

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA PUBLICIDAD TESTIMONIAL EN EL PERÚ
REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL RECIENTE PRECEDENTE
DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA SOBRE LA MATERIA^(*)

ANTONIO MUÑOZ DE CÁRDENAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Egresado de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Profesor del curso de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ERNESTO SALAZAR CAMPOS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Estudiante de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Adjunto de Docencia del curso de Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Hacia la definición de Publicidad Testimonial.- III. ¿Qué requisitos generales debe cumplir la Publicidad Testimonial? 1. Autenticidad del testimonio; 2. Carácter reciente de la experiencia en la que se basa el testimonio; 3. Autorización del testigo.- IV. Tipos de testimonios y requisitos específicos. 1. Según el tipo de testimonio; 2. Según el contenido del testimonio.- V. ¿Pueden emplearse testimonios subjetivos en publicidad comparativa?.- VI. A modo de conclusión.- VII. *Post scriptum*: 1. Información publicitaria o mensaje publicitario? He ahí el dilema; 2. La imposición de sanciones cuando se violan o precisan los estándares legales; 3. Una errata bibliográfica.

I. INTRODUCCIÓN

Imaginamos que vemos en televisión el comercial de una bebida gaseosa recién lanzada al mercado. El anuncio nos muestra a un supuesto entrevistador que reta a otras personas, que aparentan ser turistas, a identificar la marca del producto que están bebiendo de un vaso que no revela ningún origen empresarial. Supongamos que luego de la prueba respectiva estas personas, forzando un español con acento inglés, responden con complacencia que, obviamente, se trata de la marca líder del mercado, mientras efectúan un brindis hacia la cámara y levantan sus pulgares en señal de aprobación. Repentinamente, el entrevistador desvela la marca del producto anunciado y sus interlocutores resultan sorprendidos al caer en la cuenta de que se trata de una gaseosa distinta a la bebida líder del mercado; quedando, finalmente, persuadidos de las bondades de lo que acaban de probar.

¿Qué pensaría un consumidor razonable si matizáramos lo indicado y los supuestos turistas fueran abordados por el aparente entrevistador en una escena algo forzada, como, por ejemplo, rodeados de gente que ejecuta una danza andina en torno a ellos, sobre una balsa en un río selvático y rodeados de nativos o sentados en Macchu Picchu y enfocados desde lo alto de las ruinas? ¿Qué creeríamos si, escapando a lo natural y espontáneo, los supuestos turistas dieran sus respuestas posando para la cámara mientras esta los recorre muy lentamente y, al escuchar la verdadera marca del producto que les fue ofrecido, pegaran sus rostros al lente y gesticularan exageradas exclamaciones acompañadas de ademanes y muecas de sorpresa? ¿Algún consumidor razonable podría pensar que, realmente, se trata de publicidad testimonial?

La respuesta que daría la mayoría de personas a esta última interrogante sería, seguramente, negativa. De algún modo, el tono sobreactuado y la producción involucrada en nuestra hipótesis excluye toda posibilidad de que estemos ante testimonios de seres reales y, por el contrario, nos llevaría a creer que las situaciones mostradas en el comercial, poco verosímiles y algo ridículas, constituirían una simple simulación efectuada por un empresario para hacernos llegar, creativamente,

^(*) Los autores sostienen que toda opinión vertida en el presente artículo les es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra participar alguna de las instituciones y/o entidades en las que participan como profesionales.

un mensaje publicitario sobre sus productos. Para sorpresa de muchos, parece que el INDECOPI piensa exactamente lo contrario.

Hace pocos años, en el 2003, un comercial similar al que hemos ideado fue declarado ilícito por circunstancias cuyo análisis escapa a la materia de este artículo.¹ Lo que sí conviene resaltar es que en esa oportunidad el INDECOPI emitió una resolución en la que sostuvo, entre otros aspectos, que el anuncio denunciado constituía un supuesto de publicidad testimonial; conclusión que, por demás, resultaba sorprendente.

Ya algunos cuestionamientos se han planteado sobre el precedente de observancia obligatoria que el INDECOPI estableció en dicha ocasión en materia de publicidad comparativa; pero la temática de la publicidad testimonial que en él se aborda de modo tangencial viene pasando, lamentablemente, desapercibida. Esto no revestiría mayor seriedad si no fuera porque, con fecha 11 de octubre de 2006, el INDECOPI ha emitido la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI²; estableciendo un precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial en el que no parece aclararse la posición que acabamos de criticar y, más aún, se agregan algunos planteamientos que, por decir lo menos, ameritan mayor reflexión.

A lo expuesto se suma, como justificación para que nos animemos a emprender este artículo, la escasa literatura que puede encontrarse sobre publicidad testimonial; la misma que, por si ello fuera poco, trata este tema de modo escueto.

Así las cosas, intentaremos aportar un panorama general sobre nuestro objeto de estudio; ofreciendo al lector, en un primer momento, algunas pautas para que pueda comprender la naturaleza de la publicidad testimonial y formarse una definición de este recurso publicitario. Posteriormente, nos abocaremos al tratamiento de las condiciones que la legislación vigente en materia publicitaria establece para la utilización de testimonios; para, a continuación, señalar algunas condiciones accesorias que cierta legislación y doctrina comparadas han propuesto para cada uno de los tipos de testimonio que pueden emplearse en un anuncio. Adicionalmente, nos referiremos al uso de testimonios subjetivos en publicidad comparativa y efectuaremos alguna puntualización en torno a la ilicitud de esta práctica. Por último, nos permitiremos una revisión sobre algunas extrañezas del precedente de observancia obligatoria materia de comentario que, sin duda, también merecen nuestra atención.

II. HACIA LA DEFINICIÓN DE PUBLICIDAD TESTIMONIAL

Ni en las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo No 691³, ni en su Reglamento, Decreto Supremo No 20-94-ITINCI⁴, ni en ninguna otra norma en Perú –que se halle vigente o derogada– se ha definido directamente lo que debe entenderse por publicidad testimonial. No obstante ello, lo que las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor sí contemplan es una serie de condiciones para el uso de dicho recurso publicitario.⁵

Evidentemente, antes de analizar dichas condiciones, resulta imperativo llenar de contenido la noción de publicidad testimonial; pues solo con posterioridad a esta actividad entenderemos

¹ Ver la Resolución No. 0647-2003/TDC-INDECOPI de fecha 10 de diciembre de 2003, emitida en el Expediente No. 051-2002/CCD, seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A. por presuntas infracciones a las normas vigentes en materia publicitaria.

² Esta resolución ha sido emitida en el Expediente No. 043-2006/CCD, seguido por Nestlé del Perú S.A. contra Telefonía Móvil S.A. por presuntas infracciones a las normas vigentes en materia publicitaria.

³ Cuerpo normativo publicado en el Diario Oficial El Peruano, el 6 de noviembre de 1991. Su Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo No. 039-2000-ITINCI, de fecha 5 de diciembre de 2000.

⁴ Dispositivo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de octubre de 1994.

⁵ Así, el artículo 5 de la normativa en cuestión indica lo siguiente:

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

cómo y por qué se le deben aplicar los requisitos legalmente establecidos. Hacemos la salvedad, antes de iniciar esta tarea, de que nuestros recursos excluirán mayores remisiones a la jurisprudencia previa del INDECOPI pues, sin lugar a dudas, ha sido mínimo el tratamiento expreso a la noción de publicidad testimonial que puede encontrarse en ella.⁶

En el Proyecto de Ley de Represión de la Competencia Desleal preparado por el INDECOPI⁷, que presenta por principal característica la unificación de la legislación de represión de competencia desleal y la normativa publicitaria, se establecen definiciones tanto de publicidad testimonial como de testigo. De tal manera, el inciso k) del artículo 16 del referido proyecto enuncia que debe entenderse por publicidad testimonial:

"(...) toda publicidad que puede ser percibida por el consumidor como una manifestación de las opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias de un testigo" (El resaltado es nuestro)

Por su parte, el inciso l) del mismo artículo establece que un testigo es:

"(...) toda persona natural o jurídica, de derecho público o privado, distinta al anunciante, cuyas opiniones, creencias, descubrimientos o experiencias son presentadas en publicidad"

En el documento que, a modo de Exposición de Motivos del referido proyecto, preparó el INDECOPI, se indica en forma expresa que las definiciones de publicidad testimonial y de testigo provienen de la Guía relativa al uso de testimonios en publicidad de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América (*FTC Guides concerning use of endorsements and testimonials in advertising*).⁸

En estricto, dicha Guía define al "testimonio"⁹ como cualquier mensaje publicitario (incluyendo a las declaraciones verbales, demostraciones o representaciones del nombre, firma, parecido u otras características personales identificatorias de un individuo o el nombre o sello de una organización) cuyo contenido, probablemente, sea considerado por los consumidores como el reflejo de las opiniones, creencias, conclusiones o experiencia de una parte distinta al anunciante respecto del

⁶ La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo.

