

LA LICITUD O ILICITUD DE LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE VERACIDAD

GERALDO AROSEMENA HAGUE

Abogado.

SUMARIO

- I. Introducción. - II. La exageración publicitaria en el derecho italiano. - III. La exageración publicitaria en el derecho alemán. - IV. Las pautas generales para determinar la existencia de exageración publicitaria: 1. La configuración o composición del anuncio; 2. La estructura y el anuncio de la exageración publicitaria; 3. La circunstancia de que una locución revista la forma de verso publicitario; 4. El humor y sus distintas modalidades; 5. El hecho de que una expresión publicitaria sea utilizada repetidamente en la vida publicitaria; 6. El sector o área empresarial en que opera el anunciante o la naturaleza del producto o servicio; 7. Las características, dimensiones e importancia de la empresa anunciante. - V. El principio de veracidad en el derecho peruano: 1. La información asimétrica; 2. El enfoque publicitario: herramienta de información o de marketing; 3. El engaño en materia publicitaria; 4. Aspectos relacionados con el principio de veracidad. - VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Tenemos que partir definiendo que entendemos por un anuncio superlativo o un anuncio con matices de exageración publicitaria:

En este tipo de anuncios el empresario pone de manifiesto ante los consumidores que sus artículos no pueden ser superados por los artículos de sus competidores. Un anuncio superlativo o con matices de exageración publicitaria se caracteriza porque ensalza las mercaderías o servicios anunciados hasta tal punto que el público creará fundamentalmente que no podrá encontrar ningún producto equivalente en calidad y precio.

El principal problema que la exageración publicitaria plantea es el siguiente: ¿debe o no someterse la exageración publicitaria al principio de veracidad?

Ante esta inquietud hay dos posibilidades, si decimos que no a la interrogante formulada podemos inferir que la exageración publicitaria deberá considerarse lícita sea el caso de que se ajuste o no a la verdad. Por el contrario, si la respuesta es afirmativa, es decir si consideramos que la exageración publicitaria queda sujeta al principio de veracidad sólo se admitirá cuando su contenido no se aleje diametralmente de la realidad.

Antes de abordar el tema en nuestro ordenamiento jurídico es conveniente considerar de qué manera dicha interrogante ha sido resuelta en otros ordenamientos positivos. Con este fin se examinarán brevemente dos ordenamientos contrapuestos respecto del tema en cuestión: el Derecho italiano y el alemán.

II. LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA EN EL DERECHO ITALIANO

En el ordenamiento italiano, la doctrina y la jurisprudencia consideran lícito la exageración publicitaria siempre que no lesione el interés legítimo de un tercero. Se afirma que al empresario le está permitido atribuir en los anuncios a sus productos cualidades superlativas aun en el caso de que éstas sean exageradas o, incluso, totalmente falsas. Únicamente cuando el anuncio superlativo y contrario a la verdad

entraña una denigración de la empresa y los productos ajenos, deberá prohibirse esta clase de publicidad y sancionar al empresario que la practica con el pago de las indemnizaciones correspondientes. Para los italianos constituye desde todo punto de vista imposible que los anuncios reproduzcan exacta y fielmente la realidad.

Según esta corriente, los empresarios asumen sus propios riesgos por introducir datos notoriamente falsos a sus anuncios, toda vez que los consumidores adoptan una actitud crítica ante la publicidad al distinguir en cada anuncio los datos verdaderos y los datos falsos o exagerados. En tal sentido, los anuncios falaces resultan ineficaces.

Sin embargo, los tribunales italianos dejan de ser tolerantes cuando este tipo de anuncio lesiona los legítimos intereses de los empresarios competidores y aplican en este supuesto excepcional las normas represivas de la competencia ilícita.

De lo expuesto se puede inferir que en Italia las normas concernientes a la actividad publicitaria son acentuadamente proteccionistas de los derechos de los empresarios y dejan en una situación de desprotección al consumidor.

Según esta concepción, los italianos son más minuciosos para regular al detalle la publicidad comparativa y denigratoria respecto de los competidores, toda vez que, en la mayoría de casos cuando los anuncios publicitarios transgreden las normas referentes a la publicidad comparativa y denigratoria, se afecta directamente al competidor y no siempre a los consumidores.

Por el contrario, cuando se infringe el principio de veracidad, en la mayoría de casos hay afectación a los derechos del consumidor.

III. LA EXAGERACIÓN PUBLICITARIA EN EL DERECHO ALEMÁN

La posición del Derecho alemán es radicalmente distinta. En Alemania las normas relativas a la competencia ilícita tutelan tanto el interés particular del empresario como los intereses generales de los consumidores. Para los alemanes al reprimir los actos de competencia desleal se defiende tanto al empresario contra los ataques injustificados a su empresa y al mismo tiempo se vuelve transparente el mercado derribando aquellos obstáculos que impiden a los consumidores elegir las mejores ofertas.

Así, los autores y la jurisprudencia alemanas consideran ilícito el anuncio superlativo que no se ajusta a la verdad. Antes de la segunda guerra mundial los tribunales y el Consejo de la Publicidad (creado en 1933) instauraron la doctrina de que el empresario anunciante no debe seducir al público por medio de exageraciones y charlatanorías sino que debe limitarse a destacar objetivamente los méritos y ventajas de las mercaderías y servicios propios. Esta rígida postura en torno al anuncio superlativo es mantenida con ligeras variantes por la doctrina y la jurisprudencia actual.

