ese sentido, el presente artículo jurídico presenta, luego de haber definido claramente tanto a la publicidad comercial como a la publicidad de tono excluyente y sus aristas, una opinión crítica de los criterios establecidos por la Administración Pública sobre la publicidad de tono excluyente, dentro de los cuales se encuentran tanto aciertos como desaciertos. En base al análisis realizado, se llega a diversas conclusiones y se sugieren ciertos cambios que se podrían dar con la finalidad de que exista una mejora en distintos puntos en concreto, todo ello en búsqueda de una leal competencia en el mercado y una mejor armonía de los agentes inmersos en ella.



ÍNDICE

I. Carátula:.....	1
II. Resumen.....	2
III. Índice.....	3
III. Introducción.....	4
IV. La publicidad comercial	5
V. Publicidad de tono excluyente y Principio de veracidad.....	7
VI. Evolución de la Publicidad de tono excluyente a la luz de la jurisprudencia de INDECOPI en los 15 años del INDECOPI	12
6.1. Caso Sra. Carrasco Montalva vs Universidad ESAN.....	14
6.2. Caso Claro vs Entel.....	19
VII. Conclusiones	31
VIII. Bibliografía.....	32



**¿Publicidad gato por liebre?: Aciertos y desaciertos del INDECOPI en la
Publicidad de Tono Excluyente.**

1) Introducción:

No es secreto para nadie que la publicidad comercial forma parte de nuestro día a día y de nuestra vida en general. Dicha publicidad la podemos encontrar en la televisión, internet, radio, paneles u otros medios de comunicación, incluso cuando no la buscamos, ella está ahí.

Resulta difícil pensar en una vida donde no existiera la publicidad en general. Sería sumamente difícil, por no decir casi imposible, enterarnos de las ofertas que existen en el mercado, de los precios de los productos y de mucha más información relevante sobre los bienes, productos o servicios que se ofrecen.

Y es que ello es así, la publicidad comercial es información, información que recibimos en todo momento y nos incita o persuade a realizar actividades comerciales, por lo cual esperamos que, en su mayoría de veces, esté cargada de veracidad en su contenido o que al menos no nos haga caer en un error.

Como debe resultar obvio, los anunciantes suelen buscar diferenciarse del resto y acaparar la mayor cantidad de clientela posible que consuma su mercancía mediante distintos medios. Dicho ello, ¿se imaginan una publicidad comercial que permitiera a un anunciante posicionarse en el mercado de una forma solvente y predominante? ¿Un anunciante que pueda jactarse de decir que tiene un “plus” en su oferta respecto de los demás?

Frente a tales preguntas podemos responder de forma rápida que dicha publicidad existe y no es ajena a nuestro día a día. Este tipo de publicidad es denominada como “Publicidad de Tono Excluyente”.

Como veremos a lo largo del presente artículo, la publicidad de tono excluyente es un tipo de publicidad que con los años, mediante diversas resoluciones de INDECOPI, ha ido recogiendo distintos criterios en torno a su aplicación.

Podemos decir que esta ha sido materia de discusión en muchos casos, dentro de los cuales se debe destacar su estrecha relación con el principio de veracidad en materia publicitaria, lo cual la hace aún más, un tema rico para poder analizar.

Por un lado, si bien se podría pensar que la aplicación de la publicidad de tono excluyente es simple debido a la marcada objetividad que acarrea con ella, no todo es color de rosas. A lo largo de los años ha habido diversidad de casuística en la cual dicha publicidad difundida por el anunciante puede resultar inexacta, errónea o falsa, lo cual trae como consecuencia que se pueda desvirtuar el mercado y se pueda generar una competencia desleal.

¿Se imaginan que un anunciante que realice una publicidad de tono excluyente en un momento con una información veraz, pasado un tiempo dicha información deviniera en falsa? ¿Qué ocurriría en ese caso? ¿Qué pasaría si se busca objetivizar un factor subjetivo para utilizarlo en una publicidad de tono excluyente? ¿Ello sería posible?

El presente artículo jurídico se encargará de resolver esas preguntas y otras más, las cuales han sido materia de análisis en los más de 25 años que INDECOPI tiene de existencia, donde podremos observar con detenimiento cómo los criterios sobre la publicidad de tono excluyente han ido variando con un objetivo claro: garantizar la leal competencia en el mercado.

Es por tales motivos que la finalidad que busca conseguir este artículo es dar una aproximación más detallada al lector sobre la aplicación de la publicidad de tono excluyente y su evolución a la luz de la jurisprudencia de INDECOPI, la cual buscaremos conseguir principalmente con el análisis de diversas resoluciones de la Administración Pública y nuestra opinión crítica sobre su fundamento.

2) La publicidad comercial:

Como se podrá apreciar, la publicidad comercial es un tema extenso y un artículo jurídico no sería suficiente para abarcar todas sus aristas de forma específica. Si bien el presente artículo versa principalmente sobre la publicidad de tono

excluyente, consideramos que resulta fundamental mencionar que dicho tipo no es el único existente, pues como desarrollaremos a continuación, la publicidad comercial puede ser clasificada de distintas formas, siendo la clasificación más general aquella que la divide en publicidad comercial de carácter objetivo y subjetivo.

Por un lado, debemos de tener en claro que la publicidad de carácter objetivo es aquella que resulta comprobable mediante distintos medios, mientras que en contraposición, la publicidad de carácter subjetivo se entiende como aquella que no está sujeta a comprobación, pues puede expresar sentimientos del anunciante, opiniones, puntos de vista, entre otros.

En cuanto a las afirmaciones objetivas, debemos de tomar en cuenta que estas pueden ser divididas en dos grupos: (i) La publicidad objetiva per se; y, (ii) la publicidad de tono excluyente.

Sobre el primero de ellos, Fernández-Novoa¹ nos menciona que dicha publicidad comercial contiene alegaciones objetivas (ya sea a través de afirmaciones o imágenes) como expresiones publicitarias concretas, siendo por ello comprobables y verificables respecto a la empresa anunciante o bien al servicio o producto anunciado.

De este modo, se sobreentiende que la información versada o transmitida en este tipo de publicidad es pasible de ser probada en su totalidad y no dependerá de la opinión de quién emite el mensaje ni mucho menos de una posible representación mental de cualquier individuo, sino de lo efectivamente recibido y percibido por el destinatario final del mensaje.

Otro aspecto importante a tomar en cuenta en la publicidad objetiva per se es que su propia característica de objetividad y posibilidad de comprobación genera que dichos anuncios publicitarios no puedan ser tomados a la ligera o de broma por

¹ FERNANDEZ-NOVOA, Carlos. *La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de la veracidad*. En: Actas de derecho industrial. Madrid, 1975. pp. 378-379.

los consumidores sino todo lo contrario, serán tomados con total seriedad por ellos.²

No obstante, Sosa y Maguiña³ nos recuerdan que si bien pueden haber casos donde existan unas frases incluidas en un anuncio, que considerándolas aisladamente, puedan expresar una apreciación subjetiva del anunciante, la interpretación tanto superficial como integral del contexto en el cual fue difundida, podrá determinar que esta pase a ser una afirmación de carácter objetivo y susceptible de comprobación.

Respecto de la publicidad de tono excluyente, el cual es el segundo grupo dentro de las afirmaciones objetivas y materia principal del artículo, nos reservaremos específicamente su contenido para analizarlo de manera individual en las siguientes secciones.

