

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Apuntes sobre una correcta interpretación del Principio de Adecuación Social, en la modalidad de inducción a cometer actos ilegales mediante publicidad.

Trabajo académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Enzo Andre Martin Rojas Aliaga

Asesor:

Lucio Andrés Sánchez Povis


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, LUCIO ANDRES SANCHEZ POVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo Académico titulado "Apuntes sobre una correcta interpretación del Principio de Adecuación Social, en la modalidad de inducción a cometer actos ilegales mediante publicidad", del autor(a) Enzo ANDRE MARTIN ROJAS ALIAGA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 31%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 21 de febrero del 2024

<u>SANCHEZ POVIS, LUCIO ANDRES</u>	
DNI: 43460854	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-2974-5597	

RESUMEN

Mediante la presente investigación, buscamos realizar un análisis y crítica de los principales pronunciamientos existentes sobre el Principio de Adecuación Social en la modalidad de inducción a cometer actos ilegales. Para ello evaluaremos los pronunciamientos emitidos en virtud de las normas que han existido sobre la materia a lo largo de estos años, tanto por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, así como por parte del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria.

En base a ello, junto a lo desarrollado por parte de la doctrina, buscamos resaltar y diferenciar los aciertos y desaciertos contenidos en dichos pronunciamientos. De esta manera, buscamos establecer que, a nuestro criterio, dicho principio debe ser interpretado considerando los siguientes parámetros interpretativos: i) “inducir”, debe ser considerado como convencer y determinar la comisión del acto ilegal, de manera objetiva y fácticamente comprobable; ii) “acto ilegal” es solo norma de rango de ley; iii) para acreditar una inducción a cometer un acto ilegal, se deben presentar pruebas suficientes que constaten una relación causal entre la visualización de la publicidad y un aumento en la comisión del acto ilegal, y; iv) una modalidad de inducción a cometer actos ilegales sería convencer al destinatario que dicha conducta no es ilegal y que, en base a ello, este la replique.

Palabras clave

Competencia desleal, derecho publicitario, derecho administrativo.

ABSTRACT

By means of this research, we seek to analyze and criticize the main existing pronouncements on the Principle of Social Adequacy in the modality of inducement to commit illegal acts. For this purpose, we will evaluate the pronouncements issued under the rules that have existed on the matter over the years, both by the National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property, as well as by the National Council for Advertising Self-Regulation.

On this basis, together with what has been developed by the doctrine, we seek to highlight and differentiate the rights and wrongs contained in such pronouncements. In this way, we seek to establish that, in our opinion, such principle must be interpreted considering the following interpretative parameters: (i) "inducing", must be considered as convincing and determining the commission of the illegal act, in an objective and factually verifiable manner; (ii) "illegal act" is only a norm of the rank of law; (iii) in order to prove an inducement to commit an illegal act, sufficient evidence must be presented to prove a causal relationship between the visualization of the advertising and an increase in the commission of the illegal act, and; (iv) a modality of inducement to commit illegal acts would be to convince the recipient that such conduct is not illegal and that, based on this, the recipient would replicate it.

Keywords

Unfair competition, advertising law, administrative law.

Índice

I.	Introducción.....	1
II.	Regulación y desarrollo del Principio.....	3
2.1	La infracción al Principio de Adecuación Social como modalidad de competencia desleal.....	4
2.2	Antecedentes del Principio de Adecuación Social: Regulación del DL 26122 y el DL 691.....	7
2.3	Tipificación actual del Principio, a través de la LRCD y el Código de Ética de CONAR.....	10
III.	Desarrollo de las principales resoluciones del Indecopi sobre el Principio.....	12
3.1	Análisis de los principales pronunciamientos en relación a la regulación del DL 691.....	13
3.2	Análisis de los principales pronunciamientos en relación al Principio contenido en la LRCD.....	16
3.3	Análisis de los principales pronunciamientos en relación a la tipificación del Principio, contenida en el Código de Ética de CONAR.....	20
IV.	Acercamiento a una correcta interpretación sobre el Principio de Adecuación Social, en su modalidad de inducción a cometer actos ilegales mediante publicidad.....	24
V.	Conclusiones.....	29
VI.	Bibliografía.....	30

Introducción

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, el “Indecopi”), es una de las autoridades de competencia con mayor reconocimiento internacional. Posee una estructura única que abarca la fiscalización, promoción, sanción y resolución de controversias sobre todas las materias del Derecho del Mercado. Sus decisiones, la normativa que aplica y los documentos que aprueba son referentes en la región, al punto de convertirse en modelos de inspiración y servir como base para la elaboración de sus pares.

Es así que varios de sus pronunciamientos y acciones son reconocidos por distintos organismos supranacionales y entidades de renombre, como lo ha sido el caso de, por ejemplo: i) el Centro de Derecho de la Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de George Washington de Estados Unidos y la revista ‘Concurrences’, quienes, en el 2018, otorgaron al Indecopi el premio “Antitrust Writing Awards” en la categoría “soft law” por la publicación de la Guía del Programa de Clemencia; ii) la Secretaría del Foro de Cooperación Económica Asia Pacífico (en adelante, “APEC”), en el 2019, felicitó a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante la “CCD”) del Indecopi por la elaboración del Proyecto “Diálogo Público Privado sobre Estándares de Publicidad en la Economía Digital”; entre otros.

Teniendo en cuenta lo anterior, no es sorpresa que la CCD, órgano encargado de fiscalizar y garantizar el cumplimiento del derecho publicitario en el marco del Decreto Legislativo No. 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la “LRCD”), sea reconocido por su buen desempeño. Desde la elaboración de guías, lineamientos y directivas de vanguardia en la materia hasta la emisión de resoluciones que establecen pautas y criterios novedosos sobre aspectos actuales y jurídicamente complejos¹. Sin embargo, como cualquier otro órgano administrativo resolutorio,

¹ Por ejemplo, la Resolución No. 186-2021/CCD-INDECOPI por la que se aprueba un precedente de observancia obligatoria respecto a “descuentos engañosos” o la Resolución No. 124 2020/CCDINDECOPI, la cual es la primera resolución que desarrolla los criterios para resolver casos

sus pronunciamientos pueden ser materia de cuestionamiento e, inclusive, no ser del todo correctos.

Un ejemplo de lo anterior, bajo nuestro criterio, es el desarrollo que ha tenido el Principio de Adecuación Social, en su modalidad de inducción a cometer actos ilegales mediante publicidad (en adelante, el "Principio"), en los pronunciamientos de la CCD. Sin perjuicio de los cambios normativos, los pronunciamientos a lo largo de los años de vigencia del Principio han sido contradictorios y/o tan tenido un razonamiento confuso y jurídicamente inexacto.

Asimismo, algunos de los principales casos sobre la materia, que analizaremos en el presente trabajo, han sido resueltos en sentido contrario por la CCD y por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la "SDC"), así como no han guardado uniformidad en los criterios de análisis ni en los estándares probatorios para la configuración de una infracción al Principio.

Considerando lo anterior, es propósito de la presente investigación realizar un recuento y análisis de los pronunciamientos existentes sobre el Principio. Del mismo modo, se compararán los pronunciamientos emitidos por el Indecopi con aquellos emitidos por los órganos resolutivos del Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (en adelante, el "CONAR") en relación a su versión de tipificación del Principio, contenido en su Código de Ética Publicitario.

En base a ello, buscamos sistematizar los principales pronunciamientos sobre la materia para establecer sus similitudes y diferencias, aciertos y desaciertos, así como para brindar nuestra crítica sobre los mismos. Finalmente, como resultado del análisis anterior, tenemos como finalidad brindar una interpretación del Principio y un criterio de análisis para determinar la configuración de una infracción al mismo.