Para la Alemania contemporánea el anuncio exagerado y superlativo debe prohibirse a menos que de las palabras empleadas y demás circunstancias del anuncio se desprenda que se trata de una simple exageración. Es innegable que esta rigurosidad se encuentra relacionada, en gran parte, con la peculiar idiosincrasia del pueblo alemán.

En este orden de ideas, las posibilidades de captar la atención de la gran masa de los consumidores a través de una campaña publicitaria exagerada y persuasiva son mayores en Alemania que en Italia. El ciudadano Alemán, por su idiosincrasia,

no está acostumbrado a la presencia de factores subjetivos en la expresión publicitaria, los cuales juegan un papel predominante en la publicidad superlativa o exagerada. En ese sentido, el consumidor Alemán podría tomar en serio la exageración publicitaria.

Por tales motivos, la legislación alemana no es muy tolerante con este tipo de anuncios y ha procurado hasta hace unos pocos años atrás cautelar los intereses de sus consumidores prohibiéndola en todas sus expresiones. Actualmente, hay una ligera mejoría en el tratamiento de estos anuncios, debido a que, como lo hemos señalado líneas arriba, en principio el anuncio superlativo está prohibido, a menos que de las palabras empleadas y demás circunstancias del anuncio se desprenda que se trata de una simple exageración.

IV. LAS PAUTAS GENERALES PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE EXAGERACIÓN PUBLICITARIA

Hay que manifestar que no puede establecerse de antemano una regla general válida para todos los casos. En tal sentido, al momento de calificar una alegación como exageración publicitaria hay que tomar en consideración las circunstancias del caso concreto.

Estas pautas elaboradas por la doctrina y jurisprudencia alemanas, son las siguientes:

1. La configuración o composición del anuncio

Según esta pauta hay que tomar en cuenta si la publicidad se realiza a través de imágenes o mediante palabras.

Según la doctrina alemana la publicidad gráfica no se encuentra en el mismo plano que la expresión publicitaria mediante palabras, toda vez que la publicidad gráfica posee implícitamente cierta dosis de exageración que contribuyen a que esta modalidad publicitaria sea eficaz.

En tal sentido, deben de admitirse las exageraciones propias de la publicidad gráfica, las cuales se manifiestan generalmente como publicidad humorística.

2. La estructura y el anuncio de la exageración publicitaria

Según esta pauta cuanto más genérica sea una expresión, existe una mayor posibilidad de que el público la interprete como una exageración. Dicho carácter genérico o impreciso es un indicio a tomar en cuenta a efectos de constatar si el anuncio publicitario contiene una dosis de exageración.

Por el contrario, cuanto más concreta sea una expresión, tanto mayor será la posibilidad de que el público la tome en serio.

3. La circunstancia de que una locución revista la forma de verso publicitario

Según esta pauta al momento de evaluar si un anuncio publicitario transgrede el principio de veracidad hay que atender si este anuncio se presenta en prosa o en verso. Las expresiones en verso deben de ser evaluadas de una manera más benévola, toda vez que la agradable construcción del estribillo publicitario al oído del consumidor ocasiona que éste no se detenga a analizarlo gramaticalmente y, en

consecuencia, no toma al pie de la letra el correspondiente slogan.

4. El humor y sus distintas modalidades (el chiste, la ironía y la sátira)

El humor representa un criterio relevante al momento de evaluar si el anuncio constituye una exageración que conlleve a que se viole el principio de veracidad.

Cabe precisar que los consumidores no toman en serio los anuncios que presentan un tinte humorístico o jocoso, sino que al contemplarlos se limitan a sonreír y no le otorgan crédito alguno. Por tal motivo, la doctrina alemana sostiene que la publicidad humorística debe evaluarse benévolamente y que, en consecuencia, no deben aplicarse pautas severas al examinar los anuncios.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta en el momento de aplicar la pauta antes mencionada se debe de tomar en cuenta que el carácter humorístico de la expresión publicitaria debe ser fácilmente reconocible y no dar lugar a subjetividades, es decir el consumidor debe darse cuenta con un análisis superficial del anuncio que este tiene un tinte humorístico y no dudar respecto de dicho contenido jocoso.

En tal sentido, si existe la más leve duda sobre la seriedad o broma de un anuncio habrá que juzgarlo como un anuncio serio y, por lo tanto, prohibido. De esta manera, se protege a los consumidores.

5. El hecho de que una expresión publicitaria sea utilizada repetidamente en la vida publicitaria

Los términos y expresiones publicitarias consideradas en sí mismas tienen significados excluyentes. Dichos significados pierden este matiz como consecuencia de su reiteración constante en la actividad publicitaria. En efecto, debido a su continua utilización el significado de ciertas expresiones o frases de tono excluyente se ve disminuido o debilitado.

Al encontramos ante este escenario el público ya no toma en serio la expresión publicitaria, toda vez que como lo hemos mencionado el significado de ciertas expresiones se debilita.

Sin perjuicio de ello, esta pauta debe considerarse con suma cautela para evitar que se toleren anuncios engañosos de tono excluyente, por considerar que la proliferación de expresiones de este género impide que los consumidores las tomen en serio.

