

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho de Protección
al Consumidor

El criterio para determinar la objetividad de las afirmaciones
utilizado por la Sala de Defensa de la Competencia y las
complicaciones en su aplicación

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

Autora:

Nuria Roxana Zamudio Pon

ASESOR:

Javier Mihail Pazos Hayashida


Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, Pazos Hayashida Javier Mihail, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor del Trabajo Académico titulado “El criterio para determinar la objetividad de las afirmaciones utilizado por la Sala de Defensa de la Competencia y las complicaciones en su aplicación”, de la autora Zamudio Pon Nuria Roxana, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/12/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo Académico, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 03 de abril del 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: Pazos Hayashida Javier Mihail	
DNI: 07758696	Firma  Pontificia Universidad Católica del Perú 04 de abril de 2023
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-3516-2603	

RESUMEN:

El presente trabajo busca desarrollar el criterio para determinar la objetividad de las afirmaciones utilizado por la Sala de Defensa de la Competencia y las complicaciones en su aplicación. Por ello, en la primera sección se hace un breve pero conciso análisis del criterio en cuestión: *estaremos ante una afirmación objetiva, sujeta al principio de veracidad, cuando se cumplan alguna de estas dos condiciones: (i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o, (ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.* Asimismo, es importante mencionar la importancia de desarrollar las figuras de actos de engaño, afirmaciones objetivas y subjetiva para realizar un profundo análisis del tema, tanto como el principio de veracidad y el deber de sustanciación previa. Finalmente, para ejemplificar la utilización de este criterio, es oportuno aterrizar en un caso concreto, tal como es la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI.

PALABRAS CLAVE:

Criterio de objetividad, Competencia Desleal, principio de veracidad, parámetro de comprobación.

Índice

Introducción	4
Sección I: El criterio de objetividad aplicado por la Sala de Defensa de la Competencia (cuestionamientos)	5
I.1. <i>“que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación”</i>	5
I.2. <i>“que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco”</i>	6
Sección 2: Interferencia con el contenido de la figura de actos de engaño	8
2.1. Actos de engaño, afirmaciones objetivas y subjetivas	8
2.2. Principio de veracidad	11
2.3. Deber de sustanciación previa	13
Sección 3: Análisis de la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI	14
3.1. Hechos principales del caso	14
3.2. Resolución de la Sala Especializada de Defensa de la Competencia	15
3.3. Cuestionamientos sobre la resolución	18
Conclusiones	20
Bibliografía	23

Introducción

En los últimos años, la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI ha utilizado un criterio para determinar la objetividad de las afirmaciones contenidas en la publicidad en los casos de imputaciones por actos de engaño, en función de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Sin embargo, este criterio puede ser objeto de diversos cuestionamientos, tales como interferir con los supuestos tanto de actos de engaño como los casos de publicidad alusiva, ya sean actos de denigración, comparación y equiparación indebida. Este criterio consiste en que una afirmación será considerada objetiva si se cumple una de las dos condiciones: *(i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o, (ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.*

Asimismo, este criterio fue utilizado en un caso controversial, contenido en la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI. En dicho caso, la institución ESAN se autodenominaba en un anuncio publicitario como “la mejor escuela de negocios del Perú”. Es por ello que llamó la especial atención cómo la autoridad administrativa resolvió a través de la utilización de este criterio, un caso que pudo ser resuelto de manera distinta, sin necesidad de formular un criterio que presenta deficiencias, las cuales se expondrá en este artículo jurídico.

Para efectos del presente trabajo de investigación, se analizará únicamente el criterio en función del supuesto de actos de engaño, más no se ahondará en el supuesto de la publicidad alusiva. De esta manera, se iniciará exponiendo cómo el criterio en sí mismo podría resultar contradictorio. En segundo lugar, demostrará cómo interfiere con la figura de actos de engaño y las figuras relacionadas con su contenido, tales como afirmaciones objetivas y subjetivas, el principio de veracidad y el deber de sustanciación previa. Finalmente, se realizará un breve análisis del caso de la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI o, en adelante, el “caso ESAN”.

Sección I: El criterio de objetividad aplicado por la Sala de Defensa de la Competencia (cuestionamientos)

En esta sección, se busca dar el primer paso para encontrar una respuesta para resolver si es adecuado o no el criterio de objetividad utilizado por la Sala de Defensa de la Competencia para determinar la objetividad de las afirmaciones en la publicidad, para lo cual se analizará el contenido del criterio en sí mismo. Este criterio consta de dos requisitos, de los cuales se debe cumplir al menos uno y establece: “(...) *estaremos ante una afirmación objetiva, sujeta al principio de veracidad, cuando se cumplan alguna de estas dos condiciones: (i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o, (ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.*”

Por ello, se desarrollará brevemente en qué consiste cada uno de ellos y sus implicancias, puesto que es el punto de partida del presente artículo. La importancia de analizar el criterio de objetividad radica principalmente en que en la figura de actos de engaño de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, “la ley” o “LRCD”), la afirmación debe ser objetiva para poder encajar en el supuesto; mientras que, en los supuestos relacionados a la publicidad alusiva, es un requisito de legalidad que la información contenida en la publicidad sea objetiva, tal como se verá a profundidad en la segunda y tercera sección, respectivamente.