Para llegar a este propósito, hemos dividido el presente trabajo en tres (3) secciones o capítulos. En el primero, realizaremos una comparación y análisis

de competencia desleal que involucren la participación de influencers.

de la tipificación que ha tenido el Principio a lo largo del tiempo, considerando la evolución normativa y el desarrollo doctrinario que ha recibido. Para ello, evaluaremos la siguiente normativa: i) Decreto Ley No. 26122, Ley sobre represión de la competencia desleal (en adelante, la “DL 26122”); ii) Decreto Legislativo No. 691, que dicta normas de la publicidad en defensa del consumidor (en adelante, la “DL 691”); iii) Código de Ética Publicitario del CONAR, y; iv) la LRCD.

De este modo, en esta sección, se buscará realizar un desarrollo de los antecedentes normativos del referido Principio, para determinar cómo ha ido evolucionando su conceptualización y perfilándose en la tipificación actual. Del mismo modo, se analizarán y compararán los otros tipos de infracción al Principio de Adecuación Social: i) inducción a cometer actos discriminatorios; ii) inducción a cometer actos antisociales, y; ii) promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto, para distinguirlos de la modalidad de inducción a cometer actos ilegales, que será el supuesto a analizar el presente trabajo.

En segundo lugar, se analizarán los casos más relevantes sobre los que se ha pronunciado el Indecopi y el CONAR respecto del Principio. Para ello, se evaluarán los pronunciamientos emitidos tanto bajo la normativa antecedente, el DL 26122 y el DL 691, así como aquellos emitidos mediante la tipificación actual, contenida en la LRCD y, en el caso del CONAR, el Código de Ética Publicitario.

Finalmente, en la tercera sección, se brindarán los argumentos que sostienen nuestra postura de interpretación correcta del Principio. Para ello, analizaremos, mediante el estudio de doctrina y jurisprudencia, qué se debería entender por los términos “inducir” y “actos ilegales”, para así determinar en qué supuestos se podría declarar que se ha infringido el Principio. Teniendo en consideración ello, desarrollaremos nuestra postura de que un mensaje publicitario no es susceptible, por sí mismo, de “inducir a cometer actos ilegales”.

I. Regulación y desarrollo del Principio.

En el presente apartado, realizaremos un breve desarrollo de las características

y naturaleza jurídica de los actos de competencia desleal, haciendo énfasis en los denominados “actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria”. Entre estos últimos, se encuentran los actos contra el Principio de Adecuación Social, principio en el que centraremos nuestro análisis.

En esta línea, se realizará una comparación y análisis de la tipificación que ha tenido el Principio a lo largo del tiempo, considerando la evolución normativa y el desarrollo doctrinario que ha recibido. Para ello, evaluaremos la siguiente normativa: i) DL 26122, Ley sobre represión de la competencia desleal; ii) DL 691; iii) Código de Ética del CONAR, y; iv) LRCD.

En virtud de las modificaciones normativas, se analizarán y diferenciarán todas las modalidades de infracción al Principio que han existido, además de la inducción a cometer actos ilegales.

2.1 La infracción al Principio de Adecuación Social como modalidad de competencia desleal

La infracción al Principio de Adecuación Social es una de las modalidades de competencia desleal, disciplina que forma parte del Derecho Ordenador del Mercado, la cual busca garantizar la leal y honesta competencia, así como proteger al mercado, los empresarios y consumidores de los actos de competencia desleal². Teniendo en consideración ello, es necesario desarrollar los principales aspectos de esta disciplina.

El derecho de represión de la competencia desleal es regulado principalmente por la LRCD, norma que tiene como finalidad reprimir las conductas que tengan como efecto, real o potencial, la afectación o el impedimento del adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En los términos establecidos en la norma, se prohíben y sancionan todos los actos de competencia desleal; es decir, todo acto que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena

² Díez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. THEMIS Revista De Derecho, (36), 39-63.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725>

fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado³.

La frase “actos contrarios a la buena fe empresarial” ha sido criticada por ser indeterminada e imprecisa, debido a que podría abarcar una infinita variedad de supuestos que calificarían como competencia desleal. Con ánimos de aterrizar este concepto, se ha querido precisar que un acto de competencia desleal es aquel contrario a la competencia por eficiencia; es decir, aquella competencia basada en la reducción de precios y mejora de la calidad de los productos y servicios ofertados.

Es en esta línea que el Indecopi ha señalado que esta buena fe exigida es de carácter objetivo. Es decir, la buena fe empresarial se manifiesta en las conductas concurrenciales que tienen la finalidad de lograr, de manera efectiva o potencial, la preferencia de consumidores por causa de la eficiencia económica⁴.

Considerando lo anterior, el legislador, complementado con la interpretación expuesta en el precedente Caballero Bustamante⁵, optó por establecer una cláusula general, la cual se constituye como la única disposición que contiene una prohibición y mandato de sanción de los actos de competencia desleal. En este sentido, los distintos supuestos contenidos en el Capítulo II del Título II de la LRCD representan solo una lista enunciativa de las conductas más comunes, sin ser prohibiciones ni establecer sanciones en sí mismas.

Estos actos se clasifican de la siguiente manera:

³ **LRCD**

Artículo 6.- Cláusula general.-

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten. 6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

⁴ Aramayo, A. y otros (2013). Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi. P. 26.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5559>

⁵ Resolución No. 0455-2004/TDC-INDECOPI.

Listado contenido en la LRCD	
Clasificación	Actos de competencia desleal
Actos que afectan la transparencia del mercado.	<ul style="list-style-type: none"> • Engaño. • Confusión.
Actos indebidos vinculados a la reputación de otro concurrente.	<ul style="list-style-type: none"> • Explotación indebida de la reputación ajena. • Denigración. • Comparación y equiparación indebida.
Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena.	<ul style="list-style-type: none"> • Violación de secretos empresariales. • Violación de normas. • Sabotaje.
Actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria.	<ul style="list-style-type: none"> • Principio de autenticidad. • Principio de legalidad. • <u>Principio de adecuación social.</u>

Como se ha precisado anteriormente, este listado de actos de competencia desleal es meramente ejemplificativo. Es decir, es posible la existencia de diferentes actos de competencia desleal, distintos a los contenidos en la norma, que podrán ser denunciados y desarrollados en las resoluciones emitidas por los órganos competentes del Indecopi.

El acto de competencia desleal que analizaremos en la presente investigación, la infracción al Principio de Adecuación Social, se encuentra en la clasificación de actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria. Esto quiere decir que, para la configuración de dicho acto, es necesario que la conducta del agente económico se desarrolle a través de una pieza publicitaria. El artículo que regula dicho Principio señala lo siguiente:

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

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

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

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

Como se puede apreciar, este artículo menciona tres (03) supuestos de actos contra el Principio, los cuales son: i) promocionar servicios de contenido erótico a personas no adultas fuera de los medios y horario establecidos; ii) inducir, mediante publicidad, a cometer un acto ilegal, y; iii) inducir, mediante publicidad, a cometer un acto de discriminación u ofensa. Sin embargo, como desarrollaremos en los apartados siguientes esta regulación no siempre fue así, sino que ha tenido diversas modificaciones a lo largo de los años.

Finalmente, considerando que el presente trabajo tendrá como base el análisis de casos emitidos por la autoridad de competencia, cabe precisar que la entidad competente para la promoción y difusión de las políticas de competencia, así como de realizar las acciones de fiscalización y sanción correspondientes es la CCD, en primera instancia, y de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la “SDC”), en segunda.

2.2 Antecedentes del Principio de Adecuación Social: Regulación del DL 26122 y el DL 691.

En el presente apartado, nos centraremos en el análisis de los antecedentes normativos del Principio: i) el DL 26122 y ii) el DL 691. Como se verá a continuación, la principal diferencia se centra en que, en sus inicios, la regulación publicitaria incluía como un supuesto de infracción al Principio la inducción, a los destinatarios de una publicidad, a cometer actos antisociales, supuesto que fue

objeto de amplia crítica.