6. El sector o área empresarial en que opera el anunciante o la naturaleza del producto o servicio

Se puede señalar que para calificar una frase publicitaria como exageración tiene una alta importancia situar la actividad comercial difundida en el anuncio.

Por ejemplo los anuncios concernientes a películas cinematográficas y espectáculos en general suelen contener exageraciones, toda vez que en estos sectores es típica y usual la locución exagerada.

También se considera que son frecuentes las exageraciones en los anuncios de productos de cosmética, cigarrillos, detergentes y se dice que los anuncios que ensalzan estos productos poseen un "carácter allisonante" al que está habituado el público, con lo cual no se toma en serio lo que en ellos se dice. Sin embargo, hay

autores que sostienen que en el sector de los artículos de cosmética y cigarrillos no se difunden exageraciones, sino más bien juicios estimativos de carácter genérico; es decir expresiones que no son comprobables.

Por el contrario, existen sectores en los cuales no se tolera la exageración publicitaria como por ejemplo en la publicidad de productos farmacéuticos y medicinales. En este rubro no se puede tolerar la exageración ni el humor publicitario porque está en juego la salud pública.

Asimismo, se debe desechar, en principio, la existencia de una exageración publicitaria en relación con los anuncios relativos a productos alimenticios y a artículos técnicos y de precisión.

7. Las características, dimensiones e importancia de la empresa anunciante

Se puede señalar que, por lo general, el público otorga crédito a los anuncios de empresas grandes, conocidas y prestigiosas; y que no suele entender los mismos como simples exageraciones. Por el contrario, los consumidores otorgan un crédito menor a la publicidad que hacen las empresas medianas y pequeñas.

Ahora bien, debe subrayarse que la pauta según la cual el público otorga crédito a la publicidad de empresas serias y prestigiosas deja de aplicarse cuando esa empresa opera en un sector en el que la exageración es típica y usual. En tal sentido, esta pauta no es aplicable a todos los sectores empresariales.

Una vez conocidas las corrientes doctrinarias y jurisprudenciales relacionadas al anuncio superlativo en los ordenamientos italiano y alemán, veamos cual es la posición del ordenamiento jurídico peruano respecto de este fascinante tema.

V. EL PRINCIPIO DE VERACIDAD EN EL DERECHO PERUANO

Si se observa el problema de la exageración publicitaria desde una perspectiva sociológica, tal vez nos inclináramos a una solución semejante a la del ordenamiento italiano, toda vez que el peruano medio está más cerca del escepticismo italiano que de la inocencia del alemán. En tal sentido, los efectos de la publicidad sobre los consumidores peruanos no sería, pues, demasiado intenso. Empleando argumentos sociológicos podría, por tanto, concluirse que la exageración publicitaria no deberá ser juzgada con una severidad excesiva.

Sin embargo, estas consideraciones si bien son válidas y lógicas, son insuficientes a efectos de construir una interpretación jurídica, toda vez que existen otros elementos que debemos tener presentes para fundamentar el régimen jurídico del anuncio superlativo o con matices de exageración publicitaria.

Al abordar este tema hay que tener presente, ante todo, cuál sea el carácter y la finalidad de las normas reguladoras de la publicidad comercial en el Derecho Peruano.

La finalidad de estas normas se desprende del artículo 2º del Decreto Legislativo N° 691, "Norma de Publicidad en Defensa del Consumidor". Según el artículo 2º de dicha norma, las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados. Los anuncios deben juzgarse teniendo en cuenta el hecho de que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario.

Este precepto parte de la premisa de que se deben tener en cuenta al juzgar el anuncio la influencia positiva o negativa que éste puede causar en el consumidor. Asimismo, incorpora la regla de la buena fe comercial como principio rector que debe estar presente en la actividad publicitaria. Por estas consideraciones, se desprende que en el derecho peruano las normas concernientes a la publicidad: (i) amparan el interés general de los consumidores y, (ii) constituyen un instrumento orientado a que el consumidor tenga libertad de elección (no nos olvidemos que la norma citada líneas arriba parte de la premisa de que el consumidor queda influenciado con el anuncio publicitario).

En este punto existe una evidente analogía entre el pensamiento del legislador nacional y el del alemán sobre competencia ilícita en la publicidad comercial.

Sin embargo, el problema estudiado no puede ser resuelto con los rígidos y severos criterios que todavía propugna una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia alemana. Según Carlos Fernández Novoa⁴ *"si la publicidad se sujetase férreamente a la regla de la verdad más absoluta quedara ahogada porque el anuncio al igual que las restantes piezas del sistema de la libre competencia, sólo puede vivir dentro de una atmósfera flexible y elástica."*

En efecto, al empresario anunciante no se le puede solicitar que emplee el mismo lenguaje objetivo y preciso que se le puede exigir a científico, el lenguaje publicitario tiene matices distintos del lenguaje técnico y científico, toda vez que no tiene como único fin informar acerca de características de un producto, condiciones de venta y precio, sino que su finalidad primordial es ensalzar las ventajas de un producto o servicios frente a los otros que ofertan sus competidores.

Para lograr este fin supremo el anuncio publicitario no debe explayarse acerca de todas las características del producto, no debe de decir toda la verdad, puede incluso estar plagado de omisiones.

