

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor

Propuesta de Regulación en la Publicidad de Cosméticos a Nivel Andino

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

AUTOR

Araceli Mabel Becerra Villafranca

ASESOR:

Alex Ever Sosa Huapaya

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20028213

AÑO

2019

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la publicidad de productos cosméticos en los países de la Comunidad Andina (CAN). En este contexto, se ha revisado la normativa interna que tienen los países miembros de la CAN sobre este tema y se corroboró de que no incluyen pautas o parámetros comunes que debería adoptar todo aquel agente económico que realice publicidad sobre dichos productos. Asimismo, se revisó la Decisión 516 de la Comunidad Andina con la finalidad de verificar si contenía dichos parámetros, lo cual permitiría uniformar la legislación de los diferentes países miembros. Sin embargo, se comprobó de que no hay ningún artículo dentro de esta normativa que contemple esta materia; y, por tanto, existe un vacío a nivel andino. Es por ello, que consideré la importancia que tendría que se incluya un capítulo sobre este tema en la Decisión 516, teniendo en cuenta que, toda infracción que se realice a través de la publicidad de productos cosméticos podría incidir directamente en la salud de los consumidores.

Este trabajo desarrolla cuatro (4) capítulos esenciales, explicando primero los aspectos jurídicos relevantes sobre la actividad publicitaria, para luego poder explicar la importancia que tiene la publicidad en el mercado. Posterior a ello, se desarrolla en el tercer capítulo cuál es la regulación publicitaria actual que existe a Nivel Andino, para así explicar en el siguiente capítulo como se viene realizando la comercialización de los productos cosméticos en los países miembros de la CAN. Finalmente, se concluye indicando una propuesta, donde se plantea incluir dentro de la normativa de la Comunidad Andina un capítulo donde se señale los parámetros que deben de tener en cuenta todos los países miembros al momento de hacer publicidad de los productos cosméticos, los requisitos que debería de cumplir la publicidad o promoción de estos tipos de productos con la finalidad de que no se cometa publicidad engañosa. Asimismo, se propone que nuestra regulación interna (Decreto Legislativo N° 1044) debe ser más rigurosa respecto a las sanciones y medidas correctivas que deberían de aplicarse a los agentes económicos infractores.

ÍNDICE

I. Introducción.....	4
II. Aspectos Jurídicos relevantes sobre la actividad publicitaria.....	7
2.1 Regulación jurídica sobre la fiscalización a la actividad publicitaria.....	7
2.2 Definición de publicidad.....	8
2.3 Principios publicitarios	9
2.3.1 Principio de Veracidad	9
2.3.2 Principio de Legalidad	11
2.3.3 Principio de No Denigración	13
2.3.4 Publicidad Engañosa	14
III. Importancia de la Publicidad en el Mercado.....	18
IV. Regulación de Publicitaria a Nivel Andino	21
V. Mercado comunitario respecto a la comercialización de productos cosméticos ...	24
5.1 Limitaciones a la Publicidad de Productos Farmacéuticos	24
5.2 Productos Cosméticos	25
VI. Propuesta	27
VII. Bibliografía	31

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 58° de nuestra Constitución establece que bajo el modelo de Economía Social de Mercado el Estado orienta la actividad económica del país. Dicho modelo se sustenta en diferentes principios relacionados con la libertad de actuación de los agentes económicos en el mercado, uno de ellos, la defensa de la competencia. De esta forma el artículo 61°, establece que “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...)”. Este artículo exige al Estado que garantice el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Esto último se debe a que, nuestro modelo económico caracterizado por una paulatina reducción del protagonismo estatal dentro del mismo, promueve la competencia y reserva al Estado la facultad de vigilar la libertad de competencia, lo que permite defender no sólo los intereses de los agentes económicos, sino también lo de los consumidores. Es por ello la necesidad de protección del proceso competitivo dentro de un contexto de lealtad y libertad, lo cual implica que los precios en el mercado se generen como consecuencia de la interacción entre oferta y demanda y al mismo tiempo, garantizar que los agentes económicos puedan desarrollar sus actividades dentro de la premisa de la buena fe empresarial procurando la competencia eficiente en el mercado.

Como consecuencia de la competencia entre las empresas, cada una de ellas busca obtener la mayor cantidad de consumidores recurriendo a la publicidad como aquel instrumento que le permita difundir, muchas veces de forma masiva, las bondades de sus productos o servicios, constituyendo una fuente importante de información y a la vez un promotor del proceso competitivo. Como fuente de información, su importancia se hace más relevante ya que guarda evidente correspondencia con nuestro ordenamiento jurídico de protección al consumidor, otro de los principios de nuestro régimen económico, contenido en el artículo 65° de la Constitución, el cual reconoce a la información como uno de los derechos garantizados por el Estado a favor de los consumidores. La publicidad promueve el proceso competitivo porque los agentes económicos que recurren a ella con la finalidad de captar

más consumidores, despertarán en los demás concurrentes en mercado la necesidad de llegar a los consumidores, muchas veces recurriendo también a la publicidad.

Sin embargo, en el fragor de la competencia se producen determinados actos o conductas que si bien, se orientan a conseguir más consumidores, al ser contrarios a la buena fe empresarial y a la competencia por eficiencia pueden producir consecuencias perjudiciales para los competidores, para los consumidores e, incluso, para el propio mercado. Estas conductas, denominadas como “actos de competencia desleal”, son reprimidas por nuestro ordenamiento jurídico, en especial por el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, norma que en su artículo 8° incluye a los actos de engaño como una de las modalidades de actos de competencia desleal. El acto de engaño tiene como efecto inducir a error sobre los atributos de los productos o servicios que se ofrecen en el mercado, así como de todos los aspectos relacionados con la actividad empresarial de un determinado agente económico, siendo la publicidad por su alcance masivo y su finalidad persuasiva “el vehículo ideal” para realizarlos.

Por otra parte, se debe considerar que en las últimas décadas uno de los productos cuya demanda se ha intensificado son los cosméticos, y esto se debe, al creciente interés que tienen las personas de su cuidado personal por razones estéticas o estrictamente ligados a la salud (como por ejemplo la exposición a la radiación solar, en el caso de los bloqueadores). Es así que, a nivel comunitario, la Decisión 516 – Armonización de Legislaciones en materia de Productos Cosméticos (modificado por la Decisión 833) tiene como finalidad establecer un marco normativo más amplio que armonice las legislaciones internas de los Países Miembros sobre estos productos, con la finalidad de garantizar el cuidado de la salud de quienes lo consumen.

A pesar de ello, ni dicha norma ni su Reglamento (Resolución N° 797 de la Secretaría General de la Comunidad Andina) incluyen disposiciones respecto a la publicidad de los mismos, lo cual considero que es erróneo ya que a través de la publicidad se brinda información sobre las bondades de los productos cosméticos (entre ellos tenemos a productos para: la piel, ojos, cabello, aseo e higiene corporal, higiene bucal, bronceado,

depilatorios, bloqueo de la piel, entre otros, etc.). Si dicha información no es veraz, no solamente se estaría afectando el derecho a la información sino la salud del consumidor, lo cual constituiría una infracción grave.