Por un lado, consideramos que el DL 26122 no contempló el Principio expresamente. Si bien el artículo 6 de la norma estableció la cláusula general que podría utilizarse para imputar la comisión de actos de competencia desleal que, en contenido, calificasen como lo que actualmente conocemos como infracciones al Principio, es cierto también que no se reguló el Principio como tal ni ningún parámetro normativo adicional.

Considerando ello, no estamos de acuerdo con lo señalado por autores como Antonio, el cual señala que el primer antecedente del principio se encontraría en los artículos 17 y 18 de dicha norma⁶:

“Artículo 17 - Violación de normas: Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.

Artículo 18 - Discriminación: El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal a no ser que medie causa justificada”.

Como se puede apreciar, estos artículos hacen referencia a actos de competencia desleal distintos, que se diferencian por: i) no necesitan ser materializados a través de publicidad; ii) no se refieren a la inducción a los consumidores de realizar determinada acción (sea ilegal o discriminatoria), y; iii) no hacen referencia a publicidad de servicios de contenido erótico. Por lo tanto, no podemos considerar al DL 26122 como un antecedente del Principio.

Por otro lado, consideramos que el DL 691 sí es el antecedente del Principio, pues si bien no lo regula con “nombre y apellido” si lo hace en cuanto a su contenido, conforme se aprecia en su artículo 3:

⁶ Antonio, P. (2020). Principio de Adecuación Social en la Publicidad. [Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor]. Pontificia Universidad Católica del Perú. P.19.
<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/18992>

*“Artículo 3 – Los anuncios deben respetar la Constitución y las leyes. Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los enunciados no deben contener nada que pueda inducir a actividades **antisociales, criminales o ilegales** que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades”.*

Este artículo contempla dos (02) de las tres (03) modalidades de infracción al Principio que se encuentran reguladas hoy en día, dejando de lado el supuesto de promocionar servicios de contenido erótico a personas no adultas fuera de los medios y horario establecido. En cuanto al supuesto de inducción a ofensas o discriminación, este artículo solo consideraba reprochable aquellas que tengan como motivo de origen racial, sexual, social, política o religiosa sin considerar, como el tipo actual, los motivos por idioma, origen, opinión, condición económica ni tampoco se incluyó el fraseo abierto “o de cualquier otra índole”.

Consideramos que esta disposición si bien tuvo el mérito de ser la primera que permitía sancionar publicidad que induzca a la discriminación y ofensa, no fue del todo correcta, pues dejó de lado a diversos grupos minoritarios los cuales podrían ser afectados por mensajes publicitarios. Con buen criterio, la norma actual buscó completar las carencias de su antecesora al establecer que la publicidad que induzca a cometer discriminación u ofensa de cualquier tipo será considera como un acto de competencia desleal.

Finalmente, el artículo bajo comentario sí contempló el supuesto de infracción al Principio por inducir, mediante publicidad, a cometer un acto ilegal. En este caso, la regulación fue más amplia que la actual, porque, además, incluyó el supuesto de infracción al Principio por inducir, mediante publicidad, a cometer actos antisociales.

Este último supuesto fue duramente criticado por la indeterminación y amplitud de lo que podía entenderse por “actividades antisociales”. En esta línea Richarte ha señalado lo siguiente:

“(...) podemos notar la vaguedad que se introduce al fin de la norma, puesto que es imposible poder determinar con certeza qué conductas son socialmente aceptables, y cuales reprochables; máxime si vivimos en un país democrático en el que el Derecho nos asiste a todos y se tutelan los intereses no sólo de las mayorías, sino también de las minorías⁷”.

Una conducta antisocial puede adoptar diferentes significados y abarcar una amplitud de supuestos tan diversa que depende de las creencias y convicciones de las personas, las cuales varían dependiendo de factores como religión, orientación política, cultura, entre otros. Una conducta que puede ser antisocial para un vocal o comisionado que resolverá un caso de infracción contra el Principio puede ser distinta a la de sus pares o al entendimiento de diferentes grupos sociales, situación que afecta seguridad jurídica.

Por lo anterior, se ha considerado adecuada la eliminación de este supuesto en la regulación actual del Principio. De esta manera, aunque criticable, la regulación incluye en este supuesto únicamente la inducción a cometer actos ilegales, conforme desarrollaremos a continuación.

2.3 Tipificación actual del Principio, a través de la LRCD y el Código de Ética de CONAR.

El DL 26122 y el DL 691 fueron normas con grandes carencias y merecedoras de crítica. Producto de ello, se emitió la LRCD, la cual es la norma actual que regula el derecho de la represión de la competencia desleal en nuestro país. En paralelo, los agentes económicos han diseñado un modelo de autorregulación en materia publicitaria, creando el CONAR y su respectivo Código de Ética. Ambos dispositivos son los vigentes actualmente en la materia y regulan el Principio, conforme desarrollaremos a continuación.

Actualmente, la norma principal en materia de represión de la competencia

⁷ Richarte, G. (2014). La insaciabilidad normativa en el principio de adecuación social aplicado a la publicidad comercial. Asociación Civil Foro Académico, 13, 80.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13776>

desleal es la LRCD, la cual establece las infracciones, procedimiento y supuestos de sanción por la comisión de actos de competencia desleal. Es en base a esta norma que el Indecopi realiza las acciones de fiscalización e inicia procedimientos sancionadores en caso de que se detecten incrementos a las normas

Conforme lo hemos adelantado, la LRCD regula el Principio en su artículo 18, estableciendo tres (03) supuestos: i) promocionar servicios de contenido erótico a personas no adultas fuera de los medios y horarios establecidos; ii) inducir, mediante publicidad, a cometer un acto ilegal, y; iii) inducir, mediante publicidad, a cometer un acto de discriminación u ofensa. A efectos del presente, nos dedicaremos a analizar únicamente el segundo supuesto.

Para el análisis de este Principio se deberá acreditar que la publicidad imputada es susceptible de inducir a cometer un acto ilegal. Para estos efectos se deberá realizar un doble análisis: i) acreditar cuál es el acto ilegal contenido en el anuncio publicitario y ii) si la publicidad por sí sola es capaz de inducir al público a cometer dicho acto ilegal.

Al respecto, el Indecopi⁸, ha señalado que para la configuración de una infracción al Principio no basta solo con la muestra de un acto ilegal en un anuncio publicitario, sino que es necesario que se presente de manera tal que brinde un mensaje lo suficientemente apto o determinante para que los destinatarios realicen dicha conducta. Se trata de una consecuencia objetiva que no dependerá únicamente del criterio de los comisionados encargados de resolver, pues estos, por sí mismos, no cuentan con la información suficiente para acreditar que un anuncio podrá inducir a sus destinatarios a realizar un acto ilegal.

En el caso del CONAR, se regulan diversas disposiciones similares al Principio en el Capítulo IV “Decencia y Adecuación Social en la Publicidad” del Código de Ética Publicitario, incluyendo un mayor desarrollo sobre los supuestos de materialización del mismo. Sin embargo, a efectos del presente trabajo solo es

⁸ Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI y Resolución No. 1857-2012/SC1- INDECOPI.

relevante la inclusión de la disposición similar al Principio.

Asimismo, consideramos importante destacar que al diseñar la infracción al Principio se hacen dos adiciones relevantes: i) no se puede inducir a cometer actos perjudiciales para la seguridad personal o la de terceros, y; ii) el hecho que un producto o servicio pueda ser considerado indecente para algunas personas no significa que ello será suficiente para objetar su validez.