Por otro lado, en cuanto a la publicidad subjetiva, tal como mencionamos con anterioridad y sin necesidad de explayarnos tanto, podemos decir que estas no se encuentran sujetas a comprobación a diferencia de la publicidad objetiva, sin importar si estas son una publicidad subjetiva per se o una que contenga el carácter de exageración publicitaria.

Ello fundamentado en las propias características de dicha publicidad que evita que puedan ser tomadas en serio por los consumidores, ya sea por su tono altisonante, por versar sobre puntos opinables o por no poseer un contenido que puede ser objetivamente comprobable.⁴

3) Publicidad de Tono Excluyente y Principio de Veracidad

² Unos ejemplos de publicidad objetiva per se podrían ser los siguientes:

- Según estudios realizados por el Centro Nacional Antibacterial, el jabón “ABC” elimina el 90% de bacterias que se encuentran en la mano.
- De acuerdo a los exámenes realizados por el Centro de Investigaciones Médicas de Oxford, la pastilla “QWE” reduce en un 60% las probabilidades de tener un infarto a partir de los 40 años.

³ MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. *El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted*. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Lima, 2010. p. 103.

⁴ Unos ejemplos de publicidad subjetiva podrían ser los siguientes:

- Red Bull te da alas.
- Con colchones “Dormilón” sentirás que duermes en una isla paradisíaca.
- Inca Kola, el sabor del Perú.

Tal como adelantamos, la publicidad de tono excluyente se encuentra dentro de la publicidad comercial de carácter objetivo. Asimismo, podemos decir que al igual que la publicidad objetiva per se, esta tiene afirmaciones de contenido afirmativo y es tomada con seriedad por el público al que es dirigido o alcanzado.

La particularidad y característica principal de la publicidad de tono excluyente es la posición predominante o preeminente en el mercado que esta le da a su anunciante, siendo tal posición aquella que no es alcanzada ni equiparada por ningún competidor en un espacio geográfico y tiempo determinado, en otras palabras, le da al anunciante una supremacía en el mercado.⁵

La publicidad de tono excluyente genera un “plus” o ventaja al producto y/u oferta del anunciante a los ojos de público al transmitirle a este una cualidad o característica superior a la del resto del mercado, la cual solo y únicamente se encontrará con lo ofertado por dicho anunciante.

En tal sentido, la publicidad de tono excluyente cuenta con varios elementos característicos que la conforman, siendo estos los siguientes⁶:

- (i) El afirmar que el anunciante o su producto ocupa una posición preeminente o que posee alguna ventaja frente a sus competidores,
- (ii) Tener un contenido informativo concreto,
- (iii) Contener afirmaciones comprobables, y
- (iv) Ser tomada en serio por los consumidores.

Podemos afirmar a su vez, que la publicidad de tono excluyente es una modalidad publicitaria totalmente lícita, siempre y cuando se cumplan los elementos característicos mencionados anteriormente, pues en caso no se cumpliera con

⁵ Resulta pertinente mencionar que la publicidad de tono excluyente no debe de ser confundida con la publicidad comparativa. Anxo Tato Plaza nos recuerda que para que un anuncio de tono excluyente pueda ser calificado como publicidad comparativa, debe existir, además de la referencia genérica a todos los restantes competidores, una referencia inequívoca a uno o varios agentes económicos determinados. TATO PLAZA, Anxo. *La publicidad comparativa*. Marcial Pons. Madrid, 1996. pp. 51-52.

En la misma línea, Sosa establece que “(...) en la publicidad de tono excluyente, por más que se pueda desprender cierta comparación frente a la totalidad de competidores, no estaremos frente a un anuncio comparativo, toda vez que no se identifica particularmente la oferta de uno u otros competidores.” SOSA, Alex. *Apuntes sobre la publicidad comercial alusiva*. En: Revista Actualidad Jurídica Junio No. 223. Lima, 2012. p. 347.

⁶ La presente lista de elementos característicos ha sido extraída de MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. *El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted*. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Lima, 2010. p. 99.

transmitir un mensaje publicitario que contenga afirmaciones tanto comprobables y que puedan ser tomadas como serias por los consumidores, se estaría desnaturalizando no solo su característica de tono excluyente sino su propio carácter de objetividad.⁷

Asimismo, debemos de tomar en cuenta que no existe una única forma de manifestación de publicidad de tono excluyente, pues se entiende que hay distintas maneras de demostrar una predominancia en el mercado, ya sea mediante distintos adjetivos o adverbios, los cuales mostraremos a continuación⁸:

- (i) Se incluyen adjetivos en las afirmaciones con la finalidad de realzar una posición predominante, tales como: “insuperable”, “único”, “inigualable”, entre otros.
- (ii) Se hace uso del adverbio “solo”, siempre y cuando dicho adverbio esté unido a determinadas características del producto elogiado o de la empresa.
- (iii) El uso del adverbio “si”, el cual sucederá cuando se otorga dicho énfasis al citado adverbio del que se infiere una ventaja o superioridad del producto anunciado con respecto a los productos de la competencia.
- (iv) El uso de frases o expresiones para destacar una posición de supremacía en el mercado.
- (v) El uso del artículo determinado, siempre que se presente de la siguiente manera: a) cuando vaya acompañado de un adjetivo de matiz recomentatorio; y, b) si aparece junto con un nombre geográfico determinado.

Ahora bien, como se habrá podido apreciar, la publicidad de carácter objetivo y por ende, la publicidad de tono excluyente, guardan estrecha relación con el principio de veracidad, lo cual nos lleva a preguntarnos ¿Qué es el principio de veracidad?

⁷ Unos ejemplos de publicidad de tono excluyente podrían ser los siguientes:

- La cerveza “Cebada Premium” es la única en el mercado que tiene una botella que cuesta S/ 4.00 y trae 800 mililitros.
- Sólo con el banco “Panabank” podrás ser atendido las 24 horas del día y los 7 días de la semana.

⁸ La presente lista ha sido extraída de MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. *El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted*. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual - INDECOPI. Lima, 2010. pp. 101-102 y LEMA, Carlos. *El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente*. Marcial Pons. Madrid, 2007. p.24.

Este principio es uno de los pilares principales, por no decir el más importante, para la publicidad de carácter objetivo, pues incluso es uno de los fundamentos de su existencia. Tanto es así que la propia Sala de INDECOPI ha señalado en la Resolución No. 0363-2014/SDC-INDECOPI, que “*únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (Principio de Veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas*”.

Asimismo, Sosa y Maguiña nos mencionan que “*(...) solamente las expresiones publicitarias que un consumidor razonable interprete como objetivas y comprobables se encuentran sujetas al principio de veracidad, debido a que poseen la capacidad de engañar al consumidor mediante la falsedad o la inducción a error*”⁹. En ese sentido nos realizamos una nueva cuestión: ¿Cómo debemos entender al principio de veracidad en la publicidad comercial?

Frente a tal pregunta, consideramos que el principio de veracidad se puede entender en la publicidad comercial como un “no engañar” al consumidor con los mensajes ofrecidos, teniendo como finalidad salvaguardar tanto el orden económico en general como los intereses de los consumidores.

En base a tal finalidad, Fernández-Novoa¹⁰ nos indica que a su punto de vista

La finalidad primordial del principio de veracidad es proteger a la gran masa de los consumidores (...) al sujetar la actividad publicitaria al principio de veracidad, se quiere evitar que a través del anuncio de una oferta sólo en apariencia ventajosa una empresa induzca a los consumidores a adquirir sus mercancías o servicios. El principio de veracidad quiere reprimir las expresiones publicitarias que encierran alegaciones contrarias a la verdad (...).