En este sentido, es necesario que nuestro ordenamiento jurídico, a través de la norma comunitaria, incluya disposiciones sobre la publicidad de productos cosméticos, reprimiendo los actos desleales, en especial, el engaño que podría perjudicar el mercado de dicho tipo de productos y, en especial, los derechos de los consumidores, con el agravante que podría incidir negativamente en su salud. Lo señalado guarda correlación con la restricción que nuestro ordenamiento jurídico realiza a la actividad publicitaria mediante el principio de legalidad publicitaria (cuya inobservancia está regulada por el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal y las disposiciones respecto a la publicidad sobre productos farmacéuticos contenidas en la Ley N° 29459 – Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios).

Es así que, el presente ensayo tiene como finalidad proponer la complementación de la norma comunitaria sobre la comercialización de productos cosméticos mediante disposiciones respecto a la publicidad, en la cual, no trasgrediendo los principios del régimen económico actual, se resguarde los derechos de los consumidores a tomar decisiones informadas y que no afecten su salud.

II. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES SOBRE LA ACTIVIDAD PUBLICITARIA

2.1 Regulación jurídica sobre la fiscalización a la actividad publicitaria

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual – Indecopi la potestad para fiscalizar y sancionar las conductas contrarias al proceso anticompetitivo como es el caso de las conductas anticompetitivas y los actos de competencia desleal, los cuales pueden ser realizados a través de la actividad publicitaria¹.

En este sentido, corresponde a dicha entidad pronunciarse en los procedimientos administrativos orientados a determinar la existencia de dichas conductas prohibidas y sancionadas por el Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de las Conductas Anticompetitivas y por el Decreto Legislativo N° 1044, respectivamente. Respecto a esta última norma se puede señalar que tiene como finalidad brindar el marco legal para que los agentes económicos puedan realizar sus actividades dentro de los principios que rigen este modelo económico, promoviendo el desarrollo de la leal y honesta competencia².

Al mismo tiempo es importante acotar que de su artículo 1° se desprende que el bien jurídico protegido es el proceso competitivo³. Es por ello que a través de la mencionada norma se van a sancionar aquellos actos que vulneran la buena fe empresarial; no limitándose únicamente a la protección del interés de los competidores o comerciantes sino,

¹ **Decreto Legislativo N° 1033 – Ley de Organización y Funciones del Indecopi**
Artículo 2.- Funciones del Indecopi. -

2.1 El Indecopi es el organismo autónomo encargado de:

(...) b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva; (...)

² De acuerdo con Bullard y Patrón: “Las normas de represión de la competencia desleal no tienen como fin último proteger al competidor, sino proteger al mercado, al sistema competitivo, y, en última instancia, al consumidor. De esta manera, este cuerpo legal se convierte en un mecanismo para proteger la libertad de elegir de los consumidores” (BULLARD, A. y PATRÓN, C. “El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. Editorial Themis, Lima, 2007, p. 450)

³ **Decreto Legislativo. N° 1044.**
Artículo 1°.- Finalidad de la Ley.-

La presente Ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

además, del interés de los consumidores y del mercado en general. De esto último se advierte la estrecha relación que existe entre la fiscalización de la actividad publicitaria desarrollada en forma desleal y, la protección de los derechos de los consumidores. Esto último se materializa en la Ley N° 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴, la cual establece que la protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa.

2.2 Definición de publicidad

El artículo 59° d) del Decreto Legislativo N° 1044 define a la publicidad 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”.

En este sentido, se desprende el rol de la actividad publicitaria en el mercado es sumamente relevante ya que siendo un instrumento a través del cual los empresarios promueven su oferta en el mercado, constituyendo un importante mecanismo de información, aminorando los costos de transacción e incidiendo en las decisiones que adoptarían los consumidores⁵.

Dicha definición tiene como antecedente lo establecida en los Lineamientos de Competencia Desleal y Publicidad del año 2001, los cuales conceptualizaban la publicidad

⁴ Dicha norma en su artículo 12 señala: “La publicidad comercial de productos y servicios se rige por las normas contenidas en el Decreto Legislativo núm. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, o por aquellas normas que las sustituyan o modifiquen, y por las normas específicas del presente subcapítulo y las de publicidad de determinados productos y servicios contenidas en el presente Código”.

⁵ Al respecto, Gálvez señala, que, “La estrecha relación que existe entre Derecho de la Publicidad y Derecho de la Competencia Desleal así como la vinculación que existe entre Derecho de la Publicidad y Derecho de Protección al Consumidor, en ocasiones pone en tela de juicio la autonomía del Derecho de Publicidad y hace dudar de la conveniencia que exista un cuerpo normativo separado que regule la materia publicitaria. Por un lado, en términos se dice que todas (o casi todas) las infracciones publicitarias constituyen a la vez actos de competencia desleal. Por el otro lado, todas (o casi todas) las infracciones publicitarias suponen una violación a los derechos de los consumidores. (GÁLVEZ, M. “Apuntes sobre la vinculación de los derechos de propiedad industrial y la represión de la competencia desleal”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Palestra Editores. Lima, 2006, p. 307).

como: “(...) una forma de comunicación pública que busca fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando las preferencias de los consumidores”.

2.3 Principios publicitarios

Se debe conceptualizar a los principios publicitarios como aquellos parámetros que delimitan el ejercicio de la actividad publicitaria garantizando la no afectación indebida al proceso competitivo, incluyendo a los agentes económicos que concurren en el mercado y a los consumidores.

Debido a la finalidad persuasiva que persigue, se debe considerar que la publicidad brinda una información parcializada, expresando únicamente lo positivo del producto o servicio, no lo negativo, en este sentido, el anunciante se ampara en su libertad de expresión comercial. Sin embargo, el carácter persuasivo de un anuncio no justifica la distorsión de la información que se transmita en el mercado, es por ello que la ley exige que todo anuncio publicitario no induzca a error consagrándose el **principio publicitario de veracidad**.⁶

2.3.1 Principio de veracidad

Este principio protege al destinatario del mensaje publicitario, entre ellos el consumidor, quien es el más susceptible de ser afectado por la asimetría informativa que se encuentra en el mercado⁷. Sin embargo, el mencionado principio no solamente se orienta a la superación de la mencionada asimetría, sino a que la información que fluya en el mercado no sea

⁶ “De esta forma, lo que el principio de veracidad pretende evitar es que el consumidor sea inducido a error, ya sea de forma directa o indirecta. En otras palabras, se puede inducir a error al consumidor ya sea proporcionándole información falsa (inducción a error directa) o proporcionando información verdadera pero que por el contexto o forma en la que se presenta, induce a error al consumidor (inducción a error indirecta). La aplicación de este principio, entonces, no se restringe a los casos en los que el anunciante miente deliberadamente” (RODRÍGUEZ, G. “Publicidad comercial, principio de veracidad y eficiencia económica: un cuento con final feliz”. En: Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica Lima, 2008 p. 78).