De lo expuesto anteriormente, se advierte que el problema analizado no puede resolverse a través de fórmulas simplistas y unitarias. El anuncio redactado en términos superlativos es una figura que presenta matices muy variados y contradictorios. Es una figura en la que se entrecruzan el interés particular del empresario anunciante con los intereses de los competidores y sobre todo con el interés general de los consumidores. Para dar solución a los complejos conflictos que la figura estudiada plantea habrá que valorar adecuadamente las diversas circunstancias que en cada caso concurren. La apreciación y consiguiente evaluación de tales circunstancias y la afectación a los intereses de los participantes en la publicidad, sobre el de los consumidores, es competencia, en el caso peruano, de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOP en primera instancia administrativa y en segunda instancia a la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOP.

Este es el problema que nos ocupa y que ha sido planteado como interrogante en los párrafos precedentes. Bueno pues manifestaremos otra interrogante que se complementa con la anterior y la cual nos servirá para analizar puntualmente la regulación del principio de veracidad en ordenamiento jurídico.

¿Cuándo por no decir la verdad u omitir ciertos aspectos referidos al precio,

⁴ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. "Estudios de Derecho de la Publicidad". Santiago de Compostela, 1982, Pág. 91-95.

características del producto o el servicio y condiciones de venta se transgrede el principio de veracidad?

El principio de veracidad no pretende que todas las afirmaciones de un anuncio publicitario sean ciertas. Este principio no propugna que se diga "toda la verdad y nada más que la verdad", ni siquiera como lo veremos más adelante que se diga la verdad. Puede ser que en un anuncio nada de lo que se dice es verdad, pero esta falacia es advertida fácilmente por el consumidor y, por lo tanto, no se le induce a error respecto a las características del producto publicitado. En este caso, no nos encontraremos ante una infracción al principio de veracidad.

Como veremos a continuación lo esencial que pretende recoger la doctrina y la normatividad sobre el principio de veracidad, es que este sea un instrumento jurídico que preserve la libre elección del consumidor, que éste no se sienta coaccionado por la manipulación publicitaria, que no se le induzca a error con respecto a las características del producto o servicio, el precio y las condiciones de venta.²

Para contestar estas interrogantes debemos tener en consideración algunos temas de materia publicitaria que inspiran la regulación del principio de veracidad, tal como la encontramos en nuestro Decreto Legislativo N° 691.

1. La información asimétrica

En una economía globalizada los consumidores se encuentran en una situación de desventaja en relación a los proveedores de bienes y servicios que se ofrecen en el mercado, esta desventaja se traduce en un problema de costos en el acceso a determinada información relevante que sirve de instrumento al consumidor para adoptar una opción de consumo acertada.

Diariamente debemos tomar decisiones de consumo, optando entre los distintos bienes y servicios que nos ofrece el mercado, dentro de nuestras posibilidades económicas. Un consumidor, por ejemplo, debe cotejar las compras que desea efectuar con las posibilidades de gasto que le brinda un presupuesto restringido. Dentro de este cálculo, el consumidor no sólo tomará en cuenta cuáles son los bienes que desea adquirir, sino también cuántos de ellos puede efectivamente comprar, y, más importante aún, cuáles y cuántos bienes distintos al primero deberá dejar de comprar para poder adquirir el deseado.

De esta forma, los consumidores evalúan las posibilidades de gasto que tienen y asignan sus recursos escasos a los fines que, en su opinión, les reporten más ventajas.

Sin embargo, sin una adecuada transmisión de información, la libertad de elección de los consumidores se verá seriamente limitada. Por un lado, la información permite:

- Que los consumidores puedan conocer las alternativas que les ofrece el mercado;
- Las implicancias de cada una de dichas alternativas con respecto a sus

² Cabe precisar que el consumidor hay que protegerlo de la publicidad ambigua, exagerada que le induzcan a error porque existe una asimetría informativa entre los oferentes (fabricantes, distribuidores, etc.) y los consumidores que explicaremos a continuación.

necesidades, su presupuesto.

- Facilita la comparación de productos y servicios.

Por tal razón un suministro adecuado de información relevante permitirá al consumidor adoptar las decisiones de consumo que mejor satisfagan a sus necesidades. Así, la información se convierte en una herramienta esencial para el consumidor. Sin embargo, el acceso a esa información muchas veces es imposible y otras es muy costoso. Como señala Carlos Patrón³:

"El conocimiento en sí muchas veces resulta ser materia de elección. En este sentido, un consumidor puede elegir mayor información si considera que esta elección mejorará su decisión de consumo lo suficiente como para que valga el esfuerzo, sin embargo, cuando los costos en el acceso a esta información exceden nuestras expectativas de mejoramiento, lo razonable sería decidir no adquirir conocimientos adicionales."

En ese orden de ideas, en el mercado existe asimetría informativa, lo cual significa que, en relación al consumidor, los proveedores de bienes y servicios se encuentran en una posición privilegiada respecto de la información que manejan sobre sus productos y servicios y, muchas veces, sobre los productos o servicios ofertados por sus competidores. Esto, porque los proveedores tienen acceso a información detallada que en muchos casos el consumidor no maneja, relacionada con la determinación del precio y las características del producto. No nos olvidemos que los ofertantes conocen al detalle la tecnología que es utilizada en la elaboración de los bienes que ofertan, cuales son sus costos de producción y distribución, sus gastos administrativos y operativos, etc.