Sobre el particular, nos remitimos a nuestro análisis realizado respecto del Principio de la LRCD. Además, consideramos que la precisión del punto ii) anterior es adecuada, pues deja en claro que el análisis de esta infracción no debe ser determinado por cuestiones subjetivas como la opinión o creencias de un grupo o sector, sino que deben ser objetiva al determinar que la publicidad indujo a cometer actos ilegales o perjudiciales para la seguridad personal o la de terceros.

II. Desarrollo de las principales resoluciones del Indecopi sobre el Principio

En el presente apartado nos centraremos en el análisis de las decisiones del Indecopi en relación a los principales casos de infracción al Principio. Para ello, evaluaremos las resoluciones emitidas en base a la normativa anterior como la actual, con la finalidad de determinar la existencia de un cambio de criterio o continuidad del mismo. Del mismo modo, se analizará el criterio adoptado por el CONAR, en base a la aplicación de su Código de Ética publicitario.

No es sorpresa que, de entre los tipos de infracción al Principio, la inducción a cometer actos ilegales sea aquel con menos casos resueltos. Además de las críticas constantes a este supuesto, dificultad probatoria e indeterminación, también no es muy común que una empresa se arriesgue a utilizar la comisión de actos ilegales como estrategia publicitaria.

Más allá del miedo a un potencial procedimiento sancionador, pocos son los casos en los que un consumidor verá de buena manera un anuncio que muestra la comisión de actos ilegales y, menos aún, se convencerá en adquirir un

producto o servicio que se promociona mediante la normalización de este tipo de actos.

Considerando ello, nos centraremos en el análisis de dos (02) casos (los más relevantes) por cada normativa. La importancia de los mismos se centra en que han establecido criterios que han sido replicados por los pronunciamientos que las siguieron sin modificaciones sustanciales.

3.1 Análisis de los principales pronunciamientos en relación a la regulación del DL 691.

En aplicación del DL 691, se resolvieron dos (02) casos emblemáticos en la materia, los cuales han sido objeto de estudio y crítica por parte de la academia, así como referencia para pronunciamientos posteriores. Estos casos son los siguientes: i) Radio Planeta y los Teletubbies y ii) “Las cosas como son” de Sprite.

El primero de estos casos fue resuelto mediante la Resolución No. 152-2005/CCD-INDECOPI del 12 de diciembre del 2005. En este caso se imputó la comisión de una infracción al Principio en contra de Corporación Radial del Perú S.A.C. (Radio Planeta) y a Pragma de Publicidad S.A.C., por haber difundido el siguiente anuncio publicitario: aparecen muñecos jugando en un campo (simulando a la serie Teletubbies) y, posteriormente, una persona los agrede violentamente. Inmediatamente, mientras la locución en off señala: *“ya viste lo que querías, ahora escúchalo en planeta ciento siete punto siete, lo último de la música en tu oreja”, se aprecia el logotipo de la emisora “Radio planeta 107.7⁹”.*

Al respecto, las imputadas señalaron que únicamente se habría presentado un anuncio haciendo uso de exageraciones publicitarias para llegar a un público juvenil. Se buscaba transmitir un mensaje de desvinculación con los gustos infantiles en un proceso de crecimiento hacia la adultez, lo cual se reflejaba en el rechazo a un programa infantil conocido.

⁹ El anuncio publicitario se encuentra en el siguiente enlace:
https://www.google.com/search?q=radio+planeta+anuncio+teletubbies&rlz=1C1VDKBenPE1070PE1070&og=radio+planeta+anuncio+teletubbies&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyCQgAEEUYORigATIHCAEQIRigATIHCAIQIRigAdIBCDU3OTVgMGo3gAIAAsAIA&sourceid=chrome&ie=UTF8#fpstate=ive&vld=cid:57c120ac,vid:0FpwcgrTWXo,st:0

La CCD evaluó estos argumentos y los desestimó, debido a que consideraba que el anuncio era suficiente para inducir a la comisión de conductas antisociales, las cuales serían actos violentos como agredir físicamente a terceros. Además, la autoridad consideró que el solo hecho de que se mostraran estos comportamientos era suficiente para inducir y enaltecer dichas conductas.

Como hemos mencionado anteriormente, no coincidimos con la afirmación de que el solo hecho de mostrar imágenes de algún comportamiento sea suficiente para inducir a los destinatarios a replicar dichas conductas. Las personas no son tan ingenuas para llevar a cabo conductas antisociales (o ilegales) por el solo hecho de verlas en publicidad.

Si creemos eso llegaríamos al extremo de prohibir todos los videojuegos, series, películas, entre otros que muestren escenas violentas (con el anuncio analizado) pues llevarían a que todos repliquen dichas conductas. En esta línea, en la medida de que todos, en algún momento, hemos consumido el contenido anteriormente mencionado terminaríamos siendo violentos, pero no lo somos.

Si en el caso concreto el anuncio de Radio Planeta tuvo un contenido y efecto tal que la hizo especialmente violenta y convincente para que los destinatarios repliquen dicho comportamiento, tuvo que ser probado. El solo hecho que la mayoría de los comisionados de la CCD haya creído eso no basta para acreditarlo, en especial cuando estamos frente a un procedimiento sancionador en la cual se requiere un mayor nivel probatorio para sancionar a una empresa. Si se afirma ello, se necesitará comprobar que, en la realidad, hubo un aumento en los casos de violencia a causa directa de haber visto dicho anuncio.

Sin perjuicio de nuestra crítica frente a la decisión, creemos que los siguientes aspectos de esta resolución deben ser resaltados:

- Se precisa la diferencia entre los supuestos de inducir a cometer actos de discriminación y conductas antisociales o ilegales. Esta última busca sancionar *“publicidad capaz de inducir a actividades antisociales,*

criminales o ilegales o que parezca apoyar, enaltecer o estimular tales actividades". Lo que busca es que *"no se promueva la vulneración de la moral, la salud y la seguridad pública a los cuales se refiere el artículo 59 de la Constitución"*. A diferencia del primer supuesto, el cual tiene la misma finalidad, pero en relación a conductas ofensivas o discriminatorias.

- Se precisa que el término "inducir", se refiere a *"persuadir a alguien a realizar una acción determinada"*. Por su parte, "enaltecer" debe entenderse *"como sinónimo de "ensalzar", "engrandecer" y "alabar", lo que implica realizar elogios alabanzas de las cualidades de algo o de alguien"*.
- Finalmente, se establece un criterio de análisis para la configuración de infracción al Principio. La CCD señala que corresponde analizar lo siguiente: *"i) en qué consiste la acción de inducir o estimular una conducta antisocial; ii) en que consiste la conducta antisocial; iii) cuáles son las conductas infractoras mostradas en la publicidad en particular; iv) de qué manera tales conductas pueden inducir o enaltecer una conducta antisocial"*.

En cuanto al segundo caso, "Las cosas como son" de Sprite, fue resuelto mediante la Resolución No. 075-2007/CCD-INDECOPI del 25 de abril de 2007. En este caso se imputó la comisión de una infracción al Principio en contra de Coca-Cola Servicios del Perú S.A. y Mccann-Erickson Corporation Publicidad S.A. por haber difundido un anuncio publicitario sobre la gaseosa Sprite, en la cual se señalaba que era normal y natural eructar luego de tomar gaseosas¹⁰.

En este caso, la discusión se centró en determinar si es que mostrar los eructos como algo natural y de manera abierta podría ser considerado como un acto antisocial y si es que el anuncio inducía a cometer estos actos. A criterio de la CCD, en el anuncio, se presentó la emisión de eructos sin respeto a terceros y sin importar el contexto, la cual es una conducta reprochable, considerada como

¹⁰ El anuncio publicitario se encuentra en el siguiente enlace:
<https://www.youtube.com/watch?v=cTN0GhMUOxg&t=31s>

una costumbre inadecuada, por lo que calificaría como una conducta antisocial. Asimismo, la CCD señaló que al presentar estas situaciones como naturales y humorísticas el anuncio inducía a cometer dichos actos. Por lo tanto, la CCD declaró fundada la denuncia y sancionó a las empresas.