I.1. “que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación”

El primer requisito establece que, para determinar la objetividad de una afirmación, dentro de la misma debe encontrarse expresamente el criterio o parámetro utilizado para que su contenido pueda ser verificado. Por ejemplo, la afirmación podría ir acompañada de alguna frase como: “En base al ranking mundial ...”, “En base a la encuesta oficial ...”, “En base al estudio de mercado ...”, entre otras. En ese sentido, para que aplique este requisito es indispensable que el contenido de la afirmación se apoye en un parámetro que pueda ser considerado objetivo para que la frase en sí misma también lo sea.

Entonces, el problema comienza debido a que indefectiblemente el anunciante tendría que señalar la fuente objetiva en la que basa la información contenida en la afirmación de su anuncio publicitario, solo para cumplir con el requisito de objetividad ante el que nos encontramos. No obstante, en caso de que simplemente no lo hiciera (y excluyendo el segundo requisito), la frase terminaría siendo subjetiva. Por ejemplo, si la pieza publicitaria contuviera una frase como “la mejor pastelería del Perú”, sin hacer referencia a ninguna fuente objetiva que lo ampare, no habría ninguna repercusión en que se autodenomine de esa manera.

Sin embargo, ¿a quién beneficiaría más esto? Al anunciante, pues si su frase es subjetiva, no está sujeta al principio de veracidad y no encaja en el supuesto de actos de engaño. Por lo tanto, podría decir que tiene una posición de superioridad en el mercado sin necesidad de comprobarlo y sin tener consecuencias legales amparadas en la LRCD. Este primer requisito es peligroso, pues podría ser utilizado para fines distintos para los que fue establecido.

En adición a lo expuesto, también es posible sostener que el criterio no es adecuado, pues el solo hecho de que una afirmación no contenga en sí misma un parámetro de comprobación, no significa que automáticamente deje de ser objetiva. En otras palabras, el hecho de no señalar expresamente en qué estudio, encuesta, ranking, etc., se basa la frase no es suficiente para afirmar que el contenido de la misma no es objetivo. Por ejemplo, en el caso de “la mejor pastelería del Perú”, suponiendo que así fuera, el solo hecho de no consignar en base a qué ranking se ha emitido dicha afirmación, no haría que la frase deje de ser verdadera.

1.2. “que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco”

El segundo requisito establece que, para determinar la objetividad de una afirmación, debe haber un único criterio o parámetro que determine que su contenido pueda ser verificado. Es decir, en el caso de que existan múltiples parámetros de comprobación, la afirmación automáticamente será considerada subjetiva. En palabras de Sosa, *“Exigir que exista un parámetro objetivo y unívoco de comprobación para determinar que una alegación es objetiva abre la puerta completamente a que se puedan usar*

alegaciones en principio comprobables pero que no se sujeten al principio de veracidad por el solo hecho de que exista más de una forma de probarlo.” (Sosa, 2017)

Para ilustrar, siguiendo el ejemplo del punto anterior de “la mejor pastelería del Perú” (excluyendo el primer requisito), si hubiera más de una forma de comprobar que dicha afirmación es cierta, automáticamente sería subjetiva. En otras palabras, si esta frase se puede comprobar porque dicha pastelería ha sido nombrada como la mejor en un ranking gastronómico nacional, así como también en otro ranking a nivel latinoamericano y en otro mundial, cada uno con sus individualidades, tenemos que existe más de un parámetro objetivo y unívoco. Por lo tanto, no sería aplicable el criterio de objetividad y la frase, por más comprobable que sea, sería considerada subjetiva por parte de la autoridad administrativa bajo el contenido de este criterio.

Nuevamente, esto puede ser aprovechado por el anunciante para atribuirse una posición de superioridad. Ello debido a que podría emitir frases que serían consideradas subjetivas por la autoridad, al haber más de un parámetro comprobación. De este modo, cualquier afirmación que pudiera ser constatada a través de más de un parámetro objetivo y único dejaría de ser objetiva y podría ser utilizada sin que la autoridad administrativa la considere en contra de la normativa de competencia desleal. No obstante, esto demuestra que el criterio establecido por la Sala de Defensa de la Competencia no es adecuado, pues que haya muchas formas de comprobar una afirmación, no quita que lo contenido en ella sea objetivo.

Sección 2: Interferencia con el contenido de la figura de actos de engaño

2.1. Actos de engaño, afirmaciones objetivas y subjetivas

En adición, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial señalan que para analizar si la publicidad incurre en actos de engaño se debe realizar una verificación de dos pasos. Primero, comenzar por un análisis integral y superficial del anuncio, como se encuentra establecido el artículo 21 de la LRCD. En segundo lugar, corresponde hacer un contraste entre la realidad y lo sostenido en el anuncio. En caso no se encuentre una correspondencia entre uno y otro, estaremos ante una infracción a la norma. (INDECOPI, 2021)