⁹ MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex. Op. Cit., p. 97.

¹⁰ FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. *La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias*. En: Estudios de Derecho de la Publicidad, Libro homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Madrid, 1989. p.37.

En tal sentido, dicho autor hace especial incidencia en la salvaguardia de los intereses de los consumidores como principales afectados, no obstante, consideramos que el principio de veracidad va más allá de ello.

A nuestro parecer, el considerar que el principio de veracidad busca primordialmente proteger a los consumidores sería una visión un tanto errada y de una mentalidad pro-consumidora. Consideramos que el principio de veracidad involucra y tiene como finalidad una protección al mercado en general involucrando a todos sus actores, ya sean consumidores o empresas que compiten en el mercado. Si bien podríamos decir que los consumidores son aquellos que se encuentran menos protegidos frente a una posible vulneración de tal principio, ello no les debe restar importancia a los demás actores o agentes del mercado ni mucho menos ponerlos en una situación de inferioridad frente al resto.

En cuanto a este principio en la publicidad comercial (y en la publicidad de tono excluyente), podemos decir que requiere de dos filtros o cargas que deben ser cumplidos para evitar su resquebrajamiento por parte del anunciante: (i) Mensaje objetivo; y, (ii) Substantación o sustentación previa.

El primero, como se puede suponer, se refiere a que el principio de veracidad recae únicamente sobre la publicidad comercial de afirmación objetiva, es decir, aquellos que se pueden probar, puesto que carecería de sentido que se busque su aplicación en una afirmación subjetiva por las propias características que esta última maneja.

Por el otro lado, la substantación previa se puede entender como el deber de todo anunciante de contar con las alegaciones objetivas previamente a la realización de la publicidad comercial, es decir, contar con las pruebas que acrediten la veracidad del mensaje transmitido en su publicidad ex ante de su publicación, resultando de modo contrario (pruebas ex post) en la configuración de un acto de engaño.

Carlos Patrón, al hablar de la substantación previa justifica la presencia de dicho filtro al establecer que *“(…) dada la asimetría de información y de recursos existentes entre los proveedores y los consumidores, económicamente resulta más*

razonable e impone un costo social menor, requerir a los fabricantes probar las afirmaciones diseminadas en sus anuncios”¹¹.

Agregando a lo mencionado, debemos resaltar que ambos filtros del principio de veracidad se encuentran dentro del cuerpo del Decreto Legislativo No. 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, exactamente en el artículo 8.3 que establece que *“La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante”* y en el artículo 8.4 que establece que *“En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje”*.

Habiendo dicho ello, ¿podríamos afirmar que la substantación previa evita en su totalidad o al 100% que exista una posibilidad de acto de engaño o inducción a error por parte del anunciante hacia el consumidor?

Consideramos que si bien resulta necesario y fundamental contar con el filtro de la substantación previa para cumplir con el principio de veracidad en los casos de publicidad objetiva, esta no podrá asegurar de una manera tajante que no se pueda configurar un acto de engaño o inducción a error, lo cual podremos comprobar en uno de los casos que serán analizados dentro de los siguientes párrafos. No obstante, por tal motivo no significa que se debe desmerecer a la substantación previa o considerar que ella finalmente sea inútil y que más resulta una carga que una protección a futuro.

4) Evolución de la Publicidad de Tono Excluyente a la luz de la jurisprudencia de INDECOPI en los 15 años del INDECOPI

Si bien el presente apartado contará con el desarrollo detallado de dos casos que consideramos “insignia” y que pueden generar un mayor debate e intercambio de opiniones, tanto por su controversia como por sus criterios establecidos,

¹¹ PATRON, Carlos. *El principio de veracidad y la “substantación” previa en materia publicitaria*. Themis, No. 31. Lima, 1995. p.246.

consideramos necesario, antes de pasar al análisis minucioso de dichos casos, establecer una lista de ciertas resoluciones que también, con el pasar de los años, han establecido criterios e interpretaciones en la publicidad de tono excluyente en distintas instancias del INDECOPI, siendo estas las siguientes:

- Resolución 1177-2005/TDC-INDECOPI: La frase “Más calidad al mejor precio” para promocionar un producto, no es una afirmación comparativa ni de tono excluyente, pues no identifica ni se vincula a competidor alguno y por la forma en la que se encuentra estructurada, no podría ser percibida por el consumidor como una contraposición aislada del elemento objetivo “precio”.
- Resolución 2337-2010/SC1-INDECOPI: Las referencias generales, aparentemente comparativas, se pueden encontrar de forma implícita en toda publicidad en la que un competidor afirma su preeminencia respecto de un género indeterminado de productos, tal como ocurre con la publicidad de tono excluyente.
- Resolución 2337-2010/SC1-INDECOPI: La frase “la universidad de mejor calidad del país” expresa una mera opinión del propio anunciante sobre sus servicios que, precisamente, al carecer de un parámetro unívoco de medición, no puede estar sujeta a comprobación.
- Resolución 065-2010/SC1-INDECOPI: El mensaje captatorio en la publicidad que incluya la palabra “solo” debe referirse a contenido exclusivo, sin que ello pueda ser utilizado con la finalidad de encubrir todo un paquete de elementos o promoción que sí se encuentra en el mercado y la excepción sea el contenido propio generado por la misma empresa.
- Resolución 2208-2010/SC1-INDECOPI: La inclusión del término “exclusividad” en folletos y encartes publicitarios debe tener la finalidad de informar a los consumidores que es la única empresa que cuenta con los beneficios excluyentes a los de otras compañías y no la de destacar las características que sus servicios ofrecen que sean iguales a otras existentes.

- Resolución 2434-2013/SDC-INDECOPI: La substantación previa implica contener documentos elaborados de manera anterior al inicio de la difusión de las afirmaciones en la publicidad de tono excluyente, de lo contrario, ello tendrá como consecuencia que tal acción sea considerada como actos de engaño.

A) Caso Sra. Carrasco Montalva vs Universidad ESAN

El presente caso versa sobre una denuncia interpuesta por la Sra. Carrasco Montalva contra la Universidad ESAN ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal por la presunta comisión de actos de engaño ¿Qué había pasado al respecto?

En un programa de televisión, ESAN había difundido la publicidad donde se mencionaba la frase: “*ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú*”. En ese sentido, la denunciante consideraba que en virtud al principio de substantación previa, ESAN se encontraba en la obligación de contar, previamente a la difusión de su publicidad, con los medios probatorios que acrediten la veracidad de la afirmación publicitada.

De igual manera, la publicidad difundida por ESAN no mencionaba la fuente que permitía al consumidor poder corroborar la información, por lo cual se podría entender que dicha universidad no contaba con datos objetivos que la califiquen como la mejor escuela de negocios del país (ello considerando que las escuelas de negocios y las universidades cuentan con diversos aspectos que son pasibles de ser medidos¹²).

Todo ello derivó en una resolución de primera instancia que declaró infundada la denuncia fundamentando su decisión en que: (i) la afirmación “*ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú*” no era capaz de inducir a error a los consumidores, en tanto no presentaba parámetros objetivos susceptibles de comprobación fáctica, tal como lo establece el principio de veracidad; (ii) el término “mejor” tiene diversas connotaciones de naturaleza subjetiva, relacionadas con la noción de

¹² Tales como rankings o acreditaciones internacionales.