⁷ Hasta antes de la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI que es objeto de este artículo, los más destacados pronunciamientos sobre publicidad testimonial de la Comisión de Represión de Competencia Desleal y de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, así como del Poder Judicial en vía de proceso contencioso administrativo, serían los siguientes:

1. Expediente No. 187-95-CPDC, seguido de oficio contra Utilizadora del Pacífico S.R.Lda., Onniagro S.A. y Cuzco Publicidad.
2. Expediente A.C.A. No. 1688-99, seguido por Proctor & Gamble S.A. contra Productos Sancela del Perú e INDECOPI.
3. Expediente No. 051-2002/CCD, seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panoramá Internacional S.A.
4. Expediente No. 125-2002/CCD, seguido de oficio contra Quality Products S.A.
5. Expedientes acumulados No. 027-2005/CCD, No. 030-2005/CCD y No. 067-2005/CCD, seguidos de oficio y por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra el Instituto Científico Nutrimix S.A.C. y Víctor Medina Peña.

⁸ En el presente artículo hacemos alusión a las versiones del mes de agosto de 2005 tanto del denominado Proyecto de Ley de Represión de la Competencia Desleal como de su Exposición de Motivos. Una versión preliminar de los referidos documentos fue presentada el 28 de junio de 2005, de manera pública y por funcionarios del INDECOPI, en las instalaciones de dicha institución.

A la fecha y luego de consultado al Directorio del INDECOPI en meses recientes, no existe un pronunciamiento institucional acerca de si se impulsará o no ante el Poder Legislativo dicho proyecto de ley. Cabe resaltar, sin embargo, que el Presidente del Directorio de dicha institución, Dr. Jaime Thomé León, ha manifestado hace pocos meses, en declaraciones al Diario Gestión, que no impulsará la aprobación del proyecto de ley que sustituirá la normativa peruana sobre libre competencia, contenida en el Decreto Legislativo 701, por estar en desacuerdo con incluir en nuestro ordenamiento jurídico instituciones como el control de fusiones y concentraciones. En dicha declaración, valga la salvedad, no se refirió expresamente al Proyecto de Ley de Represión de la Competencia Desleal.

⁹ La versión en inglés está a disposición en: <http://www.ftc.gov/ftc/pubs/condemns.htm>

Aprovechamos la oportunidad para mencionar que no existe una directiva comunitaria europea sobre publicidad testimonial razón por la cual omitiremos mayores referencias a normativas de dichas latitudes.

⁸ En el original, "testimonies", que, según la misma Guía, incluye los supuestos de "endorsements".

producto o servicio anunciado. La parte distinta al anunciante, cuyas opiniones, creencias, conclusiones o experiencia parecen reflejarse en el anuncio, será denominada testigo¹⁰; el cual puede ser un individuo, un grupo o una institución.¹¹

Asimismo, la Guía también establece ejemplos para aclarar la definición ofrecida; los cuales presentamos a continuación¹²:

- **Ejemplo 1:** La crítica de una película hecha por un crítico de cine se incluyó en un anuncio publicitario. Cuando fue usada, la crítica encajó en la definición de testimonial pues fue vista por los lectores como una declaración de la propia opinión del crítico y no como una de los productores de la película, del distribuidor o del exhibidor de la misma. En tal caso, cualquier agregado o extracción para cita del texto de la crítica que no refleje con justicia su sustancia podría ser una violación a los estándares de la publicidad testimonial.
- **Ejemplo 2:** Un comercial de televisión muestra a dos mujeres en un supermercado comprando detergente para ropa. Las mujeres no son identificables fuera del contexto del anuncio publicitario. Una le comenta a la otra cuán limpia queda la ropa de su familia con la marca que usa y la otra le comenta que probará ese detergente porque no está completamente satisfecha con la marca de detergente que usa. Esta obvia y ficticia dramatización de una situación de la vida real no calificaría como testimonial.
- **Ejemplo 3:** En un anuncio publicitario para un medicamento para aliviar el dolor, un presentador (que no es familiar para los consumidores, excepto como un portavoz de la compañía farmacéutica anunciante) resalta la eficacia del producto para proveer un rápido y duradero alivio del dolor. Su propósito es hablar no en base a su propia opinión, sino en lugar y en representación de la compañía farmacéutica. Dicho anuncio publicitario no podría ser considerado testimonial.
- **Ejemplo 4:** Un fabricante de neumáticos para autos contrata a un piloto profesional de carreras automovilísticas muy conocido para dar su mensaje publicitario en comerciales de televisión. En dichos comerciales, el piloto habla del manejo suave, resistente y de la larga vida de los neumáticos. Aunque en el mensaje no se declaró expresamente que se trataba de la opinión personal del piloto, dicho anuncio calificará, sin embargo, como publicidad testimonial sobre neumáticos. Muchos consumidores reconocerán a dicho individuo principalmente como un piloto de carreras y no simplemente como un portavoz del anunciante. Consecuentemente, ellos pueden pensar que el piloto no hablaría a favor de un producto automotriz a menos que en la actualidad creyera realmente en lo que está diciendo y tuviera conocimiento personal y suficiente para tener esa opinión. Así, los consumidores podrían pensar que el mensaje publicitario refleja tanto la opinión personal del piloto como la del anunciante del producto. Esa atribución de las opiniones hace que se deba calificar el anuncio como publicidad testimonial.
- **Ejemplo 5:** Un anuncio de televisión de pelotas de golf muestra a un prominente y muy conocido golfista pegándole a las pelotas de golf. Esto podría ser una especie de testimonio del golfista, a pesar de que no haga ninguna declaración verbal en el anuncio publicitario.

¹⁰ En el original "witness".

¹¹ Traducción libre.

¹² Traducción libre.

Lo anteriormente expuesto, que nos parece bastante claro para aprehender debidamente una noción de publicidad testimonial, se ve corroborado por quienes han efectuado algún estudio sobre esta figura.

En efecto, para algunos autores, la publicidad testimonial es aquella manifestación, expresa o tácita, de una persona o de un grupo de personas distintas del anunciante que **suscita entre los destinatarios la creencia de que el testigo es un experto o, al menos, posee experiencia que le permite refrendar el producto.**¹³ Para otros, dicha modalidad publicitaria es aquella que utiliza mensajes de personas que actúan como testigos, avalando con su presencia e imagen las bondades de un producto determinado; de modo tal que **el público es inducido a pensar** que dichas declaraciones reflejan las creencias, observaciones o experiencias de una persona distinta del anunciante.¹⁴

En nuestra opinión, resultan acertadas las definiciones propuestas pues hacen énfasis en que la publicidad testimonial se verifica **cuando el consumidor razonable considera** que el anuncio muestra la declaración de un tercero, distinto del anunciante, sobre su experiencia, opinión, creencia y/o sus conclusiones sobre el producto o servicio anunciado. Sin embargo, dichas definiciones no han sido recogidas apropiadamente en el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI.

Dicho precedente, en su primer punto, únicamente ha establecido lo siguiente:

"La publicidad testimonial tiene tres elementos característicos que la definen: a) interviene una persona distinta del anunciante; b) dicha persona no actúa como portavoz del anunciante; c) se presenta la opinión de la persona sobre el producto o servicio del anunciante".