En ese sentido, es preciso mencionar que la figura de actos de engaño, en función del artículo 8.3. de la LRCD, sirve para realizar el análisis respecto de afirmaciones objetivas, que transmitan información precisa. Es decir, que aquellas afirmaciones que sean consideradas como subjetivas por la autoridad administrativa quedan automáticamente fuera del análisis, pues no representan un riesgo de inducción al error. Por lo tanto, no se encuentran inmersas en una infracción bajo el artículo 8. En otras palabras, es posible afirmar que *“el engaño publicitario como acto de competencia desleal se configura cuando el proveedor anunciante realiza afirmaciones objetivas falsas u omite información relevante que engaña o induce a error a los consumidores sobre las características, propiedades o atributos de los productos o servicios que comercializa en el mercado, consistiendo la metodología de análisis en realizar una interpretación integral y superficial de la comunicación en cuestión para luego contrastar tal mensaje con la realidad y determinar la existencia o no de una discordancia que resulte engañosa.”* (Aramayo, Gagliffi, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013)

En consecuencia, el criterio de objetividad establecido por la Sala interfiere con la figura de actos de engaño al señalar: *(i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación.* Ello debido a que la realidad sobre las características del producto o servicio no depende de que el anuncio publicitario señale un parámetro objetivo de comprobación, sino de un contraste fáctico entre lo que ofrece el anunciante en su publicidad y el producto o servicio que brinda, y el efecto real o potencial que esto pueda tener en función de la leal competencia.

Asimismo, en un análisis integral y superficial de la pieza publicitaria se deben tomar en cuenta todos los elementos del anuncio, sin limitarnos a quitarle objetividad a la publicidad solo porque no contiene en sí misma un parámetro.

Además, en caso de que este parámetro no fuera consignado, el criterio de objetividad de la Sala señala: *(ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco*. Entonces, como se ha expuesto previamente, encontramos una interferencia con la figura de actos de engaño, pues la objetividad de una afirmación sobre determinada característica de un producto o servicio ofertado en la publicidad podría comprobarse de diversas maneras. Limitar la objetividad de una característica a estos dos requisitos, llevaría a la conclusión de que casi nunca nos encontramos ante un acto de engaño, haciendo que sea una figura inutilizable.

Para ejemplificar nuevamente lo señalado expondremos dos breves ejemplos. Primero, con una afirmación simple: “agua de mesa alcalina con PH 8.5”. Esta frase contenida en un anuncio publicitario podría ser cierta o no. En ella no encontramos un parámetro de objetividad consignado; asimismo, puede haber diversas formas químicas de comprobarlo. Pero si se imputara actos de engaño por la utilización de esta frase en la publicidad y la Sala utilizara el criterio cuestionado, de plano la consideraría subjetiva y no analizaría si la información transmitida es cierta o no.

Un segundo ejemplo podría ser la frase “el juguete más vendido de Latinoamérica”. Nuevamente, no hay parámetro de medición u objetividad que acompañe la frase. Además, podría haber muchas formas de probarlo, como decir que es el más vendido a nivel de tiendas por departamento o el más distribuido a empresas comercializadoras en general. Es decir, nuevamente bajo la utilización del criterio cuestionado esta frase sería subjetiva y por más que no fuera cierta, no sería analizada por la Sala.

No obstante, al aplicar este criterio, la Sala no considera un elemento fundamental y es cómo un consumidor razonable puede interpretar la publicidad realizada y la información respecto del producto o servicio transmitida a través de ella. En ese sentido, Sosa y Maguiña señalan que *“en la publicidad objetiva se nos encontramos frente a anuncios publicitarios realizados sobre la base de aspectos y afirmaciones comprobables las cuales serán tomadas en serio por los consumidores*.

Sin embargo, existen casos en los cuales una frase incluida en un anuncio, aisladamente considerada, puede expresar una apreciación subjetiva del anunciante, pero la interpretación superficial e integral del contexto en el cual ha sido difundida, puede determinar que pase a ser una afirmación objetiva y, por lo tanto, susceptible de comprobación”, mientras que en la publicidad subjetiva “son todos los anuncios comerciales que contienen afirmaciones carentes de contenido comprobable, los cuales se sustraen al principio de veracidad, toda vez que no pueden inducir a error a los consumidores”. (Maguiña & Sosa, 2010)

De este modo, se logra comprobar que el criterio en cuestión analizado en este artículo jurídico interfiere con el análisis de la figura de actos de engaño y su finalidad de proteger la leal competencia a través de la no inducción al error sobre las características de un producto y servicio. Ahora bien, para ver este tema con más claridad es importante mencionar que la figura de actos de engaño se encuentra guiada por el principio de veracidad, que será visto a mayor detalle en el siguiente numeral. Sin embargo, es preciso señalar que el principio de veracidad busca, como su nombre lo dice, proteger la veracidad en la publicidad; en consecuencia, se regulan los actos de engaño, para evitar la inducción al error. Sin embargo, solo se consideran bajo análisis las frases objetivas, siendo que las subjetivas no presuponen un riesgo de error.

Por otro lado, cabe resaltar que la diferencia de las licencias publicitarias con las afirmaciones objetivas en la publicidad es clara, pues estas suelen ser subjetivas. De este modo, el artículo 20 de la ley establece que está permitida la utilización de licencias publicitarias, tales como el humor, la exageración y la fantasía, siempre y cuando no constituyan una infracción como actos de competencia desleal. Esto quiere decir que, si el uso de licencias se hace a través de afirmaciones subjetivas, no incurre en actos de engaño, el anunciante no incurre en actos de engaño a través de su pieza o campaña publicitaria. Siguiendo esta línea, Maguiña y Sosa explican que también existen casos de exageración publicitaria que se encuentran en aquellas actuaciones por parte de los agentes económicos cuando, a través de su publicidad, *“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 & Sosa, 2010).