Las imputadas apelaron dicha decisión ante la SDC. La autoridad revocó la decisión de primera instancia archivando la denuncia porque consideraba que, en el anuncio, si bien se mostraban los eructos de manera abierta y como un comportamiento natural, no se indujo o se promovió a la realización de dichos actos.

La SDC señaló que, en este tipo de casos, lo importante era analizar el propósito del mensaje y no si este mostraba o no conductas antisociales, ilegales o criminales. Si el criterio fuera distinto, se llegaría al ridículo de sancionar empresas por anuncios cuya finalidad sería mostrar ciertas conductas antisociales o ilegales como reprochables. Finalmente, la autoridad señaló que no es rol del Indecopi establecer qué es de mal o buen gusto en la sociedad ni cuáles deberían ser considerados buenos modales, así como mucho menos es su competencia sancionar conductas de agentes económicos que considere contrarias a estas¹¹.

Conforme lo hemos precisado a lo largo del presente trabajo, somos de posición similar a la adoptada por la SDC en este caso. No consideramos que: i) el Indecopi sea competente para determinar qué son conductas antisociales y sancionar a agentes económicos en base a ello; ii) que el solo hecho de mostrar conductas ilegales o antisociales sea suficiente para determinar que se infringió al Principio, y; iii) el criterio de los comisionados o vocales es suficiente para acreditar que un anuncio es capaz de inducir a cometer actos ilegales y/o antisociales, es necesaria un nivel probatorio mucho más alto.

3.2 Análisis de los principales pronunciamientos en relación al Principio contenido en la LRCD

¹¹ Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI.

En aplicación de la LRCD, se han resuelto diversos casos de infracción al Principio. Sin embargo, el número de pronunciamientos en relación al supuesto que venimos analizando es menor, por lo que analizaremos únicamente aquellos dos (02) casos más emblemáticos, los cuales han sido objeto de estudio y crítica por parte de la academia, así como referencia para pronunciamientos posteriores. Estos casos son los siguientes: i) “El Bocón no se calla nada” y ii) Pasos de desactivación de alarmas¹².

En relación al primer caso, la CCD inició un procedimiento sancionador en contra de la Empresa Periodística Nacional S.A. (diario El Bocón) por la presunta comisión de una infracción al Principio, al difundir el siguiente anuncio: Un padre se encuentra observando el partido de fútbol de su hijo, este último anota un gol y le pregunta a su padre qué tal le pareció el mismo. Su padre le comenta que el gol le pareció mediocre y que mejor debería dedicarse al ajedrez. Posteriormente, aparece un mensaje en off que dice lo siguiente: “*Los periodistas de El Bocón no nos callamos nada. El Bocón ahora con una nueva imagen, 24 páginas, ediciones regionales, harto fútbol y todos los deportes que te apasionan. ¡El Bocón no tiene lectores, tiene hinchas!*”¹³. Finalmente, aparecen imágenes del hijo metiendo otro gol y, seguidamente al padre haciéndole una señal de que el gol estuvo “más o menos”.

La CCD consideró que el maltrato del padre a su hijo en el anuncio sería capaz de inducir a la realización de trato cruel o degradante hacia los menores, vulnerando los derechos a la integridad moral, psíquica y física, contenidos en el artículo 4 de la Ley 27337 – Código de los Niños y Adolescentes, pues se muestra como positivo el maltrato explícito de un padre hacia su hijo. En consecuencia, se sancionó a la empresa.

Dicha resolución se apeló ante la SDC, la cual, mediante Resolución No. 1857-2012/SC1-INDECOPI, revocó la decisión. El principal argumento invocado fue que, en línea con lo resuelto en el caso “Las cosas como son”, la infracción al

¹² Resolución No. 108-2019/CCD-INDECOPI.

¹³ Resolución No. 102-2011/CCD-INDECOPI.

Principio no se configura por la sola aparición en anuncios de imágenes o comportamientos que califican como ilegales, sino que por la efectiva provocación en la realidad de la reproducción de dichas conductas. En palabras de la SDC:

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

Nuevamente, coincidimos con el criterio de la Sala bajo los argumentos ya expuestos por nosotros anteriormente. Asimismo, consideramos una práctica ilegal y reprochable que, a pesar de que existan diversos pronunciamientos de la SDC en el mismo sentido, que la muestra de conductas ilegales en anuncios no es infracción al Principio, la CCD continúe sancionando a empresas por dichos actos. Esta es una actuación que contraviene la seguridad jurídica, así como perjudica el correcto desenvolvimiento del mercado, limitando prácticas competitivas que generan mayor dinamismo y eficiencia en el mercado.

Por otro lado, un último pronunciamiento sobre la materia es el caso contenido en la Resolución No. 108-2019/CCD-INDECOPI, mediante el cual se sancionó a Verisure Perú S.A.C. por la infracción al Principio. La imputada difundió una pieza publicitaria denominada “Cómo deshabilitar un sistema de alarma que no es Verisure” a través de Facebook. Este anuncio, a criterio de la CCD, induciría o favorecería la comisión de un acto ilegal, toda vez que mediante el referido anuncio se pondría en conocimiento formas para desactivar un sistema de alarma alámbrico.

Asimismo, la CCD señaló que, *“si bien no todos los receptores del anuncio se*

verían inducidos a realizar una conducta ilegal, basta que exista la posibilidad de que algunos de ellos con intenciones ilegales se vean inducidos a realizar dichos actos para que se configure la infracción establecida¹⁴. Esta postura es ilegal, debido a que es contraria a todos los pronunciamientos anteriores de la SDC, configurando una infracción a la seguridad jurídica y al Principio de Predictibilidad. Si bien siempre es posible que un órgano resolutorio pueda cambiar de criterio este siempre debe ser motivado de manera suficiente, lo cual no se hace en el presente caso.

Por otro lado, dicha postura señala que no se debe acreditar que se cumplen con los elementos del tipo infractor del Principio, pues sería suficiente con la posibilidad de que algunos se vean inducidos a cometer actos ilegales (elemento principal del tipo infractor). Lo anterior vulnera el Principio de Tipicidad y Legalidad, pues se estaría sancionando a una empresa por la comisión de una infracción inexistente, pues, en este caso, se estaría cumpliendo parcialmente el tipo infractor del Principio, conducta que si no está expresamente establecida como infracción independiente no podría ser cometida ni mucho menos se podría sancionar en base a ella.

Adicionalmente, el sancionar una conducta basándose en una posibilidad sería una vulneración al principio de presunción de licitud, debido a que se estaría presumiendo que los administrados infringieron el Principio sin tener certeza. Además, se estaría invirtiendo la carga de la prueba en contra de los administrados conforme a lo señalado anteriormente, lo cual iría en contra de lo desarrollado en el fundamento 45 de la STC recaída en el Expediente 00156-2012-PHC/TC, según el cual el principio de presunción de licitud establece *“que no pueda trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia”*.

Como puede apreciarse, durante la vigencia del Principio, la CCD y la SDC han tenido un criterio contrario que se ha mantenido constante. Consideramos que la

¹⁴ Resolución No. 108-2019/CCD-INDECOPI.

postura que debería primar es la adoptada por la SDC y que la CCD debería adoptarla al ser la autoridad de instancia inferior. De no ser así, se continuará en una situación en la cual el administrado deberá siempre apelar para que se le revoque una sanción, la cual es una situación perjudicial e ilegal para los administrados.