“preferible” o conveniente”, por lo cual no era capaz de dotar al mensaje publicitario imputado de parámetros objetivos que permitan determinar su veracidad; y, (iii) el tono excluyente de la publicidad imputada no enerva el carácter subjetivo de la misma.

No contenta con los fundamentos de la Comisión, la denunciante apeló la resolución de primera instancia argumentando principalmente que: (i) muchos consumidores han podido entender la palabra “mejor” como un adjetivo comparativo de bueno o superior, y no bajo una definición escogida por la primera instancia. Al existir un supuesto de comparación, deben existir elementos objetivos sobre los cuales se podría analizar la afirmación materia de controversia; y, (ii) la característica principal de la publicidad de tono excluyente radica en afirmar que el anunciante ocupa una posición preeminente o que posee alguna ventaja frente a sus competidores, lo cual se evidenciaría en el caso, por lo que ESAN debería de cumplir con el deber de substantación previa.

Finalmente, en segunda instancia, la Sala resolvió confirmar la resolución de primera instancia estableciendo ciertos criterios que serán materia de análisis en los próximos párrafos. Asimismo, tales criterios serían la justificación por las cuales los casos parecidos al presente, no versarían sobre publicidad de tono excluyente por su carácter de subjetividad.

En cuanto a los criterios establecidos, por un lado, la Sala menciona que para que la afirmación pueda ser considerada como objetiva, y por lo tanto se le pueda aplicar el principio de veracidad, deberá de contener en sí misma un parámetro objetivo de comprobación, y por otro lado, la veracidad de tal afirmación deberá poder ser comprobada a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.

Ahora bien, pasando directamente al análisis de los criterios establecidos por INDECOPI en la presente resolución, partimos de la premisa que dichos criterios resultan extremadamente peligrosos en distintas aristas, pudiendo quitarle incluso el sentido a la publicidad dando carta libre a que las empresas puedan verse

beneficiadas u obtener ventajas mediante el uso de frases cargadas de “subjetividad”.

En primer lugar, podemos partir de la premisa de que el mercado busca que la información que se transmite en la publicidad sea veraz (aun pudiendo existir publicidad subjetiva), pues es en dicho ámbito donde la información verdadera o cierta es sumamente escasa pero fundamental para que los consumidores puedan tener la capacidad de tomar decisiones adecuadas sobre su consumo.

En base a ello, resulta obvio que la competencia y el propio mercado busca que no se induzca a error o engaño a los posibles receptores de la información y es por ello que se reprimen dichos actos y existe el principio de veracidad, el cual, tal como ya hemos mencionado, no es absoluto, pues limita su ámbito de aplicación a los supuestos en los cuales nos encontramos frente a una publicidad donde los consumidores (razonables) la interpreten como comprobable y objetiva.

INDECOPI, en ambas instancias interpreta que la frase “*ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú*” es netamente de carácter subjetivo. Sin embargo nos preguntamos: ¿Acaso la publicidad subjetiva no es aquella que no está sujeta a comprobación por expresar opiniones, puntos de vista o sentimientos del anunciante? ¿La publicidad de ESAN realmente podría interpretarse como una opinión, punto de vista o sentimiento suyo? ¿Cómo realmente lo interpretaría un consumidor razonable?

Nosotros somos de la idea que la publicidad de ESAN bajo ningún punto de vista podría interpretarse como una opinión, punto de vista o sentimiento suyo. Todo lo contrario, consideramos que el hecho de que afirme o asevere que es “la mejor escuela de negocios del Perú” podría llevar a pensar a los potenciales consumidores que sus afirmaciones se sustentan en alguna institución, estudio y/o encuesta que respalde dicho dato y no únicamente porque ellos así lo sienten o porque simplemente se les ocurrió ponerlo.

En ese sentido, si consideramos que un consumidor interpreta una expresión, tal como la que difundió ESAN, como una de carácter objetivo y comprobable,

resultaría totalmente ilógico pensar que cuando dicha universidad menciona que son la mejor escuela de negocios del Perú, lo hacen en función a lo que ellos mismos piensan o se atribuyen.

La lógica que ha seguido INDECOPI ha sido establecer prácticamente que cuando los consumidores captan la afirmación de dicha universidad, terminan entendiendo que “ESAN es la mejor escuela de negocios del Perú, según ellos mismos”. ¿Es ello lo usual? Nuevamente consideramos que no y realmente dudamos de que los consumidores entiendan la publicidad de tal manera habiendo razonamientos muchos más lógicos propios del manejo del mercado en general.

Por si fuera poco, consideramos también que resulta antojadizo concluir que el término “mejor” tiene naturaleza subjetiva relacionada únicamente con la noción de “preferible” o “conveniente”, tal como se fundamentó en la primera instancia del caso, lo que generaría que no se pueda dotar al mensaje publicitario con parámetros objetivos para poder determinar su veracidad.

Bajo ese supuesto, ¿los consumidores no podrían entender la palabra “mejor” como un adjetivo que denota comparación de superior o bueno respecto a otro? Somos de la idea que ello si podría ocurrir, por lo cual al existir diversas interpretaciones posibles de cómo entender tal adjetivo, INDECOPI no puede jugar a ser una especie de vidente o adivino para concluir que todas las personas entenderán dicho adjetivo igual que ellos. Es por tales motivos que estos casos de diversas interpretaciones debería primar la posibilidad de que los consumidores reciban información veraz, la cual debería ser comprobable.

En este caso en concreto, consideramos que la afirmación “*ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú*” es una publicidad de tono excluyente, donde dicha universidad se pone en una posición de predominancia o ventaja respecto de las demás escuelas de negocios del país. No es difícil darse cuenta que existen elementos objetivos sobre los cuales se podría analizar en qué aspectos o bajo qué circunstancias ESAN podría establecer los motivos que lo llevan a decir que es la “mejor escuela de negocios del Perú”, pero simplemente omiten hacerlo y terminan sin cumplir el deber de substantación previa.

No obstante, ello no implica que el parámetro objetivo de comprobación deba estar en la publicidad de una forma totalmente visible a como dé lugar. El problema del criterio de imponer que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación podría matar el sentido de la publicidad al hacerla muy larga y tediosa.

Imaginemos los casos de la publicidad en redes sociales o en mensajería de texto (SMS). Estas se verían limitadas si se tuviera que poner la publicidad en sí y además agregar al texto todo el parámetro objetivo utilizado. La publicidad en estos medios perdería su esencia y sentido, al ser una publicidad extensa y con sobrecarga de información.

No obstante, consideramos que tales problemas se podrían solucionar con la derivación a un portal de fácil acceso que pueda mostrar toda la información en específico, tal como el parámetro objetivo dentro de ella, por lo cual no se estaría induciendo a error al consumidor y se estaría demostrando la objetividad propia de la publicidad y el sustento en el cual basan sus afirmaciones.

Finalmente, el otro problema que podría generarse con los criterios establecidos por la Sala es el que se deriva de considerar subjetiva toda afirmación que no tenga un parámetro objetivo y unívoco. ¿Cuáles podrían ser sus consecuencias?

Tal criterio traería como consecuencias que daría carta libre a que cualquier empresa, en distintos rubros, pueda jactarse o afirmar sin problema alguno que son la mejor en algo, ello sin necesidad de demostrarlo alegando únicamente la “subjetividad de su mensaje”.