Finalmente, un tipo de publicidad que contiene afirmaciones objetivas y, por lo tanto, susceptible de incurrir en una infracción por actos de engaño, es la publicidad denominada de tono excluyente. Este tipo de publicidad contiene información que se caracteriza por ser comprobable y contener información que los destinatarios o consumidores tomarán como información fáctica. Asimismo, cuando se hace uso del tono excluyente, se hace referencia a una posición predominante en el mercado, excluyendo así a otros competidores y resaltando el lugar del agente que realiza el anuncio publicitario. En palabras de los doctores Maguiña y Sosa (Maguiña & Sosa, 2010):

“La publicidad de tono excluyente se trata por lo tanto, de una modalidad publicitaria en la que el empresario anunciante pone de manifiesto su posición de preeminencia o liderazgo frente a todos sus competidores en el mercado. Así, la publicidad de tono excluyente es una modalidad publicitaria esencialmente lícita, siempre y cuando el anunciante acredite la veracidad y exactitud de la posición de preeminencia alegada, toda vez que los consumidores toman en serio este tipo de afirmaciones

(...)

El uso de frases o expresiones para destacar una posición de supremacía en el mercado. Por ejemplo: “la última palabra...”, “por fin un producto que...”, “el número 1 en...”

2.2. Principio de veracidad

El principio de veracidad se desprende del artículo 8.3 de la Ley, que señala lo siguiente: *“La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.”* No obstante, este la LRCD no brinda una definición expresa. Sin embargo, es posible afirmar que el principio de veracidad es el

fundamento de la figura de actos de engaño y busca defender la objetividad de aquellas características que le son atribuidas a un bien o servicio, evitando de este modo que se induzca al error por medio de la publicidad.

Asimismo, este principio busca sancionar aquellas conductas publicitarias que contengan una probabilidad de conducir hacia el error a sus destinatarios, sin perjuicio de que esto se concrete o no. Es decir, la finalidad del principio de veracidad es contener aquellos actos por parte de los agentes económicos que, para presentar su oferta ante los consumidores, difundan afirmaciones engañosas a través de la publicidad. Cabe hacer hincapié en que este principio recae únicamente sobre mensajes susceptibles de ser comprobados, excluyendo aquellos de corte subjetivo. (Sosa, 2017) En adición, los Lineamientos Sobre Publicidad Engañosa señalan que *“De acuerdo con el principio de veracidad, las informaciones y/o imágenes que se difundan mediante un anuncio publicitario deben ser ciertas y no deben inducir a error al consumidor, ni de manera directa, ni por ambigüedad, ni por omisión, ni por exageración.”* (INDECOPI, 2015)

De esta manera, el autor Gabriel González Delgado encuentra que el principio de veracidad no constituye un deber o una obligación de brindar determinada información, sino que proscribe el engaño hacia los consumidores. En consecuencia, este deber recae sobre todos los anunciantes. En otras palabras, no se encuentran obligados a difundir información en específico; por el contrario, este principio les impone una obligación de no hacer, tipificada a través los actos de engaño. (González, 2009)

En ese sentido y siguiendo el razonamiento planteado, no se debería imponer a los anunciantes una obligación de consignar parámetros o asegurarse de que solo haya una forma de comprobar su afirmación. Al contrario, el criterio cuestionado estaría imponiendo de alguna manera una carga innecesaria que los anunciantes finalmente podrían decidir consignar o no. O, por el contrario, esto podría ser aprovechado por los anunciantes para consignar cualquier frase a su favor, alegando que es “subjetiva” y que no se les podría imputar actos de engaño. Sin embargo, estarían infringiendo el principio de veracidad al no trasladar información real sobre el producto o servicio.

2.3. Deber de sustanciación previa

El deber de sustanciación previa se encuentra contenido en el artículo 8.4 de la LRCD, que señala que *“para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.”* Es decir, este deber presupone que los anunciantes deben contar con las pruebas que acrediten la veracidad de su afirmación de manera previa a la emisión del anuncio. De este modo, no solo nos encontramos ante un acto de engaño cuando se afecta directamente el principio de veracidad, sino también cuando se incumple el deber de sustanciación previa, emitiendo anuncios publicitarios sin tener un medio de prueba preconstituido, tal como ha señalado anteriormente la Sala en la Resolución 0018-2018/SDC-INDECOPI.