2. El enfoque publicitario: Herramienta de información o de marketing

Como lo hemos señalado la información constituye una condición previa para una elección razonable por parte de los consumidores, con ella se persigue garantizar la transparencia en el mercado. También hemos señalado que en la práctica dicha información solo es manejada completamente por los ofertantes. El derecho debe establecer vías y modos de transmitir la información relevante respecto de un producto a los consumidores, por ejemplo, el rotulado de productos envasados, la obligación de consignar el precio del producto de una manera fácilmente accesible al consumidor.⁴

Sin embargo, debemos evaluar si la publicidad constituye una vía de transmisión adicional a las señaladas. No toda la actividad publicitaria tiene como propósito informar. Cabe distinguir entre la publicidad con fines de interés público y la publicidad con fines comerciales. La primera es aquella cuyo mensaje publicitario no se circunscribe necesariamente al ámbito económico. Ejemplos de esto son los anuncios de radio y televisión difundidos con el propósito de hacer campaña para la preservación de los delfines o la preservación del planeta vía el cuidado de la capa de ozono.

Por otro lado, la publicidad comercial propiamente dicha tiene por finalidad fomentar el consumo de bienes o la utilización de servicios. En tal sentido, esta publicidad en una manifestación de la libertad de empresa, de las libres iniciativas

³ PATRÓN SALINAS, Carlos. El Principio de Veracidad y la "Substanciación Previa" en Materias Publicitarias. En: *Temas* N° 32, 1995, Pág. 243.

⁴ Cabe señalar que dichas obligaciones se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N° 718, Normas sobre Protección al Consumidor.

empresariales, no se le puede reducir a un instrumento de política de educación e información de los consumidores. La publicidad comercial busca la incitación o la persuasión para la adquisición del producto o servicio. Así, informará en la medida de que los datos sean un elemento de persuasión para la adquisición del producto o servicio, mientras que procurará omitir comunicar datos poco favorables.

La Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI así lo ha entendido al emitir el 11 de diciembre de 1986 la Resolución N° 096-96-TRI-SDC/INDECOPI⁵, la cual constituye precedente de observancia obligatoria en materia publicitaria. En dicha resolución se establece que constituye publicidad comercial cualquier forma de comunicación pública que tenga por finalidad o como efecto fomentar, directa o indirectamente, la adquisición de bienes o la contratación de servicios, captando o desviando, de manera indebida, las preferencias de los consumidores. No constituye publicidad comercial la propaganda política y la publicidad institucional, entendida esta última como aquella que tienen como finalidad promover conductas de relevancia social, tales como el ahorro de energía eléctrica, la preservación del medio ambiente, el pago de impuestos, entre otras.

En contraposición a lo señalado en el párrafo anterior hay autores que señalan que la publicidad constituye una vía de comunicación adecuada para compensar la desventaja en la que se encuentran los consumidores debido a los problemas de información asimétrica que mencionamos.

Al respecto, Pasquau Liaño⁶ considera que *"como una manifestación mas de la función social de la empresa cabe gravar el derecho a la actividad publicitaria como una carga de información mínima sobre determinadas cualidades esenciales del producto o servicio anunciado, cuyo incumplimiento pueda determinar la ilicitud de la publicidad"*.

Al contrario de lo que señala el referido autor nuestra posición es que deben buscarse otras vías para informar adecuadamente a los consumidores, toda vez que si limitamos la actividad publicitaria al cumplimiento de un papel o rol informativo, estaríamos restringiendo la innovación empresarial en materia publicitaria al alejarla de la astucia, el humor y la persuasión.

Sin embargo, la regulación de la publicidad comercial debe de preocuparse en que no se induzca a error al consumidor en la información transmitida en los anuncios. Lo que se debe regular no es la cantidad de información que se difunde en los anuncios, sino, por el contrario, la prevención de los excesos en los que pueden incurrir los anunciantes con el propósito de captar clientela. Según Patrón⁷ *"la publicidad podrá ser lícitamente parcial, persuasiva, incitadora, incluso- en cierto modo- manipuladora, pero en todo caso ha de ser veraz."*

3. El engaño en materia publicitaria

El engaño en materia publicitaria podemos definirlo en términos generales como el acto por el cual un competidor genera una impresión falsa respecto de sus productos o servicios. El medio mas común a través del cual se ejerce el engaño es las relaciones

⁵ Denuncia interpuesta por Productos Reiss S.A. contra Luz del Sur S.A. ante la Comisión de Represión de la Competencia (Desob).

⁶ PASQUAU LIAÑO, Miguel. Control jurídico de la actividad publicitaria. En: Comentarios a la Ley General Para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Madrid: Civitas, 1992, p. 142.

⁷ PATRÓN SALINAS, Dn Cf. Pág.245.

comerciales es la publicidad. Por ello, en la mayoría de los países, entre los cuales se encuentra el Perú, se ha optado por una legislación especial que prevea específicamente la afectación al mercado que causa el engaño publicitario. Algunas de estas posturas mundiales las hemos analizado anteriormente al analizar el tema desde la perspectiva italiana y alemana.