⁷ Al respecto Baca señala que “Ya sea porque se entienda que el consumidor es un sujeto débil, en sí o por sí respecto de su contraparte, o porque se le considere simplemente como una parte de desventaja respecto del profesional que conoce toda la información, se admite la necesidad de que se le otorgue un especial cuidado a este sujeto, lo que exige una intervención más activa del Estado”. (En: BACA, V., Protección al Consumidor, INDECOPI, Lima, 2013, p. 35).

distorsionada y por lo tanto los diferentes agentes que participan en el mercado adopten decisiones de acuerdo a sus intereses.

La actual norma que reprime la competencia desleal salvaguarda el principio de veracidad al establecer como sancionables los actos de engaño, incluyendo los realizados mediante la actividad publicitaria. Impone a los anunciantes la obligación de que el contenido de los anuncios que difundan en el mercado se ajuste a la realidad y se prohíbe que estos sean capaces de generar engaño contra los consumidores o los induzca a error. Conforme a ello, el contenido objetivo del material publicitario debe ser susceptible de ser comprobado, es decir, el anunciante debe limitarse a realizar afirmaciones respecto a los productos o servicios que previamente hayan sido comprobadas o acreditadas.

Los actos de engaño se encuentran descritos como las conductas que tengan por efecto, real o potencial, inducir a error al público consumidor respecto a las características, condiciones, precio u otros aspectos de los productos o servicios que los proveedores ofrecen en el mercado o respecto a los atributos que estos tienen en su actividad comercial. La prohibición y sanción de estos actos procura garantizar la transparencia en las actividades ejercidas en el mercado, es decir que la elección que realice el consumidor esté dirigido a premiar a quien haya sido más eficiente, obteniendo este último una ventaja competitiva sobre los demás competidores.

En materia publicitaria, la responsabilidad por la difusión de publicidad engañosa recae, principalmente, en el anunciante, ya que este último se encuentra en mejor posición probatoria respecto a la veracidad de los mismos⁸.

Para el análisis del contenido de los anuncios publicitarios, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 21° de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁸La Comisión de Represión de la Competencia Desleal en el documento de trabajo denominado "Lineamientos sobre publicidad engañosa ha señalado: Es por ello que las afirmaciones que se consignen en cada uno de los elementos publicitarios necesitan gozar de dos principios importantes que van de la mano y que no pueden existir uno sin el otro: (i) el principio de veracidad; y, (ii) el principio de sustanciación previa. Para entender mejor la aplicación de ambos conceptos, los revisaremos más adelante. (p.4). En: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51775/0/Trabajo_Lineamientos.pdf/ef12a5f8-0d58-4576-b68d-63509cec14fc

Conforme a dicho dispositivo el contenido publicitario debe analizarse tomando en cuenta que este tiene por objetivo promover o incentivar la contratación o el consumo. Asimismo, se establece que el contenido publicitario debe ser analizado de forma integral, tomando en cuenta todos los elementos que interactúan en ella, así como debe considerarse que el consumidor o destinatario final del mensaje publicitario realiza un análisis superficial del mismo. En los casos de las campañas publicitarias, estas deben analizarse en su conjunto y analizando las particularidades de los anuncios que componen o conforman la campaña.

Es importante señalar que si bien la justificación de la prohibición de los actos de competencia desleal en la modalidad de engaño se fundamenta en garantizar la transparencia del mercado a través de decisiones que se adopten a partir de información veraz, en algunos casos es indispensable incluir el derecho a la salud ya que hay productos o servicios que tienen un impacto sobre ella, por lo que la publicidad engañosa no solo afectaría la transparencia en el mercado, el derecho a recibir una información veraz, sino también la salud. Sobre esto último, se ha incidido mucho en el caso de la “comida chatarra” que por su alto contenido en grasas saturadas afecta la salud de los consumidores⁹; sin embargo, hay otros productos con incidencia directa como es el caso de los medicamentos y de los productos cosméticos.

2.3.2 Principio de legalidad

Este principio obliga a quienes intervienen en la difusión de un anuncio publicitario a cumplir las restricciones o requisitos impuestas por normas imperativas que tutelan el interés público. De esta forma, los actos contra el principio de legalidad consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria. Constituye una infracción de este principio el incumplimiento de cualquier disposición que regule la realización de publicidad, respecto de su contenido, difusión o alcance.

⁹ La publicidad sobre dichos productos se encuentra restringida por las disposiciones de la Ley N° 30021 – Ley de Promoción de la Alimentación Saludable.

En consecuencia, se considerará como un acto desleal la difusión de anuncios que no observen las normas imperativas que rigen la actividad publicitaria. Por lo tanto, la inobservancia de este principio faculta a los órganos resolutivos del Indecopi a reprimir los actos publicitarios que infrinjan lo dispuesto en las normas imperativas, esto último de acuerdo a lo establecido por el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044.¹⁰

Un ejemplo claro de observancia de este principio es el cumplimiento de lo establecido por la Ley N° 29459 – Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, norma que en su Capítulo X establece disposiciones relacionadas con la promoción y la publicidad, las mismas que se justifican en la protección de la salud incluyendo los riesgos que generaría la automedicación. Otro ejemplo que considero pertinente resaltar es la obligación de incluir los octógonos nutricionales de acuerdo al Manual de Advertencias Publicitarias en el marco de la Ley de Alimentación Saludable.

Los ejemplos mencionados evidencian la necesidad de incluir disposiciones que garanticen que a través de la publicidad engañosa de productos cosméticos no se afecte el derecho a la salud.

2.3.3 Principio de no denigración

La reputación o prestigio empresarial tiene importancia para los agentes económicos y los consumidores (en este último caso porque toma decisiones de consumo en base a dicho prestigio), por lo que al ser afectado o menoscabado mediante una práctica denigratoria puede incidir en una sustracción injustificada de la clientela, lo cual constituiría un acto

¹⁰ Según Rodríguez: "En primer término, debe destacarse que la mención "legalidad" no puede ser empleada para argumentar que el principio se circunscribe únicamente a los casos de violación de normas de rango legal. Esta interpretación se encuentra apoyada por la precisión referida al incumplimiento de cualquier disposición sectorial. En segundo término, cabe destacar la precisión que efectúa la LRCD al señalar que las normas cuyo incumplimiento importa la contravención del principio de legalidad, son las referidas a la actividad publicitaria". (RODRÍGUEZ, G. Con licencia para anunciar: un tratado del Derecho Publicitario en el Perú, THEMIS, Lima, 2014, p. 210).

desleal ya que dicha disminución no fue como consecuencia de que los otros agentes económicos sean más eficientes que el afectado¹¹.

Para identificar un acto de denigración, se tendrá en cuenta el contenido y difusión de la comunicación, así como al presunto afectado por las afirmaciones difundidas, en ese sentido, basta con que, a partir de los elementos evaluados, los consumidores entiendan inequívocamente que se alude a la empresa que compite con el anunciante en un determinado mercado.