En adición, este deber establece que, si no se puede comprobar la información brindada en el anuncio publicitario o, mejor dicho, si esta no ha sido probada antes, este es susceptible de inducir al error. Asimismo, como se mencionó en el párrafo anterior, por ley, esta es la única manera en la que el anunciante puede acreditar la carga de la prueba que le corresponde. Por tal motivo, no deberían ser admitidos medios probatorios que no hayan sido constituidos previamente a la difusión de la publicidad. Además, deben ser medios idóneos para probar la veracidad de la afirmación que se alega. (INDECOPI, 2015)

Asimismo, si bien los anunciantes son libres de elaborar sus campañas y anuncios publicitarios libremente, y siempre respetando el ordenamiento jurídico, deben contar con los medios de prueba respecto de lo que afirman antes de emitir esta información. Ello debido a que los consumidores deben contar con datos objetivos para poder tomar una decisión de consumo; de lo contrario, estarían realizando transacciones en base a información carente de veracidad y que atenta contra la leal competencia. De esta manera, Aramayo, Gagliffi, Rodas, Sosa y Stucchi señalan correctamente lo siguiente:

“Este derecho implica una obligación en correspondencia. Los anunciantes, como ya se señaló, pueden elegir libremente los aspectos que desean resaltar en sus mensajes publicitarios y difundirlos sin que tengan que ser aprobados previamente por ninguna autoridad; por tanto los consumidores, al estar expuestos a estos anuncios –que,

insistimos, no tienen ni deben tener control previo alguno para su difusión- reciben los mensajes que presumen verdaderos y comprobables y, en base a ellos, adoptan decisiones de consumo. Es por ello, que los anunciantes tienen la obligación de contar con las pruebas que acrediten la veracidad de las afirmaciones objetivas difundidas por los anuncios publicitarios.

De esta forma, el marco regulatorio contribuye a garantizar un ejercicio responsable de la libertad de comunicación comercial, generando incentivos para que los anuncios difundidos en el mercado cuenten con las pruebas que los sustenten, de manera previa a su difusión, promoviendo que a nivel publicitario así como a nivel de los consumidores, todas las decisiones se basen en información que cuenta con la sustentación previa debida y que, en consecuencia, la competencia en el mercado se plantee en términos de eficiencia.” (Aramayo, Gagliffi, Rodas, Sosa, & Stucchi, 2013)

En ese sentido, como se ha demostrado, bajo este criterio prácticamente la mayoría de las frases resultarían subjetivas. Por lo tanto, tampoco se encontrarían sujetas al deber de sustanciación previa; es decir que el anunciante no tendría la responsabilidad de contar previamente con el sustento de lo estipulado en su pieza publicitaria. Esto significaría un gran riesgo en función de la leal competencia, pues recordemos que la LRCD, según el artículo 6.2, señala que la buena fe empresarial debe guiar la actuación de aquellos que concurren en el mercado. Así, la posibilidad de realizar afirmaciones publicitarias de todo tipo, sin la necesidad de contar con un sustento previo, sabiendo que lo más probable es que no haya una consecuencia legal, a través de la figura de actos de engaño y en función de la LRCD, es altamente riesgosa. Es por ello que el criterio de objetividad cuestionado en este trabajo debe dejar de ser aplicado en la praxis.

Sección 3: Análisis de la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI

3.1. Hechos principales del caso

El caso comienza en octubre del 2011, en el que la señora Carito del Carmen Carrasco Montalva realiza una denuncia contra la universidad ESAN por haber incurrido presuntamente en la figura de actos de engaño. En ese sentido, la

denunciante señalaba que en un programa televisivo llamado Rumbo Económico, en Canal N, la universidad ESAN emitió publicidad en la que se autodenominaba “la mejor escuela de negocios del Perú. Posteriormente, en noviembre del mismo año, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal realizó la respectiva imputación a ESAN.

Luego, en febrero del 2012, la parte denunciada presentó sus descargos, entre los cuales señaló que no aplicaría el principio de veracidad en el caso concreto, pues este solo se utiliza para afirmaciones objetivas, siendo la presente de carácter subjetivo. Sin perjuicio de ello, señaló que, si la Comisión considerara lo contrario, la afirmación puede acreditarse a través de los rankings de la Revista América Economía. Después, en agosto del mismo año, la Comisión declaró la denuncia como infundada, a través de la Resolución 123-2012/CCD-INDECOPI, pues consideró que la frase en cuestión no era pasible de inducir al error a los consumidores, pues no se basaba en un parámetro objetivo. Asimismo, señaló que se percibía como un juicio de valor del anunciante y que el uso del término “mejor” tiene una connotación de naturaleza subjetiva.

No obstante, en setiembre del 2012, la denunciante apeló dicha resolución señalando que la Comisión no analizó el área de las escuelas de negocios en el Perú. Además, que la palabra “mejor” puede dar a entender una posición de superioridad, así también la publicidad de tono excluyente que se caracteriza por reflejar una posición preeminente en el mercado por parte del anunciante. Luego, ESAN reiteró sus argumentos. Finalmente, el caso llegó a la Sala Especializada de Defensa de la Competencia, en la que se confirmó la resolución de primera instancia y cuyos argumentos se analizarán en el siguiente apartado.

3.2. Resolución de la Sala Especializada de Defensa de la Competencia

La Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI emitida por la Sala Especializada de Defensa de la Competencia confirma la Resolución 123-2012/CCD-INDECOPI de primera instancia emitida por la Comisión, al declarar infundada la denuncia contra la universidad ESAN por actos de competencia desleal en la modalidad de actos de engaño. En breves palabras, la Sala determinó que el mensaje que se desprendía de

la pieza publicitaria en la frase “ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú” no contaba con un criterio objetivo y unívoco de comprobación; por lo tanto, no se encuentra sujeto al análisis del principio de veracidad. A continuación, se desarrollarán los principales argumentos de la Sala.