Un ejemplo claro de ello podría ser, en el rubro de educación, que la Universidad “X” que su campus es un departamento de dos pisos, que no cuenta con una biblioteca, que tienen escasos profesores (vagamente preparados), entre otras lamentables características; pueda decir que “son la mejor universidad del Perú” en su publicidad y que por el hecho de ser un tema subjetivo puedan mantener dicha publicidad el tiempo que se les dé la gana cuando finalmente todo reflejaría

que dicha universidad no cumple mínimamente ciertos estándares necesarios para funcionar.

Ello se agrava aún más cuando se toma conciencia de que ello puede verse inmerso también en las publicidades de los colegios o en rubros fuera de los educativos. Tal criterio puede ser un arma letal para la publicidad, donde la veracidad y comprobación se dejarían de lado.

Es por tales motivos, que resulta más beneficioso, en estos casos de publicidad de tono excluyente o de uso de adjetivos que se puedan entender como tal tipo de publicidad, que exista un parámetro objetivo¹³, que si bien puede no ser unívoco, brinde información a los consumidores para saber en qué se sustentan las afirmaciones que ellos reciben y bajo qué criterios o quienes podrían garantizar dicha información.

B) Caso Claro vs Entel

En el mes de marzo de 2017, Entel lanzó una campaña publicitaria, a través de la cual, mediante la alegación *“Solo con Entel Habla ilimitado a cualquier operador”* (publicidad de tono excluyente), pretendía comunicar una de las principales ventajas de su oferta en dicha fecha: el beneficio de llamadas ilimitadas a cualquiera de los operadores móviles del mercado de telecomunicaciones.

Sin embargo, el 2 de junio de 2017, Claro lanzó una promoción publicitaria denominada *“Llama ilimitado a cualquier operador”*, la cual replicaba el mismo beneficio que Entel alegaba en su momento brindar en exclusiva. Con dicho beneficio, Claro permitía que sus usuarios prepago pudieran llamar de forma ilimitada a cualquier operador.

Es en base a esas circunstancias que un mes después de publicitar su oferta, Claro denunció a Entel ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal por

¹³ Buscando siempre los medios más idóneos para no quitarle la esencia a la publicidad y su propia finalidad persuasiva e informativa, a diferencia de lo que busca plantear INDECOPI con sus criterios.

la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño indicando que: (i) Había tomado conocimiento que Entel difundía anuncios publicitarios en la vía pública y en su página web en donde se trasladaría el mensaje de que únicamente con dicha empresa los usuarios de telefonía móvil prepago podrían hablar de forma ilimitada a cualquier operador; y, (ii) desde el 2 de junio de 2017, Claro inició una promoción publicitaria, la cual permitía que sus usuarios prepago puedan comprar paquetes desde tres nuevos soles (S/ 3.00) para llamar de forma ilimitada a cualquier operador, durante la vigencia del mencionado paquete. Sin embargo, Entel había seguido difundiendo su publicidad, transmitiendo un mensaje de tono excluyente que resultaba ser falso.¹⁴

Toda esta situación derivó en una resolución de primera instancia, donde la Comisión declaró infundada la denuncia contra Entel estableciendo un fundamento poco criterioso y perjudicial que podría haber marcado un antes y un después para la publicidad de tono excluyente y para la publicidad en general. ¿Cuál había sido dicho fundamento?

Para la Comisión, de acuerdo con el artículo 8.4 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, los anunciantes únicamente debían contar de manera previa a la difusión de sus anuncios, las pruebas que acrediten su veracidad, ello sin importar si en el futuro tal situación cambiaba o pasaba a ser distinta a la alegada, pues en su momento determinado ya se demostró que era veraz.

En ese sentido, la publicidad de Entel que comenzó en marzo, tres meses antes de la publicidad de Claro, al contar al momento de su difusión con la acreditación pertinente, bastaba para demostrar que ella no era engañosa independientemente del hecho que su competencia pudiera replicarla en el futuro, tal como sucedió. ¿Tal interpretación no generaría una posible perpetuación de la publicidad respecto de una característica en específico a favor de un anunciante? ¿No se estaría brindado una información falsa al publicitar algo que en un momento fue cierto pero ya no lo es más?

¹⁴ Cabe resaltar que Entel, el mismo día del lanzamiento de la publicidad de Claro, reconoció en su página oficial de Facebook que ya no sería la única operadora que ofrecía llamadas ilimitadas a cualquier operador.

Creemos que dichas interrogantes también surgieron en la mente del personal de Claro, lo que llevo a que se apele dicha resolución, generando así que todo derive en una resolución de segunda instancia, donde la Sala revocó la decisión y decidió sancionar a Entel por actos de engaño, estableciendo una postura en referencia a lo fundamentado por la Comisión, y a su vez, estableciendo nuevos criterios directamente vinculados con la publicidad de tono excluyente y sus anunciantes.

En cuanto a los criterios establecidos, la Sala mencionó: (i) el establecimiento y la necesidad de un deber de vigilancia por parte del anunciante respecto de la condición de supremacía obtenida por la publicidad de tono excluyente; y, (ii) en caso el mensaje de la publicidad cambiase de condición, el anunciante deberá modificar/retirar su publicidad o iniciar las coordinaciones necesarias con los proveedores para modificar o retirar la publicidad.

Ahora bien, creemos que es pertinente para el presente artículo, hacer un análisis tanto de la postura tomada por la Comisión como de los criterios establecidos por la Sala.

Respecto al primer punto, no cabe duda que Entel al momento de haber lanzado al mercado su ya mencionada campaña publicitaria, no cometía ningún acto de competencia desleal ni mucho menos su publicidad era palpable de inducir a error a los receptores del mensaje.

Sin embargo, la situación da un vuelco de 180 grados cuando el 2 de junio de 2017, Claro lanza la promoción publicitaria denominada “Llama ilimitado a cualquier operador”, la cual replicaba el mismo beneficio que Entel alegaba en su momento brindar en exclusiva. Con dicho beneficio, Claro permitía que sus usuarios prepago pudiesen llamar de forma ilimitada a cualquier operador.

Entonces, ¿A partir del 2 de junio de 2017, Entel ya no era la única empresa operadora de telefonía móvil que ofrecía a sus clientes llamadas de forma ilimitada a cualquier operador? Ello es correcto, a partir de dicha fecha Claro había igualado la oferta de la campaña publicitaria de Entel iniciada en marzo de ese mismo año.

Lastimosamente para los intereses de Entel, la predominancia, ventaja o supremacía que ellos habían tenido en el mercado respecto de las llamadas ilimitadas a cualquier operador había culminado. Entel tuvo una supremacía en el mercado a lo largo de tres meses, pero al 2 de junio, ellos ya no podían alegar¹⁵ que eran la única empresa de telefonía móvil que ofrecía tal oferta a sus consumidores.

Dicho ello, ¿Entel podría alegar que al momento de presentar su campaña publicitaria el mensaje que se incluía en este era veraz y por tal motivo no podría haber incurrido en una inducción a error o engaño? Consideramos que en casos como el presente, no se puede alegar que en un primer momento el mensaje incluido era veraz con la finalidad de que el carácter de predominancia en el mercado por parte de un anunciante perdure en el tiempo hasta que la publicidad comercial o campaña publicitaria de su fin.

Nadie duda de que Entel en un primer momento gozaba de supremacía en el mercado respecto de un punto en concreto, sin embargo, el dinamismo del mercado derivó en que, a partir del 2 de junio de 2017, dicha supremacía llegara a su fin.