Del artículo 11° del Decreto Legislativo N° 1044 se advierte que los actos de denigración tienen como efecto el menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos. No obstante ello, dichos actos no serán considerados ilegales si presentan los siguientes requisitos:

- a. Que constituyan información verdadera, por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad;
- b. Que constituyan información exacta, por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta;
- c. Que no empleen la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado, en atención a las circunstancias; y,
- d. Que no empleen alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no transmitan información que permita al consumidor.

¹¹ Señalan Pimentel y Córdova: "La reputación empresarial es, sin duda, uno de los activos intangibles que los agentes del mercado valoran en mayor medida al momento de llevar a cabo cualquier transacción comercial. La importancia de la reputación empresarial incluso ha llevado a que algunos estudiosos del marketing afirmen que este es el activo más importante de una empresa" (SAMANIEGO, P. y CÓRDOVA, E. "Comentarios a la Ley de Represión de la Competencia Desleal". En: Actualidad Jurídica N° 108. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2009, p. 191).

2.3.4 Publicidad engañosa

El cumplimiento del principio de veracidad exige que el anunciante cuente con las pruebas que acrediten determinadas características de un producto, expresadas en cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado, antes de la difusión de un mensaje publicitario.

Al respecto, la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución N° 014-97-TDC, aprobó el precedente de observancia obligatoria referido a los casos en que los anunciantes se encuentran sujetos a probar la veracidad de las afirmaciones que difunden en sus anuncios. En dicha oportunidad se consideró que ello dependía de cómo era percibida la afirmación por un consumidor razonable. De este modo, si las afirmaciones contienen información que pueda ser considerada como objetivamente verificable por un consumidor razonable, están sujetas al principio de veracidad. Si, por el contrario, las afirmaciones son percibidas por este tipo de consumidor como opiniones subjetivas y, por tanto, no verificables, no están sujetas a comprobación.

Debido a la posición que ocupan en las transacciones o relaciones contractuales, los consumidores cuentan con menor información que los proveedores sobre los bienes o servicios que éstos ofrecen en el mercado (información asimétrica), siendo que resulta necesario establecer mecanismos legales que reviertan esta situación impulsando a los proveedores a trasladar aquella información en que usualmente tienen que incurrir los consumidores para la adquisición de bienes y servicios.

De esta manera podemos decir que la consagración del Principio de Veracidad tiene por objeto proteger a los consumidores de la asimetría informativa en que se encuentran en el mercado, pues lo que se pretende es que la información contenida en los anuncios publicitarios de los bienes y servicios de los proveedores sea veraz.

Como se sabe, “la publicidad es un mecanismo idóneo utilizado por los proveedores para transmitir aquella información relevante referida a los elementos, condiciones, atributos,

características, precios, entre otros, de los productos o servicios; con ello, los consumidores pueden obtener fácilmente la información que de otra manera resultaría costosa o de muy difícil acceso. Sin embargo, este mecanismo de información se desacredita cuando deslealmente algunos proveedores de bienes o servicios, mediante el empleo de anuncios publicitarios, inducen a error al público consumidor con la finalidad de lograr la preferencia de éstos, perjudicando a los proveedores que sí cumplen con brindar una información veraz en su publicidad comercial.”¹²

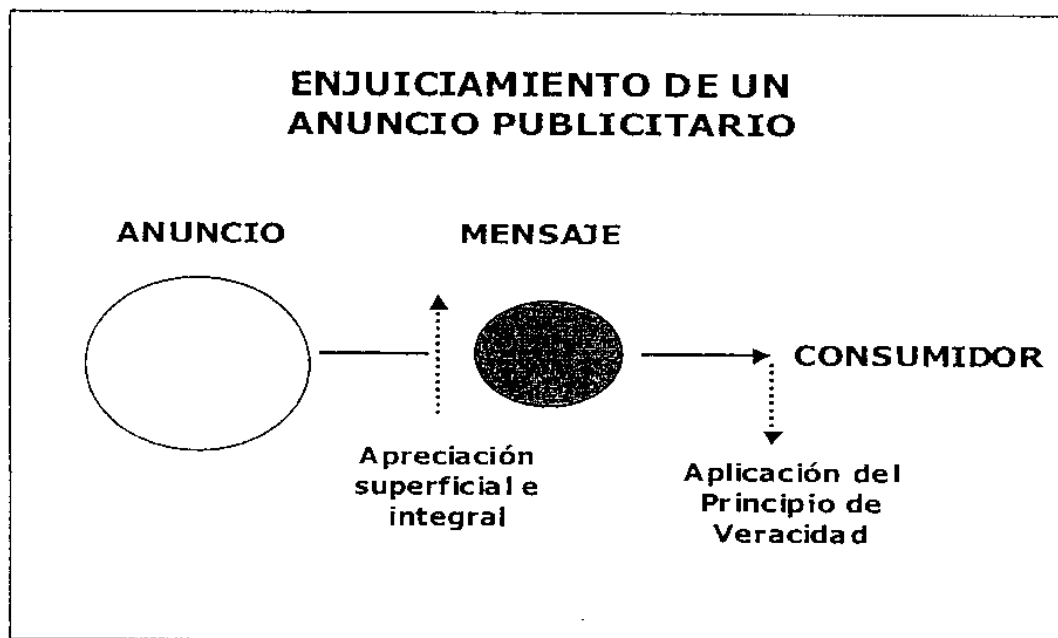
El Decreto Legislativo N° 1044 también ejemplifica un supuesto específico de engaño en un contexto publicitario. Así, la Ley actual señala expresamente que la publicidad testimonial que no se sustente en experiencias auténticas y recientes del presunto testigo será considerada como un acto de engaño, al respecto, cabe señalar que el Decreto Legislativo N° 691 regulaba la publicidad testimonial de manera independiente, lo cual no resultaba apropiado¹³.

Asimismo, el Decreto Legislativo N° 1044 tiene en cuenta que el sistema de represión de la competencia desleal requiere determinar la veracidad de los mensajes de naturaleza comercial, en el momento en que estos fueron puestos a disposición de sus receptores. Es así que ha establecido que corresponde a los anunciantes actuar con la diligencia necesaria para garantizar que los mensajes de naturaleza comercial que difundan en el mercado tengan un sustento probatorio que garantice su veracidad. En este sentido, la diligencia del emisor se encuentra exigida en la existencia de un adecuado sustento probatorio que sustente la información que se difunde en el mercado.

¹² Diálogo con la Jurisprudencia. “Actualidad, análisis y crítica jurisprudencial”. Editorial Gaceta Jurídica. Publicación Mensual. Año 8, Número 24: Marzo de 2002, pp. 232-233.

¹³ Al respecto, Bercovitz, indica que “Los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a los consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino en una presentación que induce a error. Por ello la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falsas o la omisión de las verdaderas, sobre las características de todo tipo de las prestaciones que se ofrecen, constituye un acto de competencia desleal. Para juzgar si el engaño existe, hay que considerar en su conjunto el mensaje que se transmite a la clientela potencial, las circunstancias en que ese mensaje se hace llegar a esa clientela y las propias características de la clientela. En definitiva, existe engaño siempre que las indicaciones que se destinan a atraer a los clientes potenciales inducen a error sobre las características de la prestación que se ofrece. Es importante destacar que el engaño puede provenir de la omisión de datos que debería conocer el cliente potencial y que son **relevantes para su decisión**”. (BERCOVITZ, A. Apuntes de Derecho Mercantil. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 362).