Esta conceptualización, lamentablemente, es susceptible de abarcar anuncios que, formalmente, aparenten contener testimonios del público¹⁵; pero que, desde el punto de vista de un consumidor razonable, no sean más que simulaciones que no merecerían la calificación de publicidad testimonial.¹⁶

¹³ LEMA DEVEGA, Carlos. *Chile*, por: GALVEZ, María Antonieta, *Publicidad testimonial*. En: ESPINOZA, Juan y Pierino STUCCHI, *Normas de la publicidad*, Lima, Rodhas, 2006, p. 145.

¹⁴ DELGADO, Jaime y CACERES, Cosólogo, *Publicidad, Régimen Jurídico y Práctica Comercial*, Lima, Instituto de Derecho del Consumidor, 1993, p. 65.

¹⁵ Ese sería, por ejemplo, el caso presentado en la introducción de este artículo.

¹⁶ Una interpretación contraria puede llevar a situaciones inéditas.

Imaginemos que en un comercial de toallas higiénicas se ve a dos jóvenes modelos dentro de un camerino que, mientras posan para la cámara, mencionan las ventajas de una toalla higiénica con una propiedad específica (por: suave y brindar protección sin irritar la piel) y las desventajas de un género de toallas que no poseen dicha propiedad. La dramatización se torna más evidente si los modelos hacen gestos de molestia ante la cámara al referirse al género que no posee la propiedad aludida y, al mismo tiempo, sonríen y ríen al referirse a las ventajas de la nueva marca del anunciante.

Un anuncio como el señalado fue materia del Expediente No. 163-96-CCD, seguido por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sanitarios Saneola del Perú (Alguien dudaría de que se trata de una simulación! El lector dirá que no, reconociendo que, por no tratarse de publicidad testimonial, no sería necesario el cumplimiento de la regulación de esta materia. Sin embargo, es curioso constatar que un manejo equivocado de la noción de publicidad testimonial llevó a la denuncia a presentar copia de declaraciones juradas de los referidos modelos en las que alegaban que las afirmaciones expresadas en el anuncio eran auténticas y que se basaban en su experiencia personal reciente. Un tiempo después, dicho procedimiento llegó a discutirse en el Poder Judicial y, nuevamente, la empresa anunciante presentó las mismas declaraciones juradas para sustentar la legalidad de sus anuncios.

Una situación similar se presentó en el caso de las declaraciones de los supuestos testigos sobre la nueva bebida gaseosa; el mismo que ha sido desahogado en la introducción de este artículo. En esa oportunidad, resultaba evidente que no se trataba de publicidad testimonial; sin embargo, limitados por los aspectos formales, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal requirió al anunciante que acredite el cumplimiento de la regulación respectiva y esta empresa no hizo más remedio que presentar "declaraciones juradas" de los supuestos testigos para intentar no ser sancionada. Al final del procedimiento en primera instancia, uno de los miembros de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal descartó el mérito de dichos documentos y sostuvo, en un voto en discordia con el resto del colegiado, que el anuncio en cuestión, por ser una simulación, contravenía la regulación de la publicidad testimonial; reconociendo así, implícita pero erradamente, que el comercial era un

Hecha la aclaración, una pregunta práctica queda flotando: ¿Cómo se debe calificar, a partir de la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI, las referencias indirectas que hace el anunciante respecto de la declaración del testigo sobre su producto o servicio? Dicho de otro modo, ¿puede considerarse publicidad testimonial al hecho de que la declaración del testigo sea aludida por el anunciante sin incluirla literalmente? Veamos un ejemplo de esta situación (que, precisamente, es el caso analizado en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI).

Telefónica Móviles S.A. publicó en un reconocido diario un anuncio publicitario referido a su sistema de comunicación RPM, donde se empleaban las afirmaciones "La Red Privada Movistar (RPM) sigue creciendo junto con líderes empresariales como Avinka" y "Cámbiese a la RPM, el sistema de comunicación en red que, junto a la transmisión de datos de tercera generación, hará crecer su negocio. No lo decimos nosotros, lo dicen los grandes líderes: E. Wong, Laive, Gloria, Santa Isabel, Nestlé, Plaza Vea, entre otras grandes empresas. Haga que su negocio crezca mucho más".¹⁷

¿Estamos, realmente, ante publicidad testimonial o se trata, más bien, de una afirmación hecha por el propio anunciante sobre las supuestas opiniones de los consumidores corporativos mencionados en el anuncio? (No es "X dice que Y opina A", acaso, un supuesto asimilable a "X dice B"?)

En la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI, se consideró que la alusión hecha por el anunciante (Telefónica Móviles S.A.) a la opinión de terceros (E. Wong, Laive, Gloria, Santa Isabel, Nestlé y Plaza Vea) constituía un supuesto de publicidad testimonial. No obstante ello, consideramos que dicha interpretación es errada y ni siquiera coincide con la definición de publicidad testimonial que el propio INDECOPI acababa de establecer. En efecto nos preguntamos, ¿en qué parte del anuncio se da la intervención de una persona distinta del anunciante? La respuesta es obvia.

Simplemente, estamos ante publicidad comercial en su formato más común; aquel en el que el anunciante afirma diversas cuestiones en torno a sus productos o servicios. Claro está, esto no significa que dicho anuncio está exento de cualquier análisis. Por el contrario, éste debió ser analizado, de modo directo, a la luz del Principio de Veracidad que rige la actividad publicitaria y, dependiendo de si se transmitía un mensaje de carácter objetivo, ser declarado ilícito de no acreditar el anunciante la veracidad del contenido de su anuncio; sin que fuera necesario recurrir a la regulación de la publicidad testimonial. En el supuesto de que estuviéramos ante un mensaje publicitario subjetivo, solo cabría afirmar que se trataría, acaso, de un juicio estimativo o valorativo.

Una vez aclarada la noción de publicidad testimonial, la cuestión que debe zanjarse es cuándo resulta lícito el uso de testimonios en publicidad? Para responder a esta interrogante, a continuación revisaremos las condiciones legalmente establecidas por nuestra normativa vigente en materia publicitaria.

III. ¿QUÉ REQUISITOS GENERALES DEBE CUMPLIR LA PUBLICIDAD TESTIMONIAL?

El artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, establece lo siguiente:

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

¹⁷ Ejemplo de esta modalidad publicitaria. La Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI coincidió con este parecer.

Desde nuestro punto de vista, pese a los aspectos formales del anuncio, un consumidor razonable no interpretaría que éste contenía una declaración de un tercero sobre el producto anunciado; razón por la cual mal podría afirmarse que se estaba ante publicidad testimonial y menos aún que le resultaba de aplicación la regulación respectiva.

¹⁸ El resaltado es nuestro.

El lector podrá confirmar el anuncio aludido al final del presente artículo.

La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo⁸.

Como vemos, la norma parte de lo que se ha denominado el principio de licitud esencial de la publicidad testimonial; llevándonos una interpretación literal de la referida disposición a entender que, de manera excepcional, se admitirá el uso de la misma siempre que dicho uso cumpla con las siguientes condiciones:

1. El testimonio sea auténtico;
2. El testimonio está relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da; y,
3. La difusión del testimonio venga precedido de una autorización expresa y escrita del testigo.

No nos queda duda de que las tres (3) condiciones constituyen requisitos de licitud y que, por ende, deben concurrir para que se cumpla con el supuesto habilitante de la norma; no resultando posible, en este caso, que se atribuya a esas condiciones la naturaleza de características de la publicidad testimonial.

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, un requisito es una circunstancia o condición necesaria para algo⁹, en tanto que una característica se refiere a una cualidad, que da carácter o sirve para distinguir a algo o alguien de sus semejantes.¹⁰ Así, de entender que las referidas condiciones constituyen requisitos de licitud, tendríamos que el cumplimiento de las mismas legitimaría el uso de publicidad testimonial (y su incumplimiento devendría en ilícito); por el contrario, de asimilar tales condiciones a la noción de características o rasgos distintivos de un concepto, tendríamos que su verificación nos llevaría a considerar que estamos ante publicidad testimonial (y su omisión que no estemos ante este supuesto).