Es decir, este caso debe de ser analizado en dos partes cronológicas distintas que se dividen de la siguiente manera: (i) Inicio de la campaña publicitaria de Entel “Solo con Entel Habla ilimitado a cualquier operador” (Marzo de 2017) hasta el inicio de la campaña publicitaria de Claro “Llama ilimitado a cualquier operador” (2 de junio de 2017)¹⁶; e, (ii) Inicio de la campaña publicitaria de Claro “Llama ilimitado a cualquier operador” (2 de junio de 2017) en adelante¹⁷.

Entonces ¿es suficiente contar con una información veraz y comprobable únicamente al inicio de la campaña publicitaria? Nuestra opinión es totalmente contraria a lo alegado por la Comisión. La substantación previa tanto como la

¹⁵ Al menos no sin incurrir en una inducción a error al receptor del mensaje.

¹⁶ En la presente etapa, Entel era la única empresa que ofrecía a sus clientes hablar de manera ilimitada con cualquier operador.

¹⁷ En esta etapa, Entel deja de ser la única empresa que ofrecía a sus clientes hablar de manera ilimitada con cualquier operador, pues Claro equiparó su oferta al ofrecerles el mismo beneficio a sus clientes.

veracidad de la información al inicio del lanzamiento de una campaña publicitaria no pueden garantizar en su totalidad que en algún momento determinado esta no genere una inducción a error, ya sea por el dinamismo del mercado o el propio cambio de la situación a lo largo de la duración de dicha campaña.

Es por tales motivos que de mantenerse la postura de la Comisión hasta la actualidad, se podría haber generado una ola de problemas en el mercado publicitario, problemas que se pueden conectar o se encuentran estrechamente ligados con la importancia de los criterios establecidos por la Sala.

En cuanto a dichos criterios, consideramos que ambos resultan totalmente pertinentes y de suma importancia, por lo cual pasaremos a analizar sus beneficios y las posibles consecuencias negativas que se podrían obtener si estas no se cumplen.

Ahora bien, ¿En qué consideramos que consiste el deber de vigilancia mencionado? A nuestro punto de vista, dicho deber de vigilancia debe consistir en que el anunciante que transmita un mensaje a los destinatarios que se base en información objetiva y genere predominancia, supremacía y ventaja en el mercado sobre sus competidores, se encuentra obligado a mantenerse a la expectativa y revisar diligentemente de que cada día que se transmita dicho mensaje, este siga siendo tan veraz y comprobable como lo fue desde el primer día de su publicación.

El fundamento del deber de vigilancia de la empresa respecto de su publicidad se basa en que esta se toma con total seriedad por los consumidores y está generando una ventaja a su favor en el mercado, la cual puede generar en gran potencia un daño concurrencial¹⁸ a sus competidores. Dicho daño sería legítimo solo y únicamente en cuanto la información presentada continúe siendo veraz a la fecha en que se encuentra publicada y llegue a las personas que lo visualicen.

¹⁸ “Un aspecto central del funcionamiento de la económica es la existencia de competencia. La competencia, en esencia, implica daño al competidor. Por lo tanto, el daño resultante de la competencia es perfectamente válido y aceptable. Este daño no es válido o no se acepta solo cuando sea el resultado de prácticas que generen perjuicio al consumidor en su rol de dirimente de la competencia”. PASQUEL, Enrique. “Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal” *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007. p.70.

Por el contrario, el hecho de no contar con un deber de vigilancia implícito a los anunciantes de publicidad de tono excluyente podría generar muchas consecuencias negativas para el propio anunciante, la competencia, los consumidores y el mercado en general.¹⁹

La primera consecuencia que se puede generar por la falta del deber de vigilancia por parte del anunciante de publicidad de tono excluyente es justamente la que ocurrió con Entel.

En un primer momento, dicha empresa tenía una publicidad veraz y acorde con la competencia, pero el cambiar de la situación mediante la oferta de Claro generó que su contenido se vuelva falso y propenso a un acto de competencia desleal en la modalidad de engaño, por el cual finalmente Entel sería sancionado y se le ordenaría una medida correctiva.

Otra de las consecuencias que puede generar la falta del deber de vigilancia es la existencia de un daño ilícito a los competidores en el mercado, ello en el sentido que en el supuesto de que la información anunciada dejara de ser veraz, esta lo seguiría siendo a los ojos del público, quienes seguirían viendo y confiando del mensaje que la publicidad transmite.

Tal situación podría generar una persuasión y una valoración positiva del consumidor hacia la empresa respecto de su competencia, pudiendo derivar en que el consumidor finalmente elija a la empresa anunciante precisamente por esa ventaja y supremacía en el mercado que alega tener sobre el resto.

En ese sentido, el daño que se estaría realizando no sería un daño concurrencial sino un daño ilícito, debido a que la empresa anunciante no estaría ganando clientela bajo sus propios méritos y de forma lícita, sino bajo un acto de engaño o inducción a error, por lo cual se estaría incumpliendo con el principio de

¹⁹ *El engaño no solo es el paradigma de la deslealtad frente al consumidor (quien, confiando en la información incorrecta, puede sufrir un daño económico u otro daño aún más grave), sino también una fuente de perjuicio para el competidor honrado (quien pierde clientela) y, sobre todo, para la operatividad del mercado mismo (disminuye su transparencia), con las implicancias que todo ello conlleva para la economía y el bienestar general.* MENDOZA, Ana y PATRON, Carlos. "Actos de engaño en general" *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. 2007. p.122.

competencia por eficiencia²⁰ al no haber un triunfo o posicionamiento de la empresa en el mercado con actos correctos esperados por el mercado, generando así, que se esté más lejos de conseguir una competencia perfecta²¹.

De igual forma, otra consecuencia negativa que generaría la falta del deber de vigilancia en la publicidad de tono excluyente es la posible perpetuación de la supremacía que una empresa podría ostentar en algún momento, la cual ya adelantábamos párrafos atrás como una interrogación.

Nos explicamos, si únicamente bastara con cumplir los requisitos de substantación previa y objetividad en el mensaje, el anunciante de una publicidad de tono excluyente tendría carta libre para establecer dicha publicidad durante el tiempo que el considere necesario, incluso si la situación sobre el mensaje que transmite hubiera cambiado o ya no fuera correcta.

El presente problema se podría ejemplificar de la siguiente manera:

El “Banco X” realiza en el año 2015 una campaña publicitaria donde menciona que “Es el único banco en el Perú que funciona y atiende las 24 horas del día y los 7 días de la semana”. En el año 2016, el “Banco W” comienza a atender las 24 horas del día y los 7 días de la semana, al igual que el “Banco X”. En el año 2019, continua la campaña publicitaria del “Banco X” transmitiendo el mensaje de ser los únicos en brindar el servicio a todas horas (aun cuando el “Banco W” también lo brinda desde hace 2 años atrás) aduciendo de que al momento de presentar sus anuncios, ellos cumplían cabalmente lo descrito en el mensaje.

²⁰ “La competencia desleal orienta a la preservación de la competencia que resulta eficiente, pues solo esta permite la adecuada satisfacción de todos los intereses en juego. Esta formulación ha sido traducida (...) como ‘el principio del propio esfuerzo’ (...) El empresario solo puede acudir a la bondad de su oferta para alcanzar su objetivo de lucrarse con la transferencia o prestación del correspondiente producto o servicio al consumidor sin utilizar aspectos ajenos a ella. Por el contrario, quien recurre a aras distintas para tal fin actúa deslealmente. En consecuencia, el daño competido ocasionado a través de la competencia leal es lícito y eficiente.” PASQUEL, Enrique. Op. Cit., pp.42-43.