Es preciso destacar que para determinar la veracidad de un anuncio publicitario, se tiene que determinar si hay una correspondencia entre la afirmación publicitaria objetiva¹⁴ y el mensaje publicitario interpretado por el destinatario a la luz de un análisis integral y superficial¹⁵, de existir se concluye que la publicidad es veraz caso contrario, se concluiría que ésta es engañosa. Esto último fue graficado en la Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI de fecha 3 de septiembre de 2007.



Como ya se ha señalado anteriormente, si bien la publicidad engañosa afecta la leal competencia en el mercado ya que el anunciante brinda información distorsionada

¹⁴ Según Maguiña y Sosa, se define a las afirmaciones subjetivas como, "(...) la conducta empresarial que consiste en hacer publicidad mediante anuncios que aumentan de modo desmesurado las excelencias de los productos o servicios ofrecidos. Así, podemos definir a la exageración publicitaria como todos aquellos elogios de tono altisonante, con un contenido total o parcial concreto y comprobable, que posee un núcleo fáctico verdadero y que no es tomada en serio por los consumidores" (MAGUIÑA, R. y SOSA, A. "El mejor del Perú": ¿exageración publicitaria o engaño? escoja usted". Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10. Indecopi. Lima, 2010, p. 104

¹⁵ Señala Sosa que: Dichos mensajes son los que se contrastan con la realidad a fin de determinar si un anuncio es susceptible de inducir a error o no (o, en suma, si es susceptible de constituir un acto de competencia desleal). Esto último es lo que sanciona el principio de veracidad: la posibilidad de que un anuncio pueda inducir a error, no que este se concrete; esto segundo no es necesario. Está claro que lo que busca este principio es reprimir todo acto a través del cual un agente económico transmita información engañosa la cual sea susceptible de desviar la demanda hacia su oferta. (SOSA, A. Guerra Publicitaria en el "Mundo Telecom" (Casos Prácticos). Derecho & Sociedad. PUCP. Lima, 2017, p. 162).

afectando la transparencia, característica esta última que exige un mercado competitivo en una economía social de mercado, se afecta el derecho del consumidor a recibir una información veraz para tomar una decisión adecuada a sus intereses, debe considerarse que en el caso de los productos cosméticos, se podría afectar la salud de los consumidores. Esto último tiene su fundamento en que la publicidad al tener una persuasiva va a procurar destacar las bondades de dichos productos recurriendo a la exageración publicitaria¹⁶. Recurrir a la utilización de esta licencia es lícito, sin embargo, si a través de ella se induce a error de los consumidores se puede producir los efectos negativos ya mencionados, esto último más aún si los cosméticos están relacionados en muchos casos a la estética y al cuidado personal.

Como se ha mencionado anteriormente, la exageración publicitaria como licencia que tiene el anunciante si bien tiene como límite la no inducción a error al destinatario del anuncio, este es más evidente cuando está de por medio la salud del consumidor, la cual puede haberse afectado debido a que los productos cosméticos incluyen muchos insumos químicos. En este sentido, se debe considerar que los cosméticos abarcan un amplio espectro de productos desde champús, fragancias y colorantes para el cabello hasta protectores solares, dentífricos y desodorantes. Por lo tanto, es relevante proporcionar a los consumidores una información específica, comprensible y fiable, que les permita tomar decisiones ajustadas a sus necesidades; lo cual involucra la no afectación a su salud.

III. IMPORTANCIA DE LA PUBLICIDAD EN EL MERCADO

Estamos en un mercado con diferentes bienes que se ofrecen a los consumidores como suficientes para satisfacer sus necesidades. Ante esta competencia el proveedor debe persuadir al consumidor que adquiera su bien en lugar del bien de su competidor, para lo

¹⁶ Al respecto TOVAR afirma, "Es usual que los anunciantes aumenten de forma desmesurada las bondades de sus productos o servicios, a fin de distinguirse de sus competidores y despertar el interés del consumidor. Esta conducta es permitida dentro de los límites "que interpone la legislación de competencia desleal". (TOVAR, T. "El artículo mejor escrito. Acerca de la Exageración publicitaria y el principio de veracidad". Actualidad Jurídica N° 190. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2009, p. 39).

cual comunica a los consumidores las virtudes de su producto y en algunos casos los defectos del producto de su competencia. Por consiguiente, si se quiere vender un bien, éste se tiene que dar a conocer, pues de otra forma los consumidores no se enterarán de su existencia, no lo adquirirán y el proveedor no obtendrá el dinero que se intercambia por dicho bien.

De la misma forma los proveedores buscan hacer conocido sus productos por todos los medios que la técnica y los medios de comunicación ponen a su disposición, esto es prensa escrita, televisión, radio, entrega de volantes, organización de eventos, entre otros. Este hecho lleva a los encargados de marketing de las empresas a diseñar campañas publicitarias, es decir a utilizar diversos medios para presentar su producto y convencer a los consumidores que éste cubre plenamente sus necesidades

La publicidad comercial constituye una herramienta importante de competencia, puesto que a través de esta los agentes económicos difunden y promocionan los productos o servicios que colocan en el mercado, haciéndolos resaltar sobre los otros productos y servicios ofrecidos por sus competidores. Asimismo, mediante la publicidad se pueden dar a conocer las cualidades y ventajas que ofrecen los anunciantes como agentes comerciales. En este sentido, la publicidad se caracteriza principalmente por tener una finalidad comercial, es decir, aquella que tenga por objetivo inducir al consumidor al consumo o a la contratación, dejándose de lado la publicidad institucional o la que tenga por objetivo incentivar valores sociales, sin que de por medio exista un fin comercial.

De ambas definiciones se desprende que mediante la actividad publicitaria los agentes económicos promueven la adquisición o la contratación de sus productos o servicios en el mercado al comunicar respecto a las bondades de dicha oferta. De esta forma se advierte que, la publicidad comercial cumple una triple función¹⁷: En primer lugar, la publicidad comercial constituye un instrumento de competencia, en la medida que sirve a los agentes

¹⁷ La Comisión de Represión de la Competencia Desleal en la Resolución N° 1159-2007/CCD de fecha 29 de agosto de 2007, señaló: "En la actividad publicitaria puede reconocerse una triple función: (i) la de ser informativa; (ii) la de ser persuasiva; y (iii) la de constituir un mecanismo de competencia".

económicos para competir de manera más eficaz en el mercado. En segundo lugar, la publicidad comercial cumple una función informativa, en la medida que a través de esta se brinda o suministra información a los consumidores, la cual debe ser debidamente regulada y estar sujeta a los principios de legalidad, veracidad, autenticidad y adecuación social. Por último, la publicidad cumple una función persuasiva, puesto que lo que ésta busca es persuadir al destinatario del mensaje publicitario a comprar el producto o a contratar el servicio.