3.3 Análisis de los principales pronunciamientos en relación a la tipificación del Principio, contenida en el Código de Ética de CONAR.

La normativa vinculante en materia de publicidad y derecho de represión de la competencia desleal es la LRCD, la cual es interpretada y aplicada por el Indecopi. Como bien se ha mencionado anteriormente, el CONAR es solo un mecanismo de autorregulación publicitaria a través de la cual las empresas, voluntariamente, aceptan someterse a ciertas reglas y limitaciones en materia publicitaria. Del mismo modo, en caso de incumplimiento de estas reglas, aceptan que sea el mismo CONAR, a través de sus órganos resolutivos quien decida sobre las mismas.

Si bien estos los criterios adoptados por el CONAR no tienen la fuerza de las resoluciones del Indecopi, sí sirven como criterio orientador para las conductas de las empresas en el mercado y fijan pautas útiles para evitar incurrir en prácticas desleales. En este sentido, con mayor razón, los pronunciamientos del CONAR, al ser emitidos por conocidos especialistas en la materia, sirve como fuente importante para el estudio. Es por ello que, a continuación, desarrollaremos el criterio adoptado por el CONAR para resolver casos de infracción al Principio, en base a dos (2) casos.

Cómo ya se ha mencionado, el Principio se encuentra recogido en la LRCD. No obstante, con una tipificación muy similar, el Código de Ética Publicitario regula el Capítulo IV “Decencia y Adecuación Social en la Publicidad”. Es en base a las disposiciones contenidas en dicho capítulo que el CONAR resolvió los siguientes casos.

En primer lugar, a través de la Resolución No. 004-2012-CONAR/CPE se resolvió una denuncia en contra de Empresa Periodística Nacional S.A. – EPENSA por la comisión de una infracción a los artículos 9 (sexualidad en la publicidad) y 10 (Discriminación y conductas antisociales e ilegales) del entonces Código de Ética Publicitario. Dichas infracciones se materializarían en la publicidad contenida en vallas que anunciaban la venta de libros de una colección mediante el siguiente mensaje “*Las fantásticas. Las Mujeres de El Cartel. Historias de sexo, poder y drogas a solo S/. 6 cada tomo*”.

Al respecto, se declaró fundada la denuncia en este extremo, pues se consideró que el anuncio publicitario era susceptible de enaltecer conductas criminales o ilegales, pues se usaban frases e imágenes impactantes -según ellos, en especial para menores de edad- que permiten interpretar las historias de mujeres que forman parte de un cártel de drogas como una conducta socialmente aceptable.

Ahora bien, es cierto que las actividades que se realizan en un cartel de drogas son ilegales, así como mostrar imágenes de personas que se dedican a ello y tildarlas de exitosas es de mal gusto. Sin embargo, ¿se debería prohibir este tipo de publicidad? y ¿mostrar imágenes que transmitan este tipo de mensajes es capaz de inducir a sus destinatarios a replicar estos actos delictivos? Creemos que no.

Los productos difundidos a través de esta publicidad eran libros, cuya temática estaba relacionada a historias de mujeres que pertenecían a carteles de drogas. Así como este libro, existen miles de otros, así como películas, videos, series, cómics, etc. que abordan esta temática y muchas otras que configuran actos delictivos. Usando el criterio del CONAR para este caso, podríamos llegar al extremo de prohibir la publicidad de todo este tipo de contenido.

En la industria del entretenimiento es tan usual el uso de villanos que cometen actos delictivos que podría afirmarse que en la mayoría de los productos de este rubro contienen al menos una referencia a actos ilegales. Del mismo modo, los protagonistas o héroes suelen realizar actos ilegales, muchas veces estos

asesinan, roban, escapan de la justicia, entre otros. Entonces, lo lógico es que en la publicidad de este tipo de contenido también se muestre o resalte la comisión de actos ilegales, pues es una válida manera de captar la atención del público.

Por otro lado, tampoco creemos que este tipo de publicidad sea suficiente para inducir al público a cometer estos actos delictivos. El consumidor no es tan ingenuo de replicar todo aquello que una pieza publicitaria muestra, menos aun cuando es un acto ilegal. Es más, en este caso la publicidad no le está ordenando o insinuando al consumidor que realice dichas actividades, sino únicamente está refiriéndose a ellas porque son la temática de los libros que buscan vender.

Si consideramos que este tipo de publicidad es capaz de influenciar a los consumidores todo el mundo sería delincuente. Como se mencionó anteriormente, la industria del entretenimiento tiene como principales temáticas la comisión de actos delictivos, los cuales se muestran en sus anuncios publicitarios, por lo que, siguiendo el criterio del CONAR, todos los que las han visto se verían inducidos a cometer dichos actos ilegales. Pero somos conscientes que, en la realidad, esto no es así.

Consideramos que para acreditar la inducción a cometer actos ilegales debe haber una constatación en la realidad, es decir, que como consecuencia directa de un anuncio que muestra un acto ilegal haya un incremento en la comisión de dicho acto. Caso contrario, no se podría configurar este supuesto infractor.

En segundo lugar, mediante Resolución No. 02-2020-CONAR/CPE, se resolvió una denuncia en contra de la empresa Productos Tissue del Perú S.A.C. por la comisión de una infracción a los artículos 7 (Principio de veracidad) y 12 (Principio de Decencia y Sexualidad en la Publicidad) del actual Código de Ética Publicitario. Dichas infracciones se materializarían en la publicidad contenida en el empaque del producto papel higiénico Elite Húmedo, el cual señalaba que *“era un producto desechable en el W.C./Inodoro con un máximo de 2 hojas por descarga”*, lo cual daría a entender que el producto tendría las características necesarias para poder desecharse con los inodoros sin traer ninguna consecuencia.

Para el análisis de la vulneración al Principio de Decencia y Sexualidad en la Publicidad es necesario tener presente dos cosas. Primero, en la evaluación de la veracidad de la afirmación cuestionada, se resolvió que no se había acreditado que el producto higiénico Elite Húmedo verdaderamente era desechable en inodoros y no causaba ningún tipo de perjuicio. Segundo, arrojar elementos sólidos al inodoro se encuentra calificada como infracción (acto ilegal) por el artículo 37.2. del Decreto Supremo No. 019-2017-VIVIENDA, el Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento y por el artículo 42 y literal h. del artículo 48 de Resolución del Consejo Directivo No. 011-2007-SUNASS-CD, Reglamento de Calidad de la prestación de Servicios de Saneamiento.

Teniendo estos dos aspectos en claro, el CONAR resolvió declarar fundada la denuncia, pues la publicidad del producto higiénico Elite Húmedo inducía a los consumidores a botar sus productos al inodoro al afirmar que estos contaban con características especiales que no dañaba las tuberías ni sistema de alcantarillado, conducta que sería ilegal.

Al respecto, consideramos que en este caso particular si hubo una correcta aplicación del Principio, pues esta publicidad sí induciría a cometer un acto ilegal. Sin embargo, como explicaremos, ha mediado un factor adicional determinante para que se configure la inducción a realizar el acto ilegal.

Conforme explicamos, la publicidad en cuestión induce a los consumidores a realizar el acto ilegal de desechos su producto al inodoro, lo cual califica cómo infracción al dañar tuberías y sistema de alcantarillado. En este caso, la inducción no solo se configura por el hecho que la publicidad muestra la conducta ilegal y le dice al consumidor que la replique, sino porque presenta afirmaciones que generan convicción al consumidor de que si echa sus productos al inodoro no estaría cometiendo la infracción.

Sucede que el producto afirma que cumple con los estándares normativos y técnicos para que se deshaga y no genere daños a las tuberías ni al sistema del alcantarillado. En base a ello, un consumidor convencido en que esto es cierto procederá a desechos el producto en los inodoros con la convicción que no está

cometiendo un acto ilegal, cuando en la realidad sí lo estaría haciendo.