En primer lugar, la Sala señaló que el primer paso a seguir es determinar si la frase es objetiva o no. Para ello, utilizó el ya mencionado criterio: *“esta afirmación calificará como objetiva si es que (i) en ella misma se encuentra un parámetro objetivo y unívoco que permita su comprobación; o, (ii) si es que la veracidad de la misma puede ser comprobada a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco, aun cuando este no haya sido mencionado expresamente en el anuncio.”*

De este modo, lo primero que manifestó fue que no hay un parámetro objetivo dentro de la pieza publicitaria, pues no se indica, por ejemplo, en base a los datos de qué encuesta se apoya la frase “ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú”. Dicho ello, no nos encontraríamos ante el primer supuesto. Luego, sobre el segundo supuesto del criterio, expresó que no hay un parámetro objetivo y unívoco que se desprenda de la afirmación en cuestión, pues *“para llegar a la conclusión que una escuela de negocios o una universidad es la mejor del Perú se pueden considerar una serie – muy diversa de factores, tales como (i) la calidad de sus profesores, lo cual ya es subjetivo, pues cómo determinar que un profesional es mejor que otro; (ii) la malla curricular; (iii) las instalaciones e infraestructuras (...); (iv) la cantidad de convenios o redes de contactos que la universidad le puede ofrecer a sus alumnos; (v) los ingresos monetarios que perciben sus egresados, (...) entre muchos otros factores más”*.

En conclusión, la Sala determinó que, debido a que existen diversas formas o factores que permiten analizar si ESAN es o no la mejor escuela de negocios del Perú, podemos afirmar que no hay un parámetro objetivo y unívoco. Asimismo, la existencia de diversos rankings comprueba lo mencionado. De esta manera, el mensaje que se desprende de la frase publicitaria no contiene información objetiva y no está sujeta al principio de veracidad.

No obstante, es preciso mencionar que hubo un voto en discordia por parte de uno de los vocales, el señor Julio Carlos Lozano Hernández, quien señaló que debía revocarse la resolución emitida en primera instancia por parte de la Comisión, pues

su posición se encuentra a favor de que se encuentre fundada la denuncia por incurrir en actos de engaño en función del artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. De este modo, el vocal Lozano realza la importancia de transmitir información que esté caracterizada principalmente por su veracidad y que el medio a través del cual esta información llega a los consumidores día a día es la publicidad.

Asimismo, en este voto se resalta que el deber de no inducción al error es una prohibición que se establece expresamente en la norma, por la cual los proveedores se encuentran obligados a respetar el principio de veracidad. Siguiendo esta línea, sus actuaciones no deben generar un efecto que, de manera real o potencial, puedan representar una inducción al error hacia los consumidores, sobre las características propias de su producto o servicio.

Sin perjuicio de ello, se hace la precisión de que el mencionado principio de veracidad, si bien es sumamente importante, no es absoluto. Esto es importante porque define el campo de aplicación de esta figura. De este modo, el señor vocal señala que solo será aplicado cuando la pieza publicitaria sea interpretada por un consumidor razonable como aquella que es “objetiva y comprobable”. Mientras que, por otro lado, esclareció que la publicidad que sea considerada como subjetiva no se encuentra sujeta al principio de veracidad. Es decir, que aquella que transmite información basada en las opiniones, sentimientos o puntos de vista no es susceptible de incurrir en infracción por el artículo 8, pues no es comprobable.

Siguiendo esta línea, sustenta su posición señalando que, en el caso desarrollado en la sección anterior, es decir el caso de ESAN, no se trataba de una afirmación subjetiva, debido a que de ninguna manera los consumidores interpretarían que autodenominarse “la mejor escuela de negocios del Perú” como una simple opinión. Por tal motivo, no debería aceptarse que esta sea considerada como una frase subjetiva y por tanto no sancionable, pues es evidente que los consumidores la interpretarán como información factible. Finalmente, es acertado lo que sostiene el vocal Lozano cuando señala que *“únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (Principio de Veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable “interprete” como objetivas, no las que los técnicos o especialistas puedan conceptualizar como tal.”*

Además, resalta que el uso del adverbio o adjetivo “mejor” es un alto indicio para determinar que evidentemente no se trataba de publicidad subjetiva. Debido a que el sentido que le da al mensaje transmitido a través de la publicidad es que es la opción más conveniente para los consumidores, es decir una opción superior en comparación de los demás servicios ofrecidos en el mercado; realizando así una comparación respecto de los demás. Agrega, también, que la Comisión y la Sala misma han reconocido esto en resoluciones anteriores. Asimismo, esta es una característica de la publicidad de tono excluyente, la cual fue brevemente desarrollada en la sección anterior, pues afirma que tiene una posición preeminente respecto de los demás competidores. Sin perjuicio de que el uso de esta palabra deba analizarse en cada caso determinado, nos encontramos de acuerdo con este razonamiento expuesto por el señor vocal.