De lo antes citado, nos encontramos con una definición de publicidad que reconoce su intenso papel en la transferencia de información sobre los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado. De este modo, se reconoce implícitamente su trascendente función en la transparencia del mercado, y se evidencia la necesidad de que la publicidad no sea vehículo de distorsión informativa respecto de las ofertas en el mercado. Asimismo, se reconoce su singular papel en la proyección de la imagen empresarial de los concurrentes en el mercado y en la formación del valor de las ofertas y de las marcas que las distinguen.¹⁸

Consideramos importante que durante este periodo no se haya perdido el objetivo final de la aplicación de las políticas de competencia. Así, las normas que han regulado durante todo este tiempo la publicidad comercial en el país han tenido, por lo general, la tendencia de promover la competencia entre agentes económicos y buscar que el consumidor tome sus decisiones sobre la base de la mejora de su bienestar. Sin embargo, siempre existe la posibilidad que se pretenda sobreregular la publicidad comercial, pues así como se entienden los efectos positivos que pueden generar al mercado, lo cierto es que existe cierta tendencia a nivel regional y mundial que considera que en determinados casos, la publicidad genera efectos negativos.¹⁹

¹⁸ ORTEGA, E. La comunicación publicitaria. Pirámide. Madrid, 2004, p. 71.

¹⁹ Al respecto Eyzaguirre señala: como podría ser el hecho que genere barreras de entradas a otros competidores, el que produzca externalidades (por ejemplo, la publicidad de cigarrillos) o induzca a realizar comportamientos inmorales (publicidad discriminatoria) o que generen expectativas excesivas respecto a sus beneficiosos para la salud (por ejemplo la publicidad de productos milagrosos). De hecho, consideramos que el objetivo de la autoridad de competencia debe ser lograr un balance en la regulación de la publicidad comercial. En efecto, si la aplicación de las normas es muy estricta, podrían generarse efectos económicos no deseados en el mercado, pues se podrían ocasionar desincentivos para que los agentes económicos inviertan en publicidad, lo cual tendría como efecto el incremento de la asimetría informativa frente a los

Lo señalado anteriormente se puede resumir en el hecho de que la publicidad cumple un importante rol en la transferencia de información sobre los productos y servicios que se ofrecen en el mercado. Es por ello que se evidencia su relevante función en la transparencia del mercado, por lo que se requiere que la publicidad no constituye un mecanismo de distorsión informativa respecto de las ofertas que se realizan en el mercado. Asimismo, se reconoce su incidencia en la proyección de la imagen empresarial de los agentes económicos en el mercado regido por la libre competencia. De la misma forma, debido al rol que cumple en el mercado y a los efectos que genera debe considerarse que su difusión debe adecuarse a los límites que establece nuestro ordenamiento jurídico el cual, partiendo de un modelo económico social de mercado debe garantizar la libertad de empresa del anunciante pero al mismo tiempo resguardar el bienestar general, constituido entre otros por los derechos a la información y la salud.

IV. REGULACIÓN PUBLICITARIA A NIVEL ANDINO

Respecto a la regulación internacional sobre la prohibición de incurrir en actos de competencia desleal, se advierte que el inciso 3 del artículo 10° bis del Convenio de París obliga a los Estados miembros a prohibir todos los actos capaces de causar confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor. El ámbito de este artículo es muy amplio, ya que abarca cualquier acto que en el curso del comercio involucre una marca, un signo, una etiqueta, un lema comercial, un embalaje, una forma o un color de los productos o cualquier otra indicación distintiva utilizada por un comerciante. De esta manera, en la prohibición de la confusión no sólo son importantes las indicaciones utilizadas para distinguir los productos, servicios o empresas, sino también la apariencia de los productos y la presentación de los servicios²⁰.

A nivel comunitario la Decisión 486 – Régimen Común sobre Propiedad Industrial en su Título XVI regula la Represión de la Competencia Desleal vinculada a la propiedad industrial, de esta forma, se considera desleal todo acto vinculado a la propiedad industrial

consumidores y sus costos de búsqueda. (EYZAGUIRRE, H. Políticas de competencia y su aplicación. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas Lima, 2011, pp.90).

²⁰ OMPI. En: https://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=288515

realizado en el ámbito empresarial que sea contrario a los usos y prácticas honestos. De esta forma, constituye actos de competencia desleal vinculados a la propiedad industrial, entre otros:

- Cualquier acto capaz de crear una confusión, por cualquier medio que sea, respecto del establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;
- Las afirmaciones falsas capaces de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.
- Las indicaciones o aseveraciones que pueden inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

Respecto a dichos actos los afectados podrían interponer las acciones correspondientes.

Sin embargo, además de la mencionada norma comunitaria, que vincula la represión de la competencia desleal a la protección de los derechos de propiedad industrial, no existe regulación alguna respecto de la prohibición de los actos contrarios a la buena fe comercial realizados a través de la publicidad, como por ejemplo de los actos de engaño.

A nivel de los países miembros, sí encontramos una normativa específica sobre la represión de los actos de competencia desleal, en las cuales encontramos referencia a la prohibición de los actos o conductas infractoras del principio publicitario de veracidad.

Es así que, el mencionado principio se incluye en legislaciones de:

- Bolivia: artículo 4.b) de la Ley N° 20.169 – Ley que regula la Competencia Desleal.²¹

²¹ (...) El uso de signos o la difusión de hechos o aseveraciones, incorrectos o falsos, que induzcan a error sobre la naturaleza, proveniencia, componentes, características, precio, modo de producción, marca, idoneidad para los fines que pretende satisfacer, calidad o cantidad y, en general, sobre las ventajas realmente proporcionadas por los bienes o servicios ofrecidos, propios o ajenos.

- Ecuador: artículo 27.2) de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.²²
- Colombia: artículo 11 de la Ley N° 256 – Ley de Normas sobre Competencia Desleal²³).

En el Perú, en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, Decreto Ley N° 26122 el artículo 1° señalaba que el objetivo de la ley era evitar, desalentar y sancionar los actos contrarios a la libre competencia en las actividades económicas; mientras que el artículo 5° establece que para la calificación de un acto como de competencia desleal, bastará el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público, mientras que el Decreto Legislativo N° 691 – Normas en Publicidad en Defensa del Consumidor y su reglamento, probado por el Decreto Supremo N° 20-94-ITINCI regulan la fiscalización sobre la publicidad comercial de bienes y servicios. Dichas normas fueron derogadas con la vigencia del actual Decreto Legislativo N° 1044.

El artículo 6° de dicha norma define como desleal todo acto contrario a la buena fe empresarial, siendo uno de ellos el engaño definido en el artículo 8°, aquel mediante el cual se difunde información falsa o inexacta que induce a error a los consumidores, en relación a las características de algún servicio o producto. El engaño puede realizarse a través de la publicidad.