²¹ “La competencia perfecta (...) se caracteriza a grandes rasgos por los siguientes elementos: (i) libertad irrestricta de acceso al mercado, (ii) atomismo del mercado; vale decir, pluralidad de proveedores y ausencia de concentración económica; (iii) homogeneidad de los productos o servicios que se ofrecen, los cuales son fungibles o sustitutos entre sí; (iv) ausencia de un poder de control de precios; es decir, ningún agente tiene posición de dominio del mercado; (v) transparencia del mercado, es decir, toda la información relevante es conocida por todos los agentes interesados; (vi) movilidad o transferibilidad de los factores de producción; y (vii) maximización de beneficios por parte de los consumidores y proveedores. ZEGARRA, Gonzalo. *Y mi palabra es la ley: INDECOPI, publicidad comparativa e interpretación contra legem*. Themis, No. 50. Lima, 2005. p. 94.

Tal como se refleja en el ejemplo, el no haber un deber de vigilancia en la publicidad de tono excluyente ni generar la obligación de un cambio en la publicidad, si esta deviene en inexacta con el pasar del tiempo, generaría que se pueda perpetuar la supremacía de una empresa sobre las demás hasta que ellos, a su libre albedrío, decidan cambiar de publicidad o dejar de transmitir esa en concreto.

El tema no queda en ese punto, sino que la situación podría empeorar o volverse más grave, pues podemos imaginar que luego un “Banco Z” establezca que es “el único banco en el Perú que permite transferencias y movimientos bancarios sin costo alguno” y tiempo después el “Banco J” también ofrezca lo mismo.

Nos encontraríamos ante un caso similar al del ejemplo del “Banco X” y “Banco W”, con la única diferencia de que la supremacía ostentada es sobre otro servicio brindado dentro del mercado bancario. Por lo tanto, la acumulación de la perpetuación de la supremacía de una empresa sobre otras en el mercado y sobretodo en un mismo mercado (como ocurre con el mercado bancario en el ejemplo), podría generar que distintas empresas se muestren siempre como las predominantes en el mercado respecto de un servicio u oferta en concreto aun cuando ello no sea así.

Dicha situación de perpetuación de la supremacía que pudo haber ostentado alguna empresa en un momento determinado genera también problemas muy graves en los consumidores, comenzando por la confusión que se generará en ellos al darle una información que si bien en un primer momento era correcta, ahora es equivocada, lo cual podrá afectar de forma directa en su decisión final a la hora de escoger el producto o servicio a consumir.

Por si fuera poco, los consumidores también se verán perjudicados al incrementarse los costos de transacción que ellos tendrían. Estos costos de transacción se reflejarían principalmente en el aumento de costos en la búsqueda de información sobre los productos que ofrecen las empresas.²²

²² Sobre dicho tema, Óscar Súmar y Julio Avellaneda, citan a Stigler y Friedland para mencionar que *“la publicidad transmite información que reduce el costo de búsqueda por precios bajos y, por lo tanto, estimula la actividad de búsqueda. Puesto que un*

Al transmitir en su publicidad que todos son los “únicos” o los “mejores” en el mercado, el consumidor deberá realizar una búsqueda más exhaustiva, donde dedicará más tiempo a analizar punto por punto cuál servicio o producto le resultará más rentable o satisfactorio para sus intereses, cuando dicho dato o aproximación podría realizarse solamente con ver la publicidad comercial.

Por lo tanto, la asimetría informativa entre el proveedor y consumidor que tanto aqueja al último y que tanto se busca reducir en todos los aspectos, solo vería incrementar su brecha entre ambos con este actuar, puesto que el consumidor se encontrará con mayores dificultades para encontrar la información veraz y relevante del producto que desea adquirir debido a la inexactitud que causaría la perpetuación de la supremacía cada vez que exista una publicidad de tono excluyente²³.

Asimismo, otra consecuencia que deriva de la falta del deber de vigilancia sería la pérdida de credibilidad en la publicidad comercial, pues como ya mencionamos, los consumidores, al ser inducidos a error por la publicidad comercial, perderán la fe y confianza que tiene la publicidad comercial en sus mensajes al considerar que estos podrían ser engañosos o que no contienen una real información en su contenido. Recordemos que la confianza es un factor que resulta muy difícil de ganar y a su vez extremadamente fácil de perder.

Dicho ello, no se estaría hablando únicamente de una ineficacia en la publicidad de tono excluyente o la pérdida de credibilidad en dicha publicidad, sino se habla de la pérdida de credibilidad en toda la publicidad comercial en general, ello

incremento en la actividad de búsqueda lleva a una enorme reducción de la demanda de cualquier vendedor que suba los precios (...) si el vendedor sube sus precios, muchos consumidores no comprarán su producto. SUMAR, Óscar y AVELLANEDA, Julio. *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú.* Universidad del Pacífico. Lima, 2010. p. 52.

Asimismo, sobre la relevancia de la información presente en la publicidad, los mismos autores mencionan que “*podemos considerar que cuando dos empresas quieren competir entre ellas, lo harán brindando a los consumidores mejores condiciones para que la adquisición de sus productos, sea en referencia al precio o la calidad de estos. Pero también es cierto que dichas condiciones no serían de utilidad para las empresas sino pudieran ser conocidas por los consumidores. Es entonces que se convierte en relevante la publicidad; como el principal mecanismo destinado a que los consumidores reciban dicha información y la competencia sea posible.* Ibid., p. 51.

²³ Ahondando más en el tema de asimetría de la información y buscando darle una explicación, Patrón nos menciona que:

En una economía a escala, como regla general, los consumidores individualmente considerados una posición desventajosa en relación a los proveedores de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. Esta desventaja principalmente se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información relevante que permite que las decisiones de consumo de cada individuo sean las que, en su opinión, le reporten mayores beneficios; en otras palabras, que permite que éstas sean razonables. PATRÓN. Op. cit., p 241.

debido a que el simple hecho de generar desconfianza en los consumidores, generará que estos vean con distintos ojos a la publicidad sin hacer distinción si esta es de carácter objetivo, subjetivo, si es de tono excluyente o no. Todos caerán en el mismo saco y se verán perjudicadas por el mal manejo y la mala información brindada en el mercado.

Luego de haber analizado y mostrado las nefastas consecuencias de una perpetuación de la supremacía de un anunciante y la necesidad del deber de vigilancia, debemos decir que arribándolo al caso en concreto, si se hubiera permitido que Entel pudiera mantener su campaña publicitaria por un tiempo indeterminado sin importar de que esta ya no sea veraz, estas consecuencias podrían haber devenido en una realidad y haber distorsionado el mercado con daños presumiblemente irreparables.

Es por tales motivos que consideramos fundamental y acertado el criterio de la Sala respecto que exista la carga implícita del deber de vigilancia en los casos de publicidad de tono excluyente como el caso de Entel, considerando a su vez que dicha carga se encuentra en correlación con el cumplimiento del principio de veracidad y buena fe, y no por ello deja de lado o elimina el filtro de la substantación previa.

Pasando al segundo criterio establecido por la Sala en su resolución, este se generó a raíz de que Entel alegó que se debería tener en cuenta que el proceso de modificación de la publicidad no es inmediato ni mucho menos se puede realizar de un día a otro por las coordinaciones y trámites necesarios que se deben de realizar, por lo que no debía haber sido sancionado por actos de engaño.