Finalmente, el voto señala que el hecho de no haber consignado expresamente el criterio en el que se basó la universidad para autodenominar su escuela de negocios como la mejor es un factor que hace más grave la situación, debido a que evidentemente representa un riesgo de inducción al error a los consumidores. Contrario a lo que se busca con el razonamiento utilizado por la Sala, al no haber un criterio objetivo único, sino que coexisten varios, esto genera confusión y no contribuye a las decisiones de consumo.

3.3. Cuestionamientos sobre la resolución

Como se ha venido desarrollando a lo largo del presente artículo, el criterio utilizado por la Sala presenta diversos cuestionamientos. En primer lugar, ¿es necesario que la frase contenga un parámetro dentro de sí misma para que sea objetiva? Consideramos que no necesariamente, este parámetro no debería ser explícito, pues no es necesario consignar en cada frase publicitaria el criterio en el que está basada la información. En segundo lugar, cabe cuestionarnos ¿realmente el hecho de que haya diversos parámetros de medición (que pueden ser objetivos) hace que una frase se convierta en subjetiva? La respuesta parece llevarnos a un evidente no.

Asimismo, es preciso mencionar que en la resolución desarrollada hubo un voto en discordia por parte del vocal Julio Carlos Lozano Hernández, quien solicitaba que se

revoque la resolución emitida por la Comisión, que declaró infundada la denuncia. Uno de sus principales argumentos, con el que nos encontramos de acuerdo, fue que *“en el caso de la publicidad comercial, únicamente se encuentran sujetas al límite de no engañar (Principio de Veracidad) las expresiones publicitarias que un consumidor razonable “interprete” como objetivas, no las que los técnicos o especialistas puedan conceptualizar como tal.”* Es decir, que hay frases como la del presente caso que los consumidores van a interpretar en determinado sentido, entendiendo que el anunciante posee una posición predominante en el mercado y que esto debe ser considerado siempre, pues puede inducir al error.

Por otro lado, cabe cuestionarnos si realmente al escuchar la frase “ESAN, la mejor escuela de negocios del Perú”, como consumidores, la entendemos como una frase subjetiva. Consideramos que la respuesta es que no. ESAN debería contar con un sustento que compruebe la veracidad de dicha frase y no debería liberarse de ello solo por un criterio construido por la Sala, pues se trata de información objetiva y que sencillamente se puede comprobar. Admitir que se trata de una frase subjetiva sería dejar abierta la posibilidad de que cualquier competidor en el mercado señale ser el mejor y los consumidores entienda que hay una posición de predominio, sin tener que probarlo luego porque la frase sería subjetiva. Por lo tanto, se ha confirmado que el criterio utilizado por la Sala no es adecuado para resolver este tipo de casos.

Por último, adicionalmente, la Sala pudo haber analizado a mayor detalle los elementos de la pieza publicitaria y optar por otra posición. Por ejemplo, considero que era válido sustentar que se trataba de un caso de publicidad de tono excluyente, pues ESAN se autodenominaba la mejor escuela de negocios, lo cual sería como atribuirse la mejor posición en el mercado de las escuelas de negocios y, de este modo, ponerse por encima de sus competidores. El hecho de haber señalado ser “la mejor” era un primer indicio para establecer que se trataba de este tipo de publicidad; sin embargo, ello no fue tomando en cuenta por la autoridad administrativa al momento de resolver.

Asimismo, otro elemento que nos llevaba a intuir que se trataba de publicidad objetiva es que era una frase totalmente comprobable y que cualquier consumidor razonable que escuchara dichas palabras automáticamente las tomaría como información concreta y real, mas no como una expresión subjetiva por parte del anunciante. Si

una institución educativa afirma encontrarse en una posición de superioridad respecto de sus competidores en el mercado, que en general son otras universidades que también ofrecen cursos en su escuela de negocios, los destinatarios tomarán estos datos como información seria. Por el contrario, no tendría sentido afirmar que los consumidores entenderían ello como data no comprobable; pues lo primero que entendería un consumidor razonable es que la universidad está resaltando su calidad de enseñanza respecto de las demás ofertas que concurren en el mercado. En ese sentido, este caso pudo ser resuelto de manera distinta y tomando en cuenta también todos los argumentos mencionados del voto en discordia por parte del vocal Lozano.

Conclusiones finales

El criterio de objetividad utilizado por la Sala de Defensa de la Competencia no es adecuado, siendo que este señala que: *“(...) estaremos ante una afirmación objetiva, sujeta al principio de veracidad, cuando se cumplan alguna de estas dos condiciones: (i) que la afirmación contenga en sí misma un parámetro objetivo de comprobación; o, (ii) que se pueda comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco.”*

Se ha demostrado que el hecho de que una afirmación contenga en sí misma un parámetro de comprobación no hace que sea objetiva únicamente por ello. La afirmación podría ser objetiva aún sin contener dentro de ella la referencia a un criterio de comprobación (ranking, encuesta, estudio, etc.). En el otro extremo, el hecho de que la afirmación del anuncio publicitario no contenga un parámetro objetivo de comprobación, no debería significar que automáticamente la frase no es objetiva; pues ello representaría un acto de competencia desleal y podría ser aprovechado por los anunciantes para atribuirse una posición de superioridad en el mercado alegando que se basan en una frase subjetiva.