Como ya se señaló, el engaño además de afectar la transparencia del mercado afecta al consumidor respecto a su derecho a recibir una información veraz²⁴. Sin embargo, en el

²² (...) Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje

²³ (...) Se presume desleal la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza sobre la actividad, las prestaciones mercantiles o el establecimiento ajenos, así como sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos.

caso de una publicidad engañosa de productos cosméticos además de los efectos señalados se puede afectar el derecho a la salud por lo que considero que a nivel comunitario tendría que incluirse disposiciones relacionadas a establecer restricciones respecto a la publicidad sobre mencionados productos.

Dicha omisión tiene que ser subsanada a través de un marco normativo que procure la no inducción a error a los consumidores mediante la fiscalización de la publicidad de dichos productos.

V. MERCADO COMUNITARIO RESPECTO A LA COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS COSMÉTICOS

5.1 Limitaciones a la Publicidad de Productos Farmacéuticos

Antes de referirnos a la comercialización y publicidad de los productos cosméticos, consideramos necesario referirnos brevemente a otros productos que, al igual que los antes mencionados, tienen un impacto relevante y, claro está mayor, respecto a la salud: los productos farmacéuticos.

En nuestro ordenamiento jurídico, antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1044, el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 691, establecía que los anuncios publicitarios debían respetar las normas imperativas que establecían restricciones a la actividad publicitaria. La Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha indicado en sus Lineamientos del año 2001 señala que la publicidad de medicamentos y recursos terapéuticos naturales es de suma importancia dado que “una publicidad irregular e irresponsable de estos productos puede ocasionar riesgo o daño a la salud de los consumidores”.

²⁴ Al respecto, De la Cuesta señala que: “...la publicidad engañosa no sólo afecta a los destinatarios en cuanto que pueden verse frustrados si llegan a contratar con el anunciante, sino que las informaciones engañosas perturban el buen funcionamiento del mercado, que ha de fundamentarse en informaciones verdaderas. Las de carácter publicitario se efectúan en el campo de la rivalidad competitiva, por eso, si estas informaciones publicitarias no son verdaderas se perturba el juego de la competencia”. (En: DE LA CUESTA, J. *Curso de Derecho de la Publicidad*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2002, p. 147).

La Ley N° 26842 – Ley General de Salud, incluye disposiciones específicas sobre la publicidad de medicamentos. Para este efecto, dicha norma establece dos regímenes, uno para la publicidad de productos de venta bajo receta médica y otro para la publicidad de aquellos productos que pueden ser materia de venta sin ese requisito. En el caso de productos que pueden ser materia de venta sin receta médica, se dispone que éstos pueden ser objeto de publicidad a través de medios que se encuentren al alcance del público en general, siempre que cuenten con Registro Sanitario en el Perú. Ello quiere decir que la publicidad de los medicamentos de venta sin receta médica debía cumplir con lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 691.

Lo contrario sucede con los medicamentos que se venden con receta médica, en este caso, la publicidad se restringe únicamente a los profesionales de la salud, quienes tienen un mayor conocimiento de los productos y las consecuencias de su administración en la salud. Es evidente la justificación de dicha restricción: evitar la automedicación ya que el uso errado de un producto de venta bajo receta médica puede tener gravísimas consecuencias en la salud de un paciente, por lo que se ha buscado prevenir la automedicación, esto es los casos en que una persona considera sobre la base de su propia experiencia cuál es el producto que le conviene administrarse. Queda claro que no es pertinente que la experiencia reemplace al conocimiento científico, y más aún en aquellos casos en que existan efectos secundarios o que resulte contraindicado con otros productos que se esté consumiendo. Por ello, la publicidad se restringe únicamente a los profesionales de la salud, quienes tienen un mayor conocimiento de los productos y las consecuencias de su administración en la salud de los pacientes.

5.2. Productos Cosméticos

El comercio de los productos cosméticos está regulado por la Decisión 516 (Armonización de Legislaciones en Materia de Productos Cosméticos), 705 (Circulación de muestras de productos cosméticos sin valor comercial) y 833 (modificación de la Decisión 516).

La Comunidad Andina señala que las normas mencionadas anteriormente se rigen por los siguientes principios básicos²⁵:

- Plataforma uniforme entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, a fin de garantizar que el derecho al comercio de los productos comprendidos dentro de su alcance se ejerza de manera justa y transparente;
- Equilibrio entre la salvaguardia de la salud pública y la libre circulación de los productos en la subregión andina;
- Notificación Sanitaria Obligatoria y su reconocimiento, como mecanismo de acceso al mercado, en lugar de Registro Sanitario;
- Control posterior, que permite verificar eficazmente la calidad sanitaria de los productos en el mercado;
- Simplificación de procedimientos administrativos para facilitar el libre comercio de los productos entre los Países Miembros de la Comunidad Andina, sin que ello atente contra la calidad sanitaria de los mismos.

Se advierte que dichos principios se justifican en dos grandes aspectos: facilitar la comercialización de dichos productos y, garantizar la calidad sanitaria de los mismos; en ambos casos encontramos un denominador común: la información que se brinda a través del rotulado.

Si bien, el Código del Consumidor exige que, en caso de productos de manufactura extranjera, la información debe brindarse en idioma castellano; en el caso de los productos cosméticos, la información relacionada con sus ingredientes, según la Decisión 516

²⁵ En: <http://www.comunidadandina.org/Seccion.aspx?id=145&tipo=TE&title=productos-cosmeticos>

establece que en el caso particular de productos cosméticos- los ingredientes deberán estar en nomenclatura internacional o genérica INCI sin traducción al español.

El artículo 18° de la Decisión 516 establece que los productos cosméticos solo podrán comercializarse si en el envase o en el empaque figuran con caracteres indelebles, fácilmente legibles y visibles, las menciones que se detallan a continuación:

- a. Nombre o razón social del fabricante o del responsable de la comercialización del producto cosmético, establecido en la Subregión. Podrán utilizarse abreviaturas, siempre y cuando pueda identificarse fácilmente en todo momento a la empresa.
- b. Nombre del país de origen.
- c. El contenido nominal en peso o en volumen.
- d. Las precauciones particulares de empleo establecidas en las normas internacionales sobre sustancia o ingredientes y las restricciones o condiciones de uso incluidas en las listas internacionales.
- e. El número de lote o la referencia que permita la identificación de la fabricación.
- f. El número de Notificación Sanitaria Obligatoria con indicación del país de expedición.

A pesar de las disposiciones comunitarias y nacionales respecto a la información sobre los productos cosméticos considero que es importante garantizar o en todo caso procurar que aquella información que se brinda con la finalidad de promover la venta de productos cosméticos, vale decir la publicidad sea sujeto a regulación de tal forma que se garantice la salvaguarda de la salud de los consumidores de dichos tipos de productos. Esto último tiene coherencia con el principio de legalidad (artículo 17 de la LRCD) según el cual la difusión de la publicidad tiene que cumplir con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

VI.PROPUUESTA

La finalidad de la Decisión 516 – Armonización de Legislaciones en materia de Productos Cosméticos se orienta a salvaguardar la salud pública y a facilitar la comercialización de dichos productos entre los países miembros. Ello se desprende de la parte considerativa de dicha norma, según la cual:

“(…) los avances del progreso de integración andino y los nuevos desarrollos en el tratamiento de los temas relacionados al campo de los productos con riesgo sanitario, así como de la regulación de las restricciones técnicas al comercio, hacen necesario el establecimiento de un marco normativo más amplio que armonice las legislaciones internas de los Países Miembros, en materia de productos cosméticos.