La exigencia del principio de veracidad en materia publicitaria no es más que una manifestación dentro del género de represión del engaño en las relaciones comerciales. Hoy en día con el desarrollo de los medios de comunicación masiva, la difusión publicitaria de afirmaciones falaces conlleva a que, por un lado, se multipliquen los efectos distorsionantes que esta actividad produce en la competencia; y, que potencialmente dicha conducta sea susceptible de afectar el derecho a la libertad de elección de un mayor número de consumidores.

El fundamento para exigir la veracidad de las afirmaciones publicitarias yace en el simple hecho que es prácticamente imposible que un consumidor pueda verificar las características que los anunciantes atribuyen a sus productos, antes de adquirirlos. Ahora, si dichas características son engañosas, el consumidor probablemente terminará invirtiendo sus recursos en la adquisición de un bien que no satisfecerá plenamente sus necesidades: *celebrará una transacción ineficiente*.

Por el contrario, si requiriésemos a los consumidores verificar por su cuenta y costo la veracidad de las afirmaciones difundidas en los anuncios de todos y cada uno de los productos que diariamente necesitan adquirir, la celeridad en el tráfico de bienes y servicios se vería drásticamente restringida, desequilibrando las bases mismas de nuestra organización económica.

El funcionamiento adecuado del mercado exige por ende, que los competidores concurren de manera leal, que capten mayor número de clientes porque ofrecen un mejor producto o servicio, porque la calidad de éstos es superior, porque sus precios son más cómodos o las condiciones de venta más convenientes y no porque engañan a los consumidores; asimismo, el mercado requiere de transparencia que facilite, simplifique y acelere el intercambio económico.

Sin embargo, cabe recordar lo señalado anteriormente en el sentido de que el principio de veracidad no pretende que todas las afirmaciones de un anuncio publicitario sean ciertas. Este principio no propugna que se diga "*toda la verdad y nada mas que la verdad*", toda vez que puede suceder que en un anuncio nada de lo que se dice es verdad, pero esta falacia es advertida fácilmente por el consumidor y, por lo tanto, no se le induce a error respecto a las características del producto o servicio publicitado.

Por ejemplo en la publicidad de un marca de cerveza no se detalla la composición exacta de ingredientes naturales que tiene la cerveza ofertada, se suele recurrir a la exageración, el humor y a frases genéricas como "*la campeona de la calidad*", "*le malta que le pone osé*" que son advertidas fácilmente por el consumidor como exageradas y jocosas. En estos casos no se infringe el principio de veracidad.

Ahora analizaremos diversos aspectos relacionados con el principio de veracidad.

4. Aspectos relacionados con el principio de veracidad

4.1 La carga de la prueba y la “substanciación previa”

¿Quién debe probar la veracidad de las afirmaciones diseminadas en los anuncios? En la mayoría de sistemas procesales en el mundo la carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión. Si aplicamos este principio correspondería al consumidor afectado por la publicidad engañosa demostrar dentro de un proceso que las afirmaciones contenidas en un anuncio publicitario son falsas y, como consecuencia de su falsedad, lo indujeron a error, afectando sus intereses económicos.

Sin embargo, los elevados costos de probanza desincentivarían la presentación de denuncias por parte de los consumidores. Ello, nos llevaría a pensar que la carga de la prueba no debe de corresponder al consumidor.

Dada la asimetría informativa y de recursos existentes entre los proveedores y consumidores, económicamente resulta más razonable e impone un costo social inferior, requerir a los fabricantes probar las afirmaciones que contienen sus anuncios. La Federal Trade Commission, de los Estados Unidos³ justifica esa obligación por parte del proveedor en que, estos cuentan con las posibilidades técnicas, conocimientos, el tiempo y los recursos necesarios para tal fin.

Esta agencia federal ha desarrollado en las últimas décadas la teoría de la “base razonable”, según la cual, si un anunciante asevera algo objetivo al publicitar un producto o servicio se debe a que éste cuenta con el sustento necesario para probar lo que dice, sino no habría vertido la afirmación en sus anuncios. Así, los anunciantes tienen la obligación legal de substanciar todas las aseveraciones objetivas referidas a sus productos antes de propagarlas en sus expresiones publicitarias.

De otro lado, en Europa la Comunidad Económica Europea ha dictado directivas sobre publicidad engañosa que obligan a los Estados Miembros a requerir a los anunciantes que prueben la veracidad de las afirmaciones vertidas en sus anuncios, cuando tal requerimiento sea apropiado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en particular. Inclusive algunos países como Bélgica, Dinamarca, Francia y Holanda han optado por “invertir” la carga de la prueba.

En el Perú, el Decreto Legislativo N° 691 ha optado por una posición semejante a la difundida por la Comunidad Económica Europea vía las directivas que mencionamos en el párrafo anterior. El artículo 15^º de la norma citada dispone lo siguiente:

“Cualquier ilustración, descripción o afirmación publicitaria sobre el producto anunciado será siempre susceptible de prueba por el anunciante, en cualquier momento y sin dilación, a requerimiento de la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI, de oficio o a pedido de parte.”