La discusión, acerca de si una determinada norma establece requisitos de licitud o características, no es nueva en nuestro medio. Un caso paradigmático es el que se ha producido en dos (2) oportunidades en torno a la condición de objetividad de la publicidad comparativa¹¹; lo cual ha supuesto que el INDECOPI, interpretando el artículo 8 de de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, haya generado sendos precedentes de observancia obligatoria que aprueban regímenes diametralmente divergentes en la materia.¹² Para el presente caso, la lógica que asumimos es similar a la que ha empleado el INDECOPI en la última de las referidas oportunidades.

En ese sentido, afirmamos que el artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, al hacer referencia a las formas verbales "sea"¹³ y "requiere"¹⁴, transmite la idea de obligación y no la noción de composición, tal como cuando la versión original de su artículo 8 hacía referencia a la forma verbal "debe ser" para regular la publicidad comparativa¹⁵;

⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, 22da. edición, Tomo IX, Madrid: Real Academia Española, 2001, p. 1326.

⁹ *Ibid.* Tomo III, p. 301.

¹⁰ Ver el Expediente No. 163-96-CCD, seguido por Procter & Gamble del Perú S.A. contra Productos Sastianos Saneada del Perú S.A. y el Expediente No. 051-2002/CCD seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.

¹¹ El cambio de interpretación se debió a disparidad de criterios entre los miembros del órgano que resolvía en uno y otro caso. Los integrantes de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI al momento de la emisión del primer precedente de observancia obligatoria eran distintos a los que la integraban al momento de establecerse en una resolución bastante posterior el segundo precedente. Asimismo, cabe anotar que las normas aplicables variaron en ambos casos.

¹² Dicha norma, en la parte pertinente, contiene la siguiente expresión: "...a menos que sea auténtico (...). (El resultado es nuestro)

¹³ Dicha norma, en la parte pertinente, contiene la siguiente expresión: "La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere (...). (El resultado es nuestro)

¹⁴ La versión original del artículo 8 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo No. 691, señalaba lo siguiente:

entendiéndose, conforme al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, que "deber" es "estar obligado a algo por la ley divina, natural o positiva".²⁵

Resuelta esta inquietud y una vez corroborado que las condiciones previstas en el artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, constituyen requisitos de licitud, es necesario que se efectúe a continuación un análisis pormenorizado de ellas; de modo que se brinde al lector herramientas para determinar cuándo se cumplen las mismas, quedando legitimado el uso de publicidad testimonial²⁶, y cuando no, deviniendo dicho recurso publicitario en ilícito.

I. Autenticidad del testimonio

I.1. Cuestión previa

Ya en una oportunidad anterior el INDECOPI se ha pronunciado sobre el requisito de licitud vinculado a la autenticidad del testimonio. En efecto, en la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI dicha institución ha señalado que "(...) el artículo 5 del Decreto Legislativo No 691 recoge una manifestación del principio de autenticidad, el cual, a su vez, es una sub-especie del principio de veracidad. La autenticidad del testimonio se encuentra referida, en general, a la experiencia real del testigo con el producto".²⁷

Sobre el particular, es necesario aclarar que la norma legal a la cual hace referencia el INDECOPI no recoge una manifestación del Principio de Autenticidad que rige la actividad publicitaria. El requisito de licitud vinculado a la autenticidad del testimonio, como explicaremos a continuación, dista largamente de la función que se reconoce a dicho principio.

Tal como se menciona en un documento recientemente difundido por el INDECOPI²⁸, "(...) el principio de autenticidad exige que el consumidor pueda reconocer en todo momento cuándo un anunciante le dirige una comunicación publicitaria a través de un anuncio o de una campaña publicitaria. Por ello los anuncios deberán distinguirse claramente como tales, cualquiera que

²⁵ Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no dirige a los competidores ni confunde a los consumidores.

Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados". (El resultado es nuestro).

²⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Dic. Cit.*, Tomo IV, Madrid: Real Academia Española, 2001, p. 493. Citado por: NODA, Carlos, *Libertad de expresión, competencia y publicidad. Consideraciones acerca de las afirmaciones subjetivas en la publicidad comparativa*. En: *Revista las Veritas*, No 27, Lima, 2003, pp. 309-310.

Este autor señala, a modo ilustrativo, que "[...] un anuncio que compare dos productos a fin de resaltar las ventajas de uno sobre el otro, pero que lo hace sobre la base de un elemento subjetivo como, por ejemplo, la belleza, constituye publicidad comparativa ilícita. La falta del requisito de licitud de objetividad no le priva la naturaleza de publicidad comparativa, simplemente lo hace ilegítima".

²⁷ Claro está, estamos presuponiendo que no se ha de verificar la infracción de ninguna otra norma publicitaria, pues, evidentemente, la mera concurrencia de dichos requisitos de licitud no torna automáticamente lícito a un anuncio publicitario si no se cumple íntegramente la normativa vigente en materia publicitaria.

Sobre este particular, coincidimos con lo señalado por el INDECOPI en el punto segundo del precedente que es objeto de este artículo, en el sentido de que:

"El artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor promueve el uso de testimonios en la publicidad como instrumento de la acción de concurrencia; sin embargo, como en el caso de cualquier otra modalidad publicitaria y en tanto es expresado a través de un anuncio, la publicidad testimonial se encuentra sometida, también, a los principios que rigen la actividad publicitaria en general y al principio de veracidad en particular".

²⁸ El resultado es nuestro.

Como puede apreciarse, en la cita efectuada se sostiene que el Principio de Autenticidad es parte del Principio de Veracidad. Si bien es cierto que una crítica a esta conclusión escapa al objetivo de este artículo, queremos manifestar que dicha posición fue sostenida en un primer momento por FERNÁNDEZ-NOVOA, quien finalmente se retractó. Confrontar FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, *La Publicidad oculta. Comentarios a la Resolución del Jurado Central de Publicidad de 15 de octubre de 1975*. En: *Estudios de Derecho de la Publicidad*, Santiago de Compostela, 1989, p. 197; y, para su posición original, FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos, *La infracción jurídica de las expresiones publicitarias*. En: *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1968, p.19.

²⁹ INDECOPI, *ABC de preguntas y respuestas sobre la regulación publicitaria*. Lima: INDECOPI, 2006, p. 29.

sea su forma y el medio empleado para su difusión. Frecuentemente ocurre que los anuncios son difundidos a través de medios de comunicación social tales como periódicos, revistas, radio o televisión, por lo que se exige que cuando un anuncio aparezca en un medio que contenga noticias, opiniones, o material recreativo, se debe presentar de tal forma que sea reconocible como anuncio. Ello, con la finalidad de que no se confunda con el contenido informativo, periodístico, de opinión o de cualquier otra índole que presenta el propio medio de comunicación social.²⁹

Como puede corroborarse, el Principio de Autenticidad busca que el anunciante revele el carácter publicitario de sus anuncios; con la finalidad de que los consumidores puedan advertir que quien se dirige a ellos tiene la intención de persuadirlos a que consuman sus productos o servicios. Por su parte, la lógica que está detrás de la autenticidad que se le exige a los testimonios empleados en publicidad es distinta. Estos testimonios son empleados en anuncios que, *prima facie*, son claramente distinguibles como tales y cuyo carácter publicitario es evidente; por lo que en estos casos no es el cumplimiento del Principio de Autenticidad lo que está en discusión.

Ciertamente, el deber de autenticidad que los anunciantes deben observar cuando empleen testimonios en publicidad se funda en la idea de que la distancia que guardan los consumidores respecto de los testigos que participan en publicidad es menor que aquella que tiene el público en relación con el propio anunciante; a la vez que la confianza depositada por los consumidores en los testigos es largamente mayor que la que el público deposita en el anunciante.

Así las cosas, la autenticidad que se le exige a los testimonios empleados en publicidad impide que los empresarios presenten como experiencias de terceros lo que, en verdad, sería su propio parecer sobre los productos o servicios anunciados y/o no hubiera ocurrido en la realidad; circunstancia que, de permitirse, influiría indebidamente en la percepción que los consumidores pudieran tener de dichas prestaciones y sería susceptible de favorecer ilegítimamente las preferencias del público por estas.