(…) dicho marco debe inspirarse en la salvaguardia de la salud pública, meta que deberá alcanzarse mediante procedimientos en los que se tengan presentes por igual las necesidades económicas y las tecnológicas;

(…) es necesario asegurar que las medidas que adopten los Países Miembros en el campo del comercio de los productos cosméticos se apliquen de forma tal que no constituyan un medio de discriminación o una restricción encubierta al comercio intrasubregional”.

Asimismo, de su estructura se advierte la regulación sobre:

- Definiciones y ámbito de aplicación
- De la notificación sanitaria obligatoria
- De la comercialización de los productos cosméticos
- De la vigilancia sanitaria
- De las buenas prácticas de manufactura cosmética
- De la asistencia y cooperación entre las autoridades nacionales competentes.

De lo señalado se advierte que no existen disposiciones que regule la publicidad de productos cosméticos en dos aspectos:

- La inclusión de disposiciones que regulen el uso de afirmaciones publicitarias²⁶ que brinde información confiable a los consumidores.
- Sanciones que, ante casos de publicidad engañosa, cumplan con una finalidad disuasiva.

El primero es relevante porque tiene incidencia en el derecho del consumidor a tener una información veraz sobre el producto cosmético que va a adquirir y al mismo tiempo, proteger su salud. Mientras que el segundo, procura disuadir a los agentes económicos de incurrir en actos de engaño a través de la publicidad que podría perjudicar la salud del consumidor.

Para cumplir dicha finalidad proponemos lo siguiente:

1. La inclusión en el “Capítulo III – De la Comercialización de los Productos Cosméticos” de la Decisión 516 un artículo que, al igual que sucede con el Reglamento N° 655/2013 de la Comisión de la Unión Europea (de fecha 10 de julio de 2013), establezca criterios comunes a las que deben responder las afirmaciones publicitarias relativas a los productos cosméticos²⁷.

En dichas afirmaciones publicitarias se pueden recurrir a textos, imágenes u otro cualquier símbolo figurativo que transmitan explícitamente características o funciones de los productos cosméticos, además, claro está, de la información obligatoria exigida

²⁶ A dichas afirmaciones el Reglamento N° 655/2013 les denomina reivindicaciones, al respecto el considerando segundo establece que: “Las reivindicaciones relativas a los productos cosméticos tienen como principal objetivo informar a los usuarios finales de las características y cualidades de los productos. Son esenciales para distinguir los distintos productos, y contribuyen a estimular la innovación y fomentar la competencia”.

²⁷ Según, el primer considerando de dicho Reglamento: “(...) Dado que los productos cosméticos juegan un papel muy importante en la vida de los usuarios finales, es importante garantizar que la información que se les transmite mediante tales reivindicaciones sea útil, comprensible y fiable, y que les permita tomar decisiones con conocimiento de causa y elegir los productos que mejor correspondan a sus necesidades y expectativas”.

normativamente. Asimismo, se debe establecer criterios comunes²⁸ con la finalidad de garantizar la protección de los consumidores, frente a aquellas afirmaciones publicitarias sobre productos cosméticos que puedan inducir a error²⁹. Así tenemos que en el Reglamento Europeo se incluye afirmaciones publicitarias sobre:

- Ciertas características como por ejemplo, “contra el envejecimiento”.
- La eficacia del producto como por ejemplo, una crema facial con un factor de protección solar.
- Resaltar la ausencia de sustancias, como por ejemplo, “sin perfume”.
- Acerca de la compatibilidad del producto con la piel, por ejemplo: “hipoalergénico”, “para piel sensible”
- Sobre beneficios para la salud o prestaciones distintas de la finalidad cosmética, por ejemplo, protectores solares o productos para la higiene íntima.

2. De la misma forma, en el artículo del Decreto Legislativo N° 1044 se tiene que incluir una disposición por la cual los actos de engaño a través de la publicidad de productos cosméticos deben ser considerados como una infracción grave o muy grave (artículo 52), y que en dicho caso procede la medida correctiva de aviso rectificatorio a la que se refiere el artículo 55°e) de la mencionada norma.

²⁸ Respecto a los criterios comunes, el Reglamento en mención en su considerando tercero establece: “El principal objetivo de fijar criterios comunes es garantizar un alto nivel de protección de los usuarios finales, en especial frente a las reivindicaciones engañosas sobre productos cosméticos. Un enfoque común de la Unión debe asimismo garantizar una mejor convergencia de las medidas que adopten las autoridades competentes de los Estados miembros, y evitar las distorsiones del mercado interior. Este enfoque debe también mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la protección de los consumidores”.

²⁹ Los seis criterios comunes que contiene el Reglamento Europeo son: el cumplimiento de la legislación, la veracidad, los datos que sustentan la reivindicación, la honradez, la imparcialidad y la toma de decisiones con conocimiento de causa.

BIBLIOGRAFÍA

- BACA, V., Protección al Consumidor, INDECOPI, Lima, 2013.
- BERCOVITZ, A. Apuntes de Derecho Mercantil. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002.
- BULLARD, A. y PATRÓN, C. “El otro poder electoral: apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal”. Editorial Themis, Lima, 2007.
- DE LA CUESTA, J. *Curso de Derecho de la Publicidad*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 2002.
- EYZAGUIRRE, H. Políticas de competencia y su aplicación. Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas Lima, 2011, pp.90).
- GÁLVEZ, M. “Apuntes sobre la vinculación de los derechos de propiedad industrial y la represión de la competencia desleal”. En: Anuario Andino de Derechos Intelectuales. Palestra Editores. Lima, 2006.

- MAGUIÑA, R. y SOSA, A. “El mejor del Perú”: ¿exageración publicitaria o engaño? escoja usted”. Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 10. Indecopi. Lima, 2010.
- ORTEGA, E. La comunicación publicitaria. Pirámide. Madrid, 2004.
- RODRÍGUEZ, G. “Publicidad comercial, principio de veracidad y eficiencia económica: un cuento con final feliz”. En: Actualidad Jurídica. Editorial Gaceta Jurídica Lima, 2008.
- RODRÍGUEZ, G. Con licencia para anunciar: un tratado del Derecho Publicitario en el Perú, THEMIS, Lima, 2014.
- SAMANIEGO, P. y CÓRDOVA, E. “Comentarios a la Ley de Represión de la Competencia Desleal”. En: Actualidad Jurídica N° 108. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2009.
- SOSA, A. Guerra Publicitaria en el “Mundo Telecom” (Casos Prácticos). Derecho & Sociedad. PUCP. Lima, 2017.
- TOVAR, T. “El artículo mejor escrito. Acerca de la Exageración publicitaria y el principio de veracidad”. Actualidad Jurídica N° 190. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2009.