Entonces, estamos frente a un supuesto en el que se configura la inducción a cometer un acto ilegal frente a la concurrencia de las siguientes particularidades respecto a la publicidad: i) muestra un acto ilegal como común; ii) directamente le dice al consumidor que realice un acto ilegal, y; iii) engaña al consumidor para que realice una acción que es ilegal con el convencimiento de que esto no es así.

III. Acercamiento a una correcta interpretación sobre el Principio de Adecuación Social, en su modalidad de inducción a cometer actos ilegales mediante publicidad.

A lo largo del presente trabajo, hemos sido críticos con el desarrollo normativo y los pronunciamientos de las autoridades competentes en la materia. Si bien hemos considerado acertados ciertas interpretaciones y criterios, siempre hemos concluido en que estos poseen errores que deben ser enmendados para una correcta aplicación del Principio.

Es por ello que, a continuación, procederemos a desarrollar nuestra postura sobre la correcta interpretación del Principio. Interpretación que consideramos debe ser la aplicable a futuro con la finalidad de evitar incurrir en arbitrariedades y en vulneración de las garantías y derechos de los imputados de los procedimientos administrativos sancionadores sobre el Principio.

En la práctica, el Principio no ha tenido una sola interpretación en el marco de procedimientos sancionadores seguidos por las autoridades competentes. Lamentablemente, el criterio utilizado para resolver la mayoría de estos casos no ha sido el correcto, pues se tiende a interpretar extensivamente el tipo infractor (se entiende como “acto ilegal” un acto contrario a cualquier norma), así como se considera suficiente una potencialidad respecto a la inducción a cometer actos ilegales para sancionar a los imputados

Sobre este último punto, como ya hemos adelantado, somos de la postura de que no basta con acreditar una posibilidad de que determinada publicidad pueda

inducir a cometer actos ilegales, sino que se debe acreditar, a través de medios probatorios suficientes, que, en la realidad, dicha publicidad ha generado que los consumidores hayan replicado los actos ilegales que esta induce a cometer.

En la misma línea, siguiendo el criterio adoptado por el Indecopi en la Resolución No. 2346-2007/TDC-INDECOPI y Resolución No. 1857-2012/SC1- INDECOPI no basta que la publicidad muestre determinado acto ilegal ni tampoco que lo normalice o presente como algo bueno, sino que es necesario que se presente de manera tal que brinde un mensaje lo suficientemente apto o determinante para que los destinatarios realicen dicha conducta.

Adicionalmente, sobre este extremo, coincidimos con Richarte cuando señala que *“la única manera de demostrar que se ha inducido a la realización de dichas actividades será a través de dos pasos, (i) demostrando el incremento de dichas actividades; pensamos que una manera adecuada de probarlo sería con un informe que demuestre estadísticamente que se ha incrementado la actividad presentada en la publicidad, y (ii) demostrar el nexo causal entre la publicidad y el incremento de la actividad¹⁵”*.

En base a ello, para determinar que la publicidad es determinante para generar que se replique determinado acto ilegal no basta con que así lo consideren los funcionarios encargados de resolver, sino que es necesario una constatación fáctica. Por ejemplo, quedará comprobado que un anuncio indujo a cometer un acto ilegal si se constata un aumento en el índice de comisión de dicho acto a causa directa del anuncio. No basta con la potencialidad de una inducción, si no en su configuración objetivamente contrastable en la realidad.

Se debe recordar que nos encontramos frente a una infracción administrativa, cuya configuración desencadena la imposición de sanciones en contra de los imputados, por lo tanto, siguiendo los principios y garantías aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores, se deberá contar con material probatorio suficiente para declarar que un administrado cometió dicha infracción.

¹⁵ Richarte, G. (2014). La insaciabilidad normativa en el Principio de Adecuación Social aplicado a la Publicidad Comercial. Foro Jurídico, (13), 85.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13776>

En este sentido, consideramos que “inducir” debe interpretarse como la capacidad de convencer y determinar el comportamiento de los consumidores y destinatarios de los anuncios publicitarios. Entonces, la publicidad debe, efectivamente, provocar que quienes reciban su mensaje realicen la conducta ilegal que la misma presente. Situación que debe ser objetivamente constatable.

Sobre la frase “actos ilegales”, podemos señalar que se necesita que en la publicidad que se analice se muestre, se haga referencia y/o se transmita un mensaje o comportamiento ilegal, pero ¿qué se debe interpretar por “ilegal? ¿contrariedad a cualquier dispositivo normativo o únicamente a una norma de rango legal?

Consideramos que la interpretación correcta debería ser esta última, pues nos encontramos frente a una disposición prohibitiva, cuyo incumplimiento deviene en infracción administrativa y que tendría como consecuencia la eventual imposición de sanciones y/o medidas correctivas. Entonces, nos encontramos frente a una norma restrictiva de derechos, por lo cual no podría ser interpretada de manera extensiva y se le debe atribuir el alcance más acotado posible.

Esta postura proviene de una interpretación adecuada y constitucional por encontrarse acorde al Principio General del Derecho según el cual “Las normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente”. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente No. 2235-2004-AA/TC, ha señalado que *“la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, in malam partem, de las normas que restrinjan derechos”*.

De lo expuesto anteriormente, se concluye que las normas que restringen derechos, como lo son las normas prohibitivas o las infracciones, no pueden ser interpretadas de manera extensiva, sino únicamente de manera restrictiva. En ese sentido, cuando el Principio se refiere a normas “ilegales” se debe entender que solo hace alusión a normas de rango legal.

Lo anterior, es concordante con el Principio de Tipicidad en materia sancionadora, pues esta establece que las infracciones administrativas no deben ser interpretadas de manera extensiva o analógica. Sobre este Principio, el doctor Morón¹⁶ ha señalado que el tipo de interpretación que se debe realizar frente a las infracciones es una de tipo restrictiva y correcta. En la misma línea, Alejandro Nieto¹⁷ afirma que la tipificación de infracciones requiere, necesariamente, una descripción de los elementos esenciales de la conducta sancionable, de tal manera que la tipificación sea suficiente y clara, de tal manera no exista necesidad de interpretaciones analógicas o extensivas.

El criterio anteriormente desarrollado también es compartido por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que el Principio de Tipicidad tiene como base los principios de libertad y seguridad jurídica. En relación a este segundo, el Principio de Tipicidad exige que las infracciones se encuentren lo suficientemente claras como para que los administrados estén en la capacidad *“de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada (...)”*¹⁸.

En este sentido, queda claro que el Principio debe ser interpretado de la manera más restrictiva posible, de tal manera de que esta limite, en menor medida la conducta de los administrados. En este sentido, si con la frase “actos ilegales” se tienen dos opciones de interpretación debe primar la más favorables a los administrados, en este caso, que el tipo infractor solo se refiere a actos que infrinjan normas de rango de ley.

¹⁶ Morón, J. (2023) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444. Décimo segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 412 – 414.

¹⁷ Nieto, A. (2005). Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 304-305.

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Sentencia expedida bajo el Expediente No. 01873-2009-PA/TC. Fundamento No. 12.

En este punto debemos preguntarnos lo siguiente: ¿Qué debe contener una pieza publicitaria para inducir a cometer actos ilegales? y ¿es una pieza publicitaria suficiente para inducir a cometer actos ilegales? ¿qué puede llevar a una persona a replicar aquel acto ilegal que determinada pieza publicitaria le pide que replique?