También se ha demostrado que no es adecuado sostener que una afirmación es objetiva al poder comprobar su veracidad a través de la existencia de un parámetro objetivo y unívoco, pues es posible que haya múltiples formas de comprobación y ello

no le quitaría la objetividad a la información plasmada en la frase publicitaria. Por el contrario, esto representaría un riesgo al considerarla subjetiva.

El criterio cuestionado en el presente trabajo interfiere con la figura de actos de engaño, regulada en el artículo 8 de la Ley de Represión de Competencia Desleal. Además, afecta figuras que están correlacionadas, como el respeto al principio de veracidad, que es presupuesto de dicha figura, y la carga de probar del anunciante que recae en el deber de sustanciación previa, al exigir que se cuente con el sustento previamente constituido de la publicidad anunciada.

A través de los actos de engaño, la LRCD señala que no se debe inducir al error respecto de las características propias del producto o servicio, ya sea de manera real o potencial. De esta manera, infringir este supuesto afecta el principio de veracidad, pues la información trasladada no sería veraz. Además, se debe tomar en cuenta que únicamente se evalúan bajo esta regla las afirmaciones objetivas. De este modo, el criterio de objetividad de la Sala nos llevaría a la conclusión de que, si una afirmación no tiene un parámetro de objetividad en sí misma o hay múltiples maneras de comprobarla, la Sala la considera subjetiva. Por tal motivo, la mayoría de afirmaciones serían consideradas subjetivas y la figura de actos de engaño sería casi inutilizable, infringiendo también el principio de veracidad.

Además, el deber de sustanciación previa, establece que el anunciante debe contar previamente con la documentación para probar las afirmaciones contenidas en el anuncio publicitario. De esta manera, con la utilización del criterio cuestionado, si la mayoría de afirmaciones no son cuestionadas por ser consideradas subjetivas, el anunciante podría emitir cualquier tipo de afirmación alegando que al no ser objetiva no está sujeta a los actos de engaño y, por lo tanto, tampoco al deber de sustanciación previa. De este modo, se constituiría una forma de evadir este deber que protege no solo la leal competencia sino también la información que se transmite en la publicidad a los destinatarios para tomar decisiones de consumo.

Finalmente, en la praxis se ha demostrado que el criterio utilizado por la Sala no es adecuado para atender los casos de represión de la competencia desleal en la modalidad de actos de engaño. Ello debido a que el anunciante podría atribuirse una posición de predominancia en el mercado, y así también lo entenderían los

consumidores, desde una perspectiva objetiva. Considerar frases como la de la Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI, es decir, el caso ESAN, como subjetivas nos llevaría a invalidar totalmente una figura jurídica que existe en base al principio de veracidad.

La utilización y reiteración del mismo criterio en distintas resoluciones solo agravaría más la situación, pues los agentes del mercado incurrirían en prácticas similares sin consecuencia legal alguna respecto de la LRCD. Este criterio sigue siendo utilizado e incluso se encuentra en los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial del año 2021, con ejemplos de casos anteriores en los que fue tomado en cuenta para resolver dentro de la argumentación. Por lo que a pesar de que no es un precedente, es un criterio que la Sala evidentemente aplica para la resolución de casos respecto de actos de engaño.

Por último, a modo de comentario adicional, cabe mencionar que siempre debe analizarse con cuidado y precisión cuando se trata de licencias publicitarias, como el humor, la fantasía y la exageración; pues estas están permitidas, pero se encontrarán fuera de la ley si inducen al error o van en contra de la leal competencia. Asimismo, también debe tenerse especial atención cuando se trata de una pieza publicitaria que está utilizando un tono excluyente. Pues, como se desarrolló previamente, esta modalidad transmite información que es posible corroborar y, por lo tanto, casos como el analizado en la sección anterior, podrían ser posibles de sancionar a través de esta figura. De este modo, es importante poder identificar correctamente si se trata de afirmaciones objetivas o subjetivas para determinar actos de engaño y no utilizar o recurrir a la construcción de criterios que no contribuyen a la resolución de casos se ha expuesto en el presente artículo.

Bibliografía

Aramayo, A., Gagliffi, I., Rodas, C., Sosa, A., & Stucchi, P. (2013). Competencia Desleal y Regulación Publicitaria. Lima: INDECOPI.

González, G. (2009). El principio de verdad publicitaria y el deber de información a los consumidores. *Ita lus Esto* (4), 65-76.

INDECOPI. (2015). Lineamientos sobre publicidad engañosa. Lima: INDECOPI.

INDECOPI. (2021). Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial (Vols. Resolución N° 001-2021-LIN-CCD/INDECOPI). Lima: INDECOPI.

Maguiña, R., & Sosa, A. (2010). "El mejor del Perú": ¿exageración publicitaria o engaño? escoja usted. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 93-116.

Resolución N° 0363-2014/SDC-INDECOPI

Resolución 0018-2018/SDC-INDECOPI

Sosa, A. (2017). Guerra Publicitaria en el "Mundo Telecom". *Derecho y Sociedad*, 49, 161-182.

Sosa, A. (2017). Cómo NO se debe interpretar la publicidad comercial. *Pólemos*.