1.2. Alcances del requisito de licitud

El deber de autenticidad que los anunciantes deben observar cuando empleen testimonios en publicidad se cumple, en un primer momento, cuando la declaración del tercero se funda en una experiencia de consumo real y es brindada voluntaria y espontáneamente; sin que el anunciante oriente, fuerce o altere el contenido de la misma.

Conviene aclarar que dicho deber solo resulta aplicable cuando estamos ante publicidad testimonial y no frente a simulaciones publicitarias que, como hemos señalado anteriormente, un consumidor razonable no interpreta como declaraciones de terceros.³⁰

²⁹ Cabe precisar que este mismo razonamiento, que recoge lo dispuesto en el artículo 6 de la Norma de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo No. 691, ya había sido efectuado en el precedente de observancia obligatoria sobre publicidades que está contenido en las Resoluciones No. 0289-97/TDC-INDECOPI y No. 0041-1998/TDC-INDECOPI.

³⁰ Por tal razón, no resulta apropiado sostener que una simulación como la indicada constituye un incumplimiento del referido deber de autenticidad. Curiosamente, podemos encontrar pronunciamientos del INDECOPI en este sentido. Así, en el Expediente No. 051-2002/CCD (seguido por The Coca-Cola Company contra Embotelladora Don Jorge S.A.C. y Panorama Internacional S.A.), uno de los miembros de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal sostuvo erradamente, en un voto en discordia con el resto del colegiado, que "[...] las personas que aparecen en el anuncio materia de denuncia no están brindando su testimonio sino que estas manifestaciones constituyen una ocasión de dichas personas que pretende ser presentada como testimonio, situación que es susceptible de engañar a los consumidores al presentar como una declaración espontánea una manifestación suscitada entre el anunciante y las personas que aparecen en el anuncio materia de denuncia a fin de dar a entender a los consumidores la existencia de una identidad entre el saber de las bebidas Perú Cola y Coca Cola. En este orden de ideas, la forma en la cual ha sido estructurada el anuncio materia de denuncia así como la manera como se presentaron estas declaraciones de las personas que aparecen en el mismo inducen a error a los consumidores al darle a entender que se trata de manifestaciones voluntarias y espontáneas de quienes las brindan cuando en realidad se trata de la opinión del propio

Ahora bien, es evidente que el incumplimiento del deber en cuestión no afecta la calificación del anuncio como publicidad testimonial pues, como indicamos en el punto II precedente, estaremos ante esta modalidad publicitaria cuando un consumidor razonable, luego de ver el anuncio publicitario, considere que contiene la declaración de un tercero sobre su experiencia, opinión, creencia y/o sus conclusiones acerca del producto o servicio anunciado, independientemente de si, en el fondo, dicha declaración resulta auténtica en el sentido indicado al inicio de este literal o no lo es.¹⁷ Por tal razón, de incumplirse el deber de autenticidad que los anunciantes deben observar cuando empleen testimonios en publicidad, lo que cabría concluir es que se tratará de un supuesto de publicidad testimonial ilícita y, concretamente, de publicidad engañosa.¹⁸ Evidentemente, la razón de dicho reproche radica en que el uso en publicidad de testimonios inauténticos es capaz de incrementar indebidamente la confianza de los consumidores en el mensaje publicitario que les es transmitido; confianza que se debería a que, supuestamente, dicho mensaje provendría de terceros no relacionados con el anunciante.

Teniendo clara la justificación del requisito de licitud materia de análisis, es necesario que se establezca cuándo se considera probado el cumplimiento del mismo.

De algún modo, un estándar probatorio apropiado no puede desconocer que, por su propia naturaleza, las declaraciones de los testigos dan cuenta de eventos ya ocurridos y cuyo acaecimiento y contenido resulta relativamente imposible de probar; por lo cual, inclusive, se ha llegado a sostener que corresponden al fuero interno del testigo y que, en gran medida, solo pueden ser corroborados con la declaración jurada del mismo.

Sobre el particular, llama la atención que el precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial, en su cuarto punto, parece imponer a los anunciantes la obligación de probar el contenido de los testimonios empleados en sus anuncios¹⁹; tal como se sugiere a continuación:

anunciante presentado como una declaración de un tercero; de esta manera, los consumidores son engañados y se les motiva a adoptar una decisión de consumo influenciada a sus intereses, aprovechándose de manera indebida del prestigio de Coca Cola'. Al momento de resolver en segunda instancia el mismo expediente, la Sala de Defensas de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, desde nuestro punto de vista, tampoco acertó al referir que estaba un anuncio publicitario que no cumplía el requisito de autenticidad.

¹⁷ La autenticidad del testimonio es, en todo caso, una característica de éste y no de la publicidad testimonial. En ese sentido, de no verificarse dicha autenticidad, solo podría decirse que no estamos ante un testimonio en sentido estricto para nunca que no estamos ante publicidad testimonial si, desde un punto de vista formal, así la percibe un consumidor razonable.

¹⁸ En este mismo sentido se pronunció expresamente el inciso 1) del artículo 8 del Proyecto de Ley de Reproducción de la Competencia Desleal preparado por el INDECOPI, al referir que "los actos de engañe podrán consistir, enunciativamente y a manera de ejemplo, en: (...) Difundir, bajo la apariencia de publicidad testimonial, anuncios no sustentados en experiencias auténticas y recientes del producto testeado".

¹⁹ A propósito, este tipo de razonamiento comenzó a evidenciarse en algunos pronunciamientos recientes. Así, en las Resoluciones No. 074-2005/CCD-INDECOPI y No. 0338-2006/TDC-INDECOPI (Expedientes acumulados No. 027-2005/CCD, No. 030-2005/CCD y No. 067-2005-CCD, seguidos de oficio y por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios contra el Instituto Científico Naturista S.A.C. -INCINA, y Víctor Medina Peña), el INDECOPI sancionó al Instituto Científico Naturista S.A.C. (representado por el señor Víctor Medina Peña) por no cumplir, entre otras cosas, con el deber de autenticidad que los anunciantes deben observar cuando empleen testimonios en publicidad. INCINA había publicado anuncios en diarios, reparto en cartitas y empleado una página web a fin de referirse al señor Víctor Medina Peña como "El vecedor de la diabetes y otras enfermedades insulares". "El caso clínico más importante de nuestra época: ha descubierto la cura de la diabetes y otras enfermedades insulares". Asimismo, se presentaban testimonios de diferentes personas que avalaban una eficaz labor profesional del anunciante; entre ellas, uno de Juan Carlos Ferrnando (artista, hijo de quien fue un popular presentador de televisión, Augusto Ferrnando) en el que éste afirmaba lo siguiente: "Esto es un milagro de Dios, si mi familia hubiera [sic] creído en Víctor Medina, ahora estarían conmigo". En su oportunidad, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal estableció que:

"Los testimonios utilizados no gozan de autenticidad, en tanto que los medios publicitarios que afirman en el expediente no acreditan de modo fehaciente: (i) que los testigos hayan padecido la enfermedad diabetes; (ii) los efectos supuestamente permanentes e irreversibles del tratamiento sobre la salud de los testigos, respecto de la diabetes; y (iii) que su experiencia de consumo se deba única y exclusivamente al tratamiento proporcionado por INCINA".

Por su parte, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI refirió lo siguiente:

"Al respecto, será que si uno de estos testimonios en la publicidad sea ilícito, no basta con acreditar su existencia o verdad de la autorización de la persona que lo brinda, sino que se requirirá que el anunciante cuente previamente con los estudios y pruebas

"Para que el testimonio sea auténtico en su emisión, debe responder a la experiencia real del testigo con el producto o servicio, lo que implica que éste haya probado o haya hecho uso del producto o servicio (...)".