Como ha quedado claro, mostrar o solicitar a los destinatarios de publicidad que realicen determinado acto ilegal no genera que estos lo hagan. Un consumidor no es tan ingenuo para dejarse convencer de cometer un acto que podría causarle la imposición de una sanción o pena privativa de libertad. Por ende, los supuestos en los cuales puedan configurarse esta infracción son muy reducidos, al punto que, a la fecha, considero que el único caso en el que sí consideramos que la publicidad fue capaz de inducir a la comisión de un acto ilegal fue el resuelto mediante la Resolución No. 02-2020-CONAR/CPE.

En este caso, no solo se presentó una conducta ilegal como normal y se solicitó que se replique, sino que generó una convicción legítima, a través de engaños, que el producto debía ser utilizado de determinada manera y que esto no calificaba como acto ilegal. Específicamente, el producto papel higiénico Elite Húmedo señalaba que *“era un producto desechable en el W.C./Inodoro con un máximo de 2 hojas por descarga”* y para acreditar dicha afirmación se señaló que el producto cumplía con estándares normativos y técnicos que harían que el producto no genere daños a las tuberías ni sistemas de alcantarillado.

Entonces, los consumidores, en la creencia de que la afirmación era cierta y que las indicaciones de uso del producto señalaban que el mismo se podía desechar en el inodoro, procedían a actuar de esta manera. Lo que no consideraban los consumidores es que esas afirmaciones eran falsas, por lo que su acción de desechar el producto en el inodoro sí generaba daños a las tuberías ni sistemas de alcantarillado, lo cual configuraba como infracción, de acuerdo al artículo 37.2. del Decreto Supremo No. 019-2017-VIVIENDA, el Reglamento de Calidad de la Prestación de Servicios de Saneamiento y por el artículo 42 y literal h. del artículo 48 de Resolución del Consejo Directivo No. 011-2007-SUNASS-CD, Reglamento de Calidad de la prestación de Servicios de Saneamiento.

Consideramos que este es un supuesto válido en el que se podría considerar que un anuncio es capaz de inducir a cometer un acto ilegal. No obstante, se necesitaría realizar las investigaciones correspondientes para acreditar que en la realidad sí se llegó a cometer dicho acto ilegal por parte de los consumidores -hecho que consideramos altamente probable-. Lamentablemente, este caso no es perfecto, pues los actos ilegales estarían materializados en reglamentos y no en normas de rango de ley, por lo que, según nuestro criterio, no se podría configurar una infracción al Principio.

Conforme a lo desarrollado en el presente apartado, para una correcta interpretación del Principio, se debe cumplir, de manera concurrente, lo siguiente: i) inducir, debe ser considerado como convencer y determinar la comisión del acto ilegal, de manera objetiva y fácticamente comprobable; ii) acto ilegal es solo norma de rango de ley; iii) para acreditar una inducción a cometer un acto ilegal, se deben presentar pruebas suficientes que constaten una relación causal entre la visualización de la publicidad y un aumento en la comisión del acto ilegal, y; iv) una modalidad de inducción a cometer actos ilegales sería convencer al destinatario que dicha conducta no es ilegal.

IV. Conclusiones.

- La evolución normativa del Principio ha estado contenida en las siguientes disposiciones: i) Decreto Legislativo No. 691, que dicta normas de la publicidad en defensa del consumidor; ii) Código de Ética Publicitario del CONAR, y; iii) la Decreto Legislativo No. 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
- En el DL 691, el Principio abarcaba como conducta desleal el difundir publicidad que inducía a cometer actos “antisociales”. Este tipo infractor, cuestionado por su subjetividad y por dar altos márgenes de discrecionalidad a la autoridad resolutoria, fue eliminado en la actual normativa (LRCD), así como tampoco es reconocido en Código de Ética Publicitario del CONAR (mecanismo de autorregulación).

- El Indecopi ha señalado que, para acreditar la comisión de una infracción a este Principio, no basta que una pieza publicitaria reproduzca conductas ilegales, sino que el mensaje de la misma debe ser susceptible de convencer y llevar a los destinatarios de la publicidad a replicar dichas conductas. No obstante, en los últimos pronunciamientos del Indecopi, se ha aplicado dicho criterio de manera contraria, considerando que mostrar actos ilegales o la forma de cometerlos es suficiente para inducir a cometerlos.
- Este criterio vulnera el Principio de Tipicidad, Legalidad y el de interpretación restrictiva de normas que limitan derechos fundamentales, pues sanciona a un administrado por la comisión de conductas distintas a las expresamente reconocidas en el tipo infractor. El Indecopi, mediante el uso ilegal de la interpretación extensiva, busca ampliar la aplicación del Principio a conductas distintas.
- Al no existir uniformidad de criterio y resolver, en algunos casos, de manera contradictoria se genera una vulneración al Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima, pues se varía irrazonable e inmotivadamente la interpretación del Principio en reiteradas y continuas veces. De esta manera, no existe seguridad jurídica respecto de la aplicación de este tipo infractor.
- Somos de la postura que para una correcta interpretación del Principio, se debe cumplir, de manera concurrente, con lo siguiente: i) inducir, debe ser considerado como convencer y determinar la comisión del acto ilegal, de manera objetiva y fácticamente comprobable; ii) acto ilegal es solo norma de rango de ley; iii) para acreditar una inducción a cometer un acto ilegal, se deben presentar pruebas suficientes que constaten una relación causal entre la visualización de la publicidad y un aumento en la comisión del acto ilegal, y; iv) una modalidad de inducción a cometer actos ilegales sería convencer al destinatario que dicha conducta no es ilegal y que, en base a ello, este la replique.

V. Bibliografía

Resoluciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

- No. 0455-2004/TDC-INDECOPI.
- No. 0152-2005/CCD-INDECOPI.
- No. 075- 2007/CCD-INDECOPI.
- No. 2346-2007/TDC-INDECOPI.
- No. 102-2011/CCD-INDECOPI.
- No. 1857-2012/SC1-INDECOPI.
- No. 108-2019/CCD-INDECOPI.
- No. 124 2020/CCDINDECOPI.
- No. 186-2021/CCD-INDECOPI.

Sentencias del Tribunal Constitucional

- Recaída en el Expediente No. 2235-2004- AA/TC.
- Recaída en el Expediente 00156- 2012-PHC/TC.

Doctrina.

- Antonio, P. (2020). Principio de Adecuación Social en la Publicidad. [Trabajo Académico para optar por el título de Segunda Especialidad en Derecho de Protección al Consumidor]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/18992>

- Aramayo, A. y otros (2013). Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Colección por el vigésimo aniversario del Indecopi.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/5559>

- Buleje, C. y Diez-Canseco, L. (2010) Un Nuevo "Código de Consumo": Consecuencias de Pretender Re-regular Equivocadamente la Actividad Publicitaria. *Derecho & Sociedad*, (34), 17-27.

<https://repositorioacademico.upc.edu.pe/handle/10757/668129>

- Diez Canseco, L. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *Themis Revista de Derecho*, (36), 39-63.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725>

- Indecopi (2022). Lineamientos sobre competencia desleal y publicidad comercial, aprobados por Resolución No. 001-2022-LIN-CCD/INDECOPI.

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/handle/11724/9334>

- Morón, J. (2023). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444. Décimo segunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 412 – 414.

- Nieto, A. (2005). Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, pp. 304-305.

- Prieto, C. (2013). Cuestionando las cláusulas de moralidad en el derecho peruano: especiales consideraciones en torno al derecho de marcas y el derecho de la publicidad. [Tesis para obtener el título profesional de abogado]. Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4962>

- Richarte, G. (2014). La insaciabilidad normativa en el principio de adecuación social aplicado a la publicidad comercial. Asociación Civil

Foro Académico, 13, 79-87.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13776>

- Rodríguez, G. (2011). Luces y Sombras en el régimen de la Publicidad del Código de Protección y Defensa del Consumidor. *Revista De Derecho Administrativo*, (10), 103-112.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13681>