Así, será obligación de los anunciantes acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus anuncios ante el requerimiento de la autoridad competente. En este punto, la legislación peruana se asemeja mucho con las referidas directivas de

³ Esta autoridad administrativa más importante en los Estados Unidos para la solución de controversias es temas relacionados con la competencia y la protección al consumidor.

la Comunidad Económica Europea. Sin embargo, se diferencia de estas en que del artículo 15º del Decreto Legislativo N° 691 no se desprende que para requerir al anunciante resulte necesario que el requerimiento se efectúe cuando sea apropiado atendiendo a las circunstancias específicas de cada caso en particular.

Asimismo, cabe señalar que la opción peruana no constituye un supuesto de la denominada "inversión de la carga de la prueba". Si fuese así, sería obligación de los anunciantes acreditar la veracidad de las afirmaciones contenidas en sus anuncios sin que medie requerimiento por parte de la Comisión.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que para que las afirmaciones difundidas en los anuncios sean susceptibles de ser probadas en cualquier momento y sin dilación los anunciantes deberían contar con el material probatorio o substanciación necesaria con anterioridad a la propagación de su publicidad, de lo contrario, sería materialmente imposible para los anunciantes cumplir con la referida obligación.

Cabe señalar que la substanciación previa esta ligada con las afirmaciones pasibles de ser probadas objetivamente. Como por ejemplo: "*Con peso certificado*" "*3/4 que rinden como un kilo*". A propósito de esta frase se denunció ante la Comisión de Represión de la Competencia Desleal a la empresa fabricante del Arroz Costeño Graneado por incluir en su publicidad esta frase que no pudo ser probada por el denunciado.

Un caso importante en materia publicitaria que se vincula con la substanciación previa lo encontramos en la Resolución N° 052-96-TRI-SDC/INDECOP1 emitida por la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOP1, la cual constituye precedente de observancia obligatoria. En dicho procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal se sancionó con una multa de cuatro Unidades Impositivas Tributarias y con la publicación de avisos rectificatorios a las empresas Liofilizadora del Pacífico S.R.L., Omniagro S.A. y Cuarzo Publicidad S.A. por la promoción en medios periodísticos y anuncios televisivos del producto "MANAXX J. GOLD extracto liofilizado de uña de gato". En la publicidad de dichos productos se propalaron frases como "*producto que estimula las defensas y reduce el riesgo del tabaco*", "*...reforzado con vitaminas C y E de reconocida acción cardiovascular y anticancerígena, en dosis adecuada para fumadores*" que según lo expuesto en la referida resolución inducían a error al consumidor sobre las propiedades del producto — en el sentido de que éste curaba o reducía la incidencia de enfermedades cardiovasculares y cáncer vinculados con el consumo del tabaco.

En dicho procedimiento, las empresas denunciadas no pudieron acreditar la veracidad de las propiedades atribuidas al producto "MANAXX J. GOLD" y, asimismo, de los diversos estudios efectuados por diversas instituciones se concluyó que el referido producto no curaba o reducía la incidencia de enfermedades cardiovasculares y cáncer vinculados con el consumo del tabaco.

Otro extremo fundamental de la referida resolución, que motivo convertirla en precedente de observancia obligatoria fue la precisión efectuada al segundo párrafo del artículo 2º del Decreto Legislativo N° 691. Dicho dispositivo establece lo siguiente: "*Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un análisis superficial del mensaje publicitario*". En este artículo se establece el criterio base para el análisis de los anuncios publicitarios.

Según lo indicado por la referida resolución el término análisis superficial no

debe de entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y los que esta sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor.

4.2 Engaño por omisión

Hay engaño por omisión cuando se omite en un anuncio información relevante para que el consumidor adopte una decisión de consumo informada y adecuada. No significa que el anuncio como lo hemos señalado anteriormente, contenga toda la verdad sobre las características del producto, condiciones de venta y precio de éste.

Para que en un anuncio no se suscite un engaño por omisión éste debe de contener aquella verdad que es necesaria para que los consumidores adopten una decisión de compra adecuada, es decir esa parte de la verdad que no puede ser omitida por el anuncio. Si se incurre en dicha omisión se estaría induciendo a error al consumidor, toda vez que la relevancia en la información omitida radica justamente en que el consumidor eligirá el producto anunciado y dejará atrás otras ofertas.

El engaño por omisión constituye pues una forma de competencia desleal en la modalidad de infracciones a la norma de publicidad en Defensa del Consumidor.

Un ejemplo de anuncios con omisiones insalvables los hemos observado hace algún tiempo en la publicidad de la línea aérea "Aerocontinente". El slogan publicitario indicaba "En Aerocontinente paga uno y viajan dos"; sin embargo, esta oferta no era del todo cierta, es mas tenía mas de falso que de cierto, y, justamente omitía una condición de venta de los pasajes de la aerolínea que inducía a error a los consumidores, toda vez que la promoción era válida únicamente para el 20% de la capacidad del avión. Agotado este porcentaje el costo de la tarifa era el de su precio regular.

4.3 Advertencias y Contraindicaciones

Este aspecto es muy utilizado en la publicidad de medicamentos. El anunciante tiene la obligación de advertir a través de su publicidad, sobre los efectos secundarios contraindicaciones y advertencias graves que pueden generar el consumo de medicamentos. No se puede omitir difundir esta información en la publicidad de medicamentos, toda vez que no solo se induce a error al consumidor sino que también se pone en peligro la salud y hasta la vida de los consumidores².