¿Hasta qué punto una exigencia como la planteada pueda tomar en prohibitivo el empleo de publicidad testimonial por parte de los agentes económicos? ¿Podría conllevar la significativa elevación de los costos de transacción de la publicidad? No debe perderse de vista que una lectura maximalista de lo propuesto por el precedente objeto de comentario podría llevar a despropósitos que deben ser evitados. Así, por ejemplo, ¿qué debería hacer una empresa de telefonía celular, que planea promocionar la cobertura de sus servicios mediante la exhibición del testimonio real de un chofer de unidades de transporte público interprovincial, para cumplir con el deber de autenticidad al cual hemos hecho referencia? ¿Si el testimonio consistiera en la expresión *"Con mi equipo celular de la empresa X puedo hablar con quien quiero en cada uno de mis continuos viajes por la costa, sierra y selva del país"*, bastará que cuente con documentación que demuestre que el chofer viaja constantemente por las tres (3) regiones del Perú y que es usuario de los servicios del anunciante? ¿Será necesario, además, que demuestre que todas y cada una de las veces que ha viajado dicho sujeto ha podido comunicarse mediante el equipo celular que adquirió del anunciante? ¿Cómo se podría probar el uso de los productos o servicios anunciados cuando no se dé una utilización continua de los mismos y se trate de bienes que no generen registros informáticos, como los de consumo masivo?

Creemos que estamos ante un escenario que el INDECOPI debe afrontar sin incurrir en exigencias excesivas que, sin brindar mayor protección a los consumidores, entorpezca la actividad publicitaria de quienes pueden tener el interés legítimo en el empleo de publicidad testimonial.

1.3. Relaciones entre el anunciante y el testigo

Para finalizar, queremos resaltar que la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI ha omitido pronunciarse sobre cómo se afecta la autenticidad del testimonio si existe algún tipo de relación o vínculo entre el anunciante y el testigo.

La Guía relativa al uso de testimoniales en publicidad de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América **no impide la difusión publicitaria de tal tipo de testimonio**, limitándose a exigir, en estos casos, la revelación obligatoria de aquella información que sea relevante.¹⁴

documentales necesarias que respalden el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en él, exigencia que no se cumplió en este caso.

En el expediente únicamente obran copias de análisis clínicos que ponen en evidencia una reducción en los niveles de glucosa en la sangre de las personas que brindan los testimonios, pero no se ha demostrado que dicho reducción sea permanente o que sea consecuencia directa del tratamiento desarrollado por el señor Medina, y no por la presencia de otro factor causalmente.

El INCIMA pretende que se otorgue a los testimonios, por sí solos, eficacia probatoria para demostrar las propiedades curativas del tratamiento que ofrece en su publicidad, sin tener en cuenta que, sin el sustento correspondiente, las declaraciones contenidas en los testimonios únicamente tienen carácter subjetivo.

Resulta anecdótico que la página web en la que se verificaron los testimonios de personas supuestamente curadas de diabetes por el señor Víctor Medina Peña (www.dialytesisour.com), hasta el momento en que se finalizó la redacción del presente artículo, continuaba operando.

¹⁴ Traducción libre de la sección 255.5 (revelación de información sobre conexiones materiales), según la cual:

"Cuando exista una conexión entre el testigo y el anunciante del producto que puede afectar materialmente el peso o la credibilidad del testimonio (por ejemplo, cuando la conexión entre ambos no es razonablemente esperable por la audiencia), esa conexión debe ser plenamente revelada. Un ejemplo de una conexión que es razonablemente esperable por los consumidores y no necesita ser informado es el pago o promesa de pago a un testigo que es un experto o una personalidad muy conocida en la medida que el anunciante no se le espera que se publicará testimonios si se ha dado sin compensación. En cada caso, cuando el testigo no se le presencia en la publicidad testimonial como un experto ni es conocido por una porción significativa del público, entonces el anunciante deberá claro y comprensiblemente informar acerca del pago o de la promesa de compensación previa dado o cambio del testimonio, o bien si el testigo usó o usó servicios para saber o creer que, si el testimonio favorecía al producto anunciado, podría obtener alguna ganancia de ello (como lo operado en televisión).

Ejemplo 1: Una compañía farmacéutica otorga a una muy conocida organización de investigación científica una evaluación de algunos de sus productos. La compañía farmacéutica paga un sustancial porcentaje de los gastos del proyecto de investigación, pero

En nuestra opinión, estas disposiciones resultan acertadas; en particular, si nos encontramos ante un testimonio por el que el anunciante hubiera pagado un contraprestación al testigo.³⁵ En ese sentido, el INDECOPI debería considerar que, aún cuando se verifique alguna relación entre el anunciante y el testigo, no se produce automáticamente un incumplimiento del requisito de licitud materia de análisis; siempre que, con la rigurosidad del caso, se acredite que la declaración del testigo se funda en una experiencia de consumo real.

2. Carácter reciente de la experiencia en la que se basa el testimonio

El artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, señala que *“Los anuncios no deben contener o referirse a ningún testimonio, a menos que sea auténtico y relacionado con la experiencia reciente de la persona que lo da (...)”*.

Por su parte, el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI, al tratar este requisito de licitud, ha establecido lo siguiente:

“(...) Además, es necesario que dicha experiencia sea ‘reciente’. Un testimonio que en su oportunidad fue verdadera, pero que al momento de su difusión ya no tiene vigencia, no podría considerarse auténtico”.³⁶

Dada la identidad que propone el INDECOPI entre un testimonio reciente y uno vigente, conviene ahondar en este aspecto y determinar, finalmente, si en este caso estamos ante una interpretación válida de los requisitos de licitud previstos en el artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691.

el diseño de las pruebas está bajo el control de la organización de investigación. En un anuncio publicitario posterior la compañía farmacéutica menciona a los resultados de la investigación como ‘las conclusiones de la más conocida organización de investigación científica’. El pago del anunciante de los gastos de la organización de investigación científica no necesitan ser informados en el anuncio (...)

Ejemplo 2: Una estrella de cine hace un testimonio publicitario sobre un producto alimenticio en particular. El testimonio se centra en el sabor y en sus preferencias individualizadas. Este testimonio publicitario por supuesto debe cumplir los requisitos previstos de la Guía que la sanciona aplicables, pero a pesar de que la contraprestación pagada al testigo pueda ser sustancial, si el hecho de que el actor haya aceptado el pago ni el monto de la compensación requieren ser revelados.

Ejemplo 3: Un cliente real de un restaurante, quien no es conocido por el público ni presentado como un experto, es invitado anónimo en la barra. Se le pregunta se agrada ‘espumosos’ de una nueva comida servida en el restaurante. Asimismo primero que el anunciante ha colocado una señal en la puerta del restaurante informando a todos los que entran ese día que serán entrevistados por el país a la credibilidad de los testimonios de los consumidores y entonces el público del anuncio debe estar claro y conspicuamente informado de las circunstancias bajo las cuales el testimonio se ha obtenido. Asimismo, alternativamente, que el anunciante no ha colocado una señal en la puerta del restaurante, pero informa a todos los comerciales entrevistados acerca de la ‘cámara escondida’ solo después de que se han tomado los testimonios y los clientes no tuvieron razones para creer que sus respuestas serían grabadas para usarse en un anuncio publicitario. Incluso si después de tomados los testimonios se les comunica a los testigos que pueden recibir un pago por el uso de sus opiniones en el anuncio publicitario, no sería necesario revelar dichos hechos.³⁷

³⁵ Al respecto, además, hacemos extensiva al caso de la publicidad testimonial la noción de “contraprestación” que es utilizada en relación con los public-reportajes; en particular, porque creemos necesario que se emplee una noción amplia que no esté circunscrita a la mera entrega de una suma de dinero. Así, entre otros, podría entenderse por “contraprestación” a la entrega de productos o la prestación de servicios producidos por el anunciante al testigo a cambio de su testimonio.

³⁶ Igualmente, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal afirmó en la Resolución No. 095-2005/CCD-INDECOPI, al conocer al mismo caso en primera instancia, lo siguiente:

“Este requisito está referido a que la declaración mantenga vigencia en el momento en que se transmite al público. Por ello, serán ilícitos aquellos testimonios obtenidos, ya sea en función del tiempo transcurrido o debido a cambios ocurridos en el producto o en las circunstancias que motivaron el testimonio originalmente”.

En el presente caso, respecto de los testimonios referidos por Telefónica en el anuncio denunciado que han cumplido a la vez, con los requisitos de existencia de declaraciones expresas y escritas de los testigos, y de autenticidad, según por el artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, solamente queda subsistente el testimonio de Lucre que también cumple con el requisito de referirse a una experiencia reciente del uso del servicio RPM, conforme se aprecia de su conversación de fecha 18 de febrero de 2005.