En ese sentido, surgen las siguientes preguntas que consideramos necesario responder: ¿Se debería sancionar desde el primer día que la publicidad de tono excluyente deja de ser veraz? ¿Qué acciones se deberían de tomar al momento de conocer el cese de supremacía en el mercado? ¿Debería haber un plazo razonable para el cambio y/o retiro de la publicidad que ya no es veraz?

Respondiendo de lleno a una de dichas preguntas, somos de la idea que no resulta factible que desde ese mismo día se proceda a sancionar a dicha empresa por la publicidad materia de discusión.

En caso se hubiera sancionado desde ese primer momento, dicha sanción sería no solo irracional sino también se entendería que ha sido impulsada por funcionarios públicos sin mucho criterio y con poco conocimiento del mercado publicitario en general.

Nos fundamentamos en realizar tajantes afirmaciones debido a que no es desconocido que el proceso de modificación de la publicidad no es inmediato ni mucho menos es un tema que se pueda tomar a la ligera. Todo lo contrario, esta modificación necesita una coordinación previa y una serie de trámites entre el anunciante y el proveedor por cada publicidad que se encuentre circulando en distintas formas o medios.

Dicho ello, consideramos que lo correcto es la exigencia al anunciante, en caso la condición de su mensaje publicitario haya cambiado, de proceder con el retiro o transformación del mensaje que transmite su campaña publicitaria de la forma más breve o pronta posible, guiándose siempre del principio de razonabilidad.

Al hablar del principio de razonabilidad en este caso, podemos decir que a este principio no se le debe atribuir un tiempo exacto para determinar si el cambio efectivamente se realizó. Poner una fecha determinada, ya sea días, semanas o meses puede resultar muy debatible e insatisfactorio para todos los puntos de vista.

El principio de razonabilidad en concordancia con el plano temporal se debe entender, tal como lo dice su nombre, como un plazo adecuado o razonable para que el anunciante que se encuentra en falta modifique o retire su publicidad, o que demuestre que ha realizado actos diligentes que permiten verificar objetivamente que está buscando cambiar la situación de su publicidad, por más que ello aún no se refleje en el mercado.

A nuestro parecer, en el presente caso, la Sala da en el clavo al mencionar que Entel, al momento de tomar conocimiento del cambio de condición de su publicidad, debió: (i) modificar o retirar su publicidad, y; (ii) iniciar las coordinaciones necesarias con los proveedores para modificar o retirar la publicidad.

Dichas exigencias mencionadas por la Sala, se encuentran claramente ligadas con el principio de razonabilidad, puesto que se está tomando en cuenta el funcionamiento del mercado en materia de publicidad, al no exigirle al anunciante un retiro o modificación inmediato de su anuncio, sino que se le pide únicamente el inicio de las coordinaciones necesarias con los proveedores para la modificación o el retiro de dicha publicidad, acto que fácilmente podría haberse realizado (ya sea mediante correos electrónicos o llamadas entre anunciante y proveedor) el mismo día o en los días siguientes luego de haberse tomado conocimiento del cambio de circunstancias de la publicidad.

Uno de los temas por los cuales Entel termina siendo sancionado en el presente caso es precisamente por no iniciar las acciones necesarias y/o comunicaciones debidas con los proveedores con la finalidad de demostrar que efectivamente se encontraban en proceso de modificación o retiro de su publicidad.

¿Distinto hubiera sido el caso si Entel iniciaba de manera diligente las coordinaciones para modificar o retirar su anuncio publicitario? Consideramos que sí, en caso Entel efectivamente hubiera acreditado las coordinaciones internas como externas con su equipo y con los proveedores de anuncios publicitarios apenas conoció la oferta de Claro, esta empresa no hubiera incurrido en una falta al principio de veracidad y de buena fe comercial por el propio principio de razonabilidad.

Si Entel hubiera tenido un actuar distinto, mostrando una actitud de cooperación, buscando competir en igualdad de condiciones y no dejando publicidad que era susceptible de inducir a error al consumidor, hubiera resultado impensado que dicha empresa hubiese sido sancionada por actos de competencia desleal.

5) Conclusiones

Como conclusiones, podemos decir que en los casos enumerados y analizados en el presente artículo se demuestra como INDECOPI ha tenido varios aciertos y desaciertos al establecer criterios en el tema de publicidad de tono excluyente.

Sin embargo, a pesar de los fallos que pudieran haber al respecto, rescatamos principalmente el atrevimiento positivo que tienen al analizar cada caso y buscar establecer criterios acordes a la situación y realidad, pues como se sabe, tanto el derecho como el mercado son dinámicos y resulta de suma importancia que la Administración Pública esté a la par de dichos cambios, buscando siempre una evolución que afecte el mercado para bien.

En ese sentido, y haciendo hincapié principalmente en los casos que hemos podido extendernos en el desarrollo, consideramos que cuando un mensaje pueda ser entendido por un consumidor razonable como uno cargado de objetividad o de tono excluyente, siempre existirán medios idóneos para demostrar tal alegación por parte del anunciante, no pudiendo escudarse en que tales mensajes, según su propio entendimiento, son de carácter subjetivo tal como estableció INDECOPI.

Por otro lado, resulta un gran avance el establecimiento de un deber de vigilancia para los anunciantes de publicidad de tono excluyente con la finalidad de proteger a los agentes que se encuentran inmersos en el mercado, ello debido a que es una forma de fortalecer la buena fe comercial y la leal competencia, no pudiendo ser vista dicha vigilancia como una imposición negativa para el anunciante.

6) Bibliografía

FERNANDEZ-NOVOA, Carlos

- 1975 “La sujeción de las expresiones publicitarias al principio de la veracidad”. *Actas de derecho industrial*. Madrid.
- 1989 “La interpretación jurídica de las expresiones publicitarias”. *Estudios de Derecho de la Publicidad, Libro homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela*. Madrid, pp. 11-58.

LEMA, Carlos

- 2007 *El artículo determinado como modalidad de la publicidad de tono excluyente*. Madrid: Marcial Pons.

MAGUIÑA, Ricardo y SOSA, Alex

- 2010 “El mejor del Perú: ¿Exageración publicitaria o engaño? Escoja Usted”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual – INDECOPI*. N° 10, Volumen 6, pp. 93-116.

MENDOZA, Ana y PATRON, Carlos

- 2007 “Actos de engaño en general”. *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, pp. 129-150.

PATRON, Carlos

- 1995 “El principio de veracidad y la “substanciación” previa en materia publicitaria”. *Revista Themis*, N° 31, pp. 239-248.

PASQUEL, Enrique

- 2007 “Los fundamentos económicos del derecho de la competencia desleal”. *El Derecho de la Competencia Desleal*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, pp. 34-74.

SOSA, Alex

- 2012 “Apuntes sobre la publicidad comercial alusiva”. *Revista Actualidad Jurídica*, N° 223, pp. 345-353.

SOSA, Alex y RODRIGUEZ, Gustavo

- 2014 *Con licencia para anunciar. Un tratado del Derecho Publicitario en el Perú*. Lima: Editorial Asociación Civil Themis.

SUMAR, Óscar y AVELLANEDA, Julio

- 2010 *Paradojas en la regulación de la publicidad en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico.

TATO PLAZA, Anxo

1996 *La Publicidad Comparativa*. Madrid: Marcial Pons.

ZEGARRA, Gonzalo

2005 “Y mi palabra es la ley: INDECOPI, publicidad comparativa e interpretación contra legem”. *Themis*, N° 50, pp. 169-197.