Algunos ejemplos de productos que han infringido el principio de veracidad por no incluir en sus anuncios las advertencias y contraindicaciones, las encontramos en la publicidad del conocido producto energético o revitalizante Ginseng. Este producto causaba una serie de trastornos en personas con hipertensión arterial, asma, alergias y madres gestantes, los cuales no fueron advertidos por los distribuidores de este producto en nuestro país.

² Cabe señalar que, en lo que se refiere a los medicamentos, la Dirección General de Salud (DIGESA) es muy estricta en el control de la información que deben incluir las medicinas que son vendidas al público, así como de la idoneidad de estas medicinas en cuanto a su composición química, sus efectos secundarios en la salud de los ciudadanos.

4.4 Humor, fantasía y Exageración

Este es un aspecto muy importante a tener en cuenta, toda vez que el uso del humor, la fantasía y la exageración en los anuncios es una estrategia de marketing muy utilizada por algunos anunciantes con el propósito de causar un mayor impacto en el público.

En tal sentido, el uso del humor, la fantasía, la exageración y las apreciaciones subjetivas del anunciante se encuentran permitidas en la publicidad comercial, salvo que induzcan a error al consumidor o denigren al competidor.

Como lo hemos analizado anteriormente, cuando tratemos las pautas generales para determinar la existencia de exageración publicitaria, veremos como el empleo del humor representa un criterio relevante al momento de evaluar si el anuncio constituye una exageración que conlleva a que se viole el principio de veracidad.

En principio, el empleo del humor en los anuncios publicitarios está permitido siempre que éste sea fácilmente reconocible.

4.5 La Publicidad Testimonial

Para que la publicidad testimonial sea válida y no infrinja el principio de veracidad, según el artículo 5º del Decreto Legislativo N° 691 el testimonio debe ser (i) auténtico, (ii) relacionado con la experiencia reciente de la persona que recomienda el producto o servicio y, (iii) debe mediar una autorización expresa y escrita del testigo.

El artículo 5º del Decreto Legislativo N° 691 prescribe lo siguiente con respecto al tema analizado:

"Los anuncios no debe contener o referirse a ningún testimonio, a menos que sea auténtico y relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da.

La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo."

VI. CONCLUSIONES

- El principio de veracidad en la publicidad comercial es un instrumento jurídico que tiene por finalidad preservar la libre elección del consumidor, que éste no se sienta coaccionado por la manipulación publicitaria, que no se le induzca a error con respecto a las características del producto o servicio, el precio de éste y las condiciones de venta.

- El funcionamiento adecuado del mercado exige que los competidores concurren de manera leal, que capten el mayor número de clientes porque ofrecen productos o servicios superiores al de sus competidores con precios más cómodos, condiciones de venta más convenientes; y no porque inducen a error a los consumidores.

- En el mercado existe asimetría informativa entre proveedores de bienes y servicios y el consumidor final, toda vez que los proveedores manejan información detallada que en muchos casos el consumidor no maneja, relacionada con la determinación del precio y las características del producto o servicio ofertado (la tecnología utilizada, sus costos de producción y distribución, sus gastos administrativos y operativos, etc.) En tal sentido, se encuentran en una posición privilegiada respecto

de la información que manejan frente a los consumidores.

- La publicidad comercial no tiene como única finalidad informar al consumidor, deben buscarse otras vías para informar adecuadamente a los consumidores, porque si limitamos la actividad publicitaria al cumplimiento de un papel o rol informativo, estaríamos restringiendo la innovación empresarial en materia publicitaria al alejarnos de la astucia, el humor y la persuasión.

- La publicidad comercial propiamente dicha tiene por finalidad fomentar el consumo de bienes o la utilización de servicios. En tal sentido, la publicidad comercial es una manifestación de la libertad de empresa, de las libres iniciativas empresariales, no se le puede reducir a un instrumento de política de educación de los consumidores. La publicidad comercial busca la incitación o la persuasión para la adquisición del producto o el servicio.

- Sin embargo, la regulación de la publicidad comercial exige la veracidad de la información transmitida en los anuncios. Lo que se debe regular no es la cantidad de información que debe difundirse en los anuncios, sino, la prevención de los excesos en los que pueden incurrir los anunciantes con el propósito de captar clientela.

- El principio de veracidad no pretende que todas las afirmaciones de un anuncio publicitario sean ciertas. Este principio no propugna que se diga *"toda la verdad y nada más que la verdad"*, toda vez que puede suceder que en un anuncio nada de lo que se dice es verdad, pero esta falacia es advertida fácilmente por el consumidor y, por lo tanto, no se le induce a error respecto a las características del producto o servicio publicitado.

- Según la legislación nacional las afirmaciones difundidas en los anuncios deben ser probadas en cualquier momento y sin dilación por los anunciantes a requerimiento de la autoridad administrativa, para lo cual el anunciante deberá contar con el material probatorio o substanciación necesaria con anterioridad a la propagación de su publicidad, de lo contrario, sería materialmente imposible que cumplan con la referida obligación.

- En principio, el empleo del humor en los anuncios publicitarios está permitido siempre que éste sea fácilmente reconocible por los consumidores.