En este sentido, conforme a lo expuesto, la Comisión considera que debe declarar fundada la denuncia contra Telefónica por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, debido a que de los cinco

Debemos mencionar que algún autor nacional, con anterioridad a que se dicte la resolución objeto del presente artículo, ha señalado que existen dudas sobre el enunciado normativo que tratamos en los párrafos precedentes.³⁷ En nuestra opinión, sin embargo, la cuestión es bastante clara.

En estricto, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, la voz "reciente" hace referencia a una expresión temporal; la misma que significa "que ha sucedido hace poco".³⁸ En este contexto, nótese que la voz "reciente", tal como es empleada en el artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, no puede ser entendida de otro modo que no sea como una expresión de escasa distancia temporal entre la **experiencia** en la que se basa el testimonio y la **utilización publicitaria del mismo**.³⁹

Esta interpretación literal, por lo demás, se ve validada por la lógica. En efecto, si aceptáramos una tesis distinta, tendríamos que la asignación de la titularidad del derecho produciría efectos económicos poco deseados.⁴⁰ De interpretarse la voz "reciente" como lo proponemos, el anunciante solo sería responsable de verificar que el testimonio obtenido corresponda a una experiencia que, de acuerdo al producto o servicio anunciado, pueda ser considerada virtualmente contemporánea; obligándose el anunciante a asumir costos de búsqueda de información que realmente puede monitorear. Por el contrario, si equiparáramos la voz "reciente" al término "vigente", el anunciante se vería obligado a establecer un mecanismo de supervisión sobre las opiniones que el testigo tenga del producto o servicio anunciado durante cada instante del tiempo que sea difundido el anuncio testimonial; ya que un cambio en la opinión de dicho sujeto convertiría inmediatamente al anunciante en un infractor de la disposición publicitaria materia de comentario ¿Cuán costoso sería para los empresarios, bajo esta interpretación, supervisar la "vigencia" de los testimonios que empleen en su publicidad? La respuesta no deja de preocuparnos.

En tal sentido, consideramos que el INDECOPI erra cuando interpreta que el uso publicitario de testimonios está condicionado a que estos representen la opinión actual del testigo; sobre todo si, para evitar cualquier inducción a error que la norma quiera proscribir, bastaría con que los mismos correspondan efectivamente a una experiencia que, de acuerdo al producto o servicio anunciado, pueda ser considerada contemporánea. No debe olvidarse a este respecto que la finalidad del requisito de licitud materia de análisis es garantizar que los testimonios que se empleen en publicidad, de versar sobre características comprobables de los productos o servicios anunciados, reflejen lo que actualmente puedan obtener de ellos la generalidad de los consumidores. Así, resultaría engañoso el uso de un testimonio que verse sobre un producto o servicio cuyas características, a la fecha, ya hubieran variado o respecto del cual el estado de la ciencia ya hubiera avanzado lo suficiente como para invalidar la declaración del testigo. En estos casos, resultaría flagrante la infracción del Principio de Veracidad que rige la actividad publicitaria.

testimonios referidos por teléfono en el servicio denunciado, solamente uno cumple con lo exigido por las reglas específicas para publicitar testimonios".

³⁷ Así, GÁLVEZ ha sostenido que "(...) la noción de 'reciente' podría presentar tal vez alguna dificultad, ya que pareciera estar más relacionado a cuestiones del tiempo transcurrido entre la experiencia con el producto o servicio, el otorgamiento del testimonio y la difusión de dicho testimonio. Sin embargo, consideramos que 'reciente' debería ser entendido también como 'vigente' pues de lo contrario un testimonio que en su oportunidad fue verdadero, pero que al momento de su difusión ya no tiene vigencia (porque, por ejemplo, el testigo cambió de opinión respecto del producto o servicio), constituiría un acto de engaño o lo consideraría". (El resultado es similar)

GÁLVEZ, María Antonieta. *Publicidad testimonial*. Ed. ESPINOZA, Juan y Pierina STUCCHI, Keimas de la publicidad, Rodhas, Lima 2006, p. 146.

³⁸ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Op. cit., Tomo IX, p. 1295.

³⁹ Decartamos, desde ya, que la voz "reciente" pueda hacer alusión a una escasa distancia temporal entre la experiencia del testigo y la declaración que él sobre la misma hace, desde un punto de vista publicitario, este período de tiempo no tiene relevancia jurídica sobre todo si el uso de dicha declaración se efectúa con mucha posterioridad. Con mayor razón, también conviene de sentido valorar la voz "reciente" como una escasa distancia temporal entre la declaración en sí y la difusión del anuncio publicitario sobre todo si la experiencia fuera significativamente lejana al uso publicitario del testimonio.

⁴⁰ CALABRESI, Guido y Douglas MELAMED, *Reglas de Propiedad, Reglas de Responsabilidad e Inalienabilidad: Un Viaje a la Católica*. Ed. Themis - Revista de Derecho, No. 21, Lima, 1992.

Ahora bien, lo cierto es que el INDECOPi ya adoptó una interpretación diversa a la que proponemos; razón por la cual solo nos queda esperar que dicha institución lleve a cabo una aplicación razonable del criterio contenido en el precedente de observancia obligatoria materia de comentario.⁴¹ Lo aconsejable es, dado ese contexto, que se sancione el uso publicitario de un testimonio que ya no esté vigente solo si, luego de transcurrido un plazo razonable desde que el anunciante estuvo en posibilidad de conocer la variación de la opinión del testigo, el anuncio testimonial no fuera rectificado.⁴²

3. Autorización del testigo

Conforme al artículo 5 *in fine* de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, "La difusión de un testimonio con fines publicitarios requiere de una autorización expresa y escrita del testigo".⁴³

El fundamento de este requisito de licitud tiene una doble vertiente.

Por un lado, ha sido establecido en salvaguarda del derecho a la voz y a la imagen que el testigo tiene constitucionalmente reconocidos⁴⁴; al mismo que también halla protección en normas nacionales de rangos inferiores⁴⁵ y a nivel comparado. De tal modo, se ha reconocido como derecho

⁴¹ Ver, sobre el particular, la Resolución No. 0297-2004/TDC (emitida en el Expediente No. 106-2003/CCD, seguido por Tim Perú S.A.C. contra Telefónica Móviles S.A.).

En dicho caso, Tim Perú S.A.C. denunció a Telefónica Móviles S.A.C. porque difundía anuncios en paneles y en escuchas de pasaje aéreo donde se afirmaba que en el mercado de telefonía celular Telefónica Móviles S.A. representaba a los "únicos con cobertura en los 24 departamentos del Perú". Si bien dicha afirmación era veraz cuando los anuncios empezaron a ser difundidos, devino en falsa cuando Tim Perú S.A.C. también amplió su cobertura de telefonía celular a los 24 departamentos del Perú.

En esa oportunidad, aunque una aplicación estricta y objetiva del Principio de Veracidad aconsejaba imponer una sanción a la denunciada, el INDECOPi señaló lo siguiente:

"[...] La Sola considero que en caso de que un anunciante se encuentre difundiendo un anuncio que contaba con el debido sustento al inicio de su difusión, pero que dejó de ser cierto por circunstancias no imputables al anunciante, debe contar con un tiempo razonable desde que estuvo en posibilidad de conocer tal hecho, para adecuar su publicidad o, de ser el caso dejar de difundirla."

(...)

De no ser así, el sólo hecho de que la oferta de una empresa iguale o supere a aquella de sus competidoras, podría generar de manera automática que éstas intaran en infracción a las normas de publicidad al estar difundiendo los anuncios de sus productos, pese a que se hubiese verificado diligentemente que al iniciar la difusión de sus anuncios las afirmaciones contenidas en ellos están debidamente sustentadas, lo que no es una finalidad querida por la ley ni una conducta razonable que pueda ser exigida a las anunciantes (...)"

⁴² Sobre el particular, una posición similar se mantiene en la sección 255 I (consideraciones generales) de la Guía relativa al uso de testimonios en publicidad de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América; tal como se aprecia en la siguiente traducción libre:

"(b) [...] Las anunciantes pueden emplear el testimonio de un experto o un personaje notable o célebre, sólo en tanto tengan buenas razones para creer que el testigo continúa suscribiendo la opinión presentada. Los anunciantes pueden satisfacer esta obligación confirmando la opinión del testigo en intervalos razonables, donde la razonabilidad se determinará por factores tales como nueva información de la "performance" o efectividad del producto, una alteración material del producto, cambios en la "performance" de los productos competidores y obligaciones establecidas en el contrato del anunciante."

(c) En particular, cuando en el anuncio se indica que el testigo usó el producto olvidado, el testigo tiene que haber sido un usuario de buena fe al momento en que el testimonio fue creado. Adicionalmente, el anunciante podrá seguir difundiendo el anuncio sólo en la medida de que tenga buenas razones para creer que el testigo continúa siendo un usuario de buena fe del producto. Véase el 255 I (b) respecto al requisito de "buena razón para creer".

Ejemplo 1: Una cooperativa de edificios rurales en un anuncio publicitario que utiliza la pintura para paredes exteriores de un anunciante por sus notables propiedades de secado rápido y por su duración. Este publicidad testimonial debe cumplir con las requisitos previstos de la Guía 3. Subsiguientemente, el anunciante reformula su pintura para permitir que cubra superficies exteriores con sólo una capa. Antes de continuar utilizando el testimonio de la contratista, el anunciante debe contactar a para determinar si la contratista continuará usando la pintura y suscribir sus opiniones presentadas con anterioridad."

⁴³ En términos generales, la autorización escrita podría tener la siguiente estructura: "Yo, X, otorgo expresamente a Y para que difunda mi testimonio sobre el uso del producto/servicio A, sobre el cual ofrezco B opinión que resulta auténtica y que se basa en mi experiencia personal reciente. Fecha: _____ Firmado del testigo". La fórmula mostrada, evidentemente, no obsta a que el testigo, en libre ejercicio de su autonomía, pudiera condicionar temporalmente o por otra(s) variable(s) el uso de su declaración.

⁴⁴ Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho: [...] 7) Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.

⁴⁵ Código Civil

fundamental que la voz y la imagen de la persona no pueden ser difundidas sin su consentimiento, salvo excepciones.⁴⁴ Además está recordar que dicho derecho, como muchos otros de la persona, se proyecta no solo en la esfera personal sino también en la esfera patrimonial de su titular⁴⁵ y le permite a éste cautelar sus legítimos intereses, si bien con alcances y significados diferentes.

En segundo lugar, consideramos que el artículo 5 *in fine* de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo No. 691, establece una garantía para el testigo. Así, habiéndose asegurado que el anunciante podrá difundir publicidad testimonial solo después de que el testigo respectivo autorice el uso publicitario de su testimonio⁴⁶, se atenúa el riesgo de que el anunciante opte, a su leal saber y entender, por editar o interpretar la declaración original del testigo y la emplee en una forma que no sea la autorizada.⁴⁷

Una vez aclarada la función del requisito de licitud materia de análisis, resta establecer las consecuencias de su incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

De acuerdo a lo expresado por el inciso f) del artículo 8 del Proyecto de Ley de Represión de la Competencia Desleal preparado por el INDECOPI, si no se cumple con obtener la autorización en cuestión estaremos ante un supuesto de publicidad engañosa.⁴⁸ Lo mismo parece sugerirse en el punto 3 del precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial, ocasión en la que, como mostramos a continuación, se vincula dicho requisito de licitud con el Principio de Veracidad:

Artículo 15.- La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el consentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, sucesivamente y en ese orden (...).

⁴⁴ Al respecto, puede verse, entre otros, SANTAELLA, Manuel, *Derecho de la publicidad*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 205-220.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 205.

⁴⁶ En este punto, resaltamos que lo que exige el artículo 5 *in fine* de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, es solo una "autorización para el uso publicitario del testimonio" y no una "aprobación del anuncio testimonial". Así lo indica una interpretación literal de dicha norma, que en este caso nos parece la más adecuada. Sin embargo, esto no quiere decir que la "autorización para el uso publicitario del testimonio" no sea revocable; por el contrario, dicha revocación podría efectuarse, incluso, ya estando en plena difusión el anuncio testimonial. Claro está, el testigo tendrá que someterse a las responsabilidades que se pudieran generar, por ejemplo, si el anunciante requiere una compensación por las sumas invertidas en la producción del anuncio.

⁴⁷ Sobre este último particular, si bien no es obligación del anunciante presentar en el anuncio el testimonio íntegro del testigo, sí es su obligación asegurarse de que lo que difunde no desvirtúe el sentido del mensaje presente en su declaración. Así, además, lo ha entendido el INDECOPI en el punto 5 del precedente citado en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI; tal como se aprecia a continuación:

"El anuncio que incluye publicidad testimonial (recitar testimonios), debe respetar estrictamente lo acordado por el testigo. Si el testimonio es presentado de manera tal que implique una alteración de su contenido o el real sentido de sus opiniones, o signifique un uso ambiguo o equívoco de dicho testimonio, se estará configurando una infracción al principio de veracidad en tanto se induce o error a los consumidores". (La aclaración es nuestra)

Existe, en materia publicitaria, un caso muy conocido en el que se discutó el uso no autorizado, que llevó a cabo con fines promocionales una determinada empresa, de las declaraciones que dio una persona en una conferencia de prensa. El caso llegó hasta la Corte Suprema, quien emitió la Casación No. 2162-97 del 18 de junio de 1998, lográndose, a través de la aplicación del artículo 5 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo No. 691, un ensanchamiento del ámbito de protección de personas físicas regulado en el artículo 15 del Código Civil. El afectado fue el conocido actor mexicano Andrés García, quien demandó el caso del aprovechamiento de su imagen y una cuantiosa indemnización. El actor había aparecido en una conferencia de prensa televisiva, en un recorrido de la ciudad de Lima, para agradecer a la familia Schuler, sin que nadie ningún sentido comercial, por su recuperación de un proceso canceroso que pudo superar gracias al producto Lima de Gato Oscar Schuler Egg. Una empresa asociada a Laboratorios Heral S.A. editó un video con la imagen del actor y con las declaraciones que fueron emitidas en la conferencia de prensa siendo difundido como anuncio publicitario. Además, se habían confeccionado afiches con su fotografía, donde se afirmaba que dicho producto le ayudó a recuperar la salud, sin contar con la autorización expresa y por escrito de Andrés García. Al final del proceso, la Corte Suprema se pronunció a favor del actor; ordenó a las empresas demandadas una indemnización y dispuso el cese de la utilización de la imagen de dicha persona en la campaña publicitaria. Al respecto, véase ESPINOZA, Juan, "Una aplicación del artículo 5 de las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor hecha por el Poder Judicial en el conocimiento del ámbito de protección de las personas físicas, regulado en el artículo 15 del Código Civil peruano". En: ESPINOZA, Juan y PERINO STUCCHI, Normas de la publicidad. Roedel, Lima, 2006, pp. 163-167.

⁴⁸ Dicho artículo refiere lo siguiente:

"Los actos de engaño pueden consistir, sucesivamente y a manera de ejemplo, en:

(...)

f) Difundir publicidad testimonial sin la autorización expresa y escrita del testigo".

"El respeto al principio de veracidad no se limita a la autorización expresa y por escrito que tiene que realizar el testigo para efectos de la difusión de su testimonio (...)"

En nuestra opinión, no es acertado lo señalado por el INDECOPI pues la autorización escrita y expresa que se exige al anunciante no guarda relación directa y necesaria con la veracidad del testimonio. Así, podría ser perfectamente veraz aquel anuncio que contenga un testimonio auténtico y reciente, aún cuando su uso publicitario no hubiera sido autorizado debidamente. Nos aventuramos, entonces, a proponer que en ese caso lo que se verificaría es, más bien, una infracción del Principio de Legalidad previsto en el artículo 3 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 891.

IV. TIPOS DE TESTIMONIOS Y REQUISITOS ESPECÍFICOS

Sin perjuicio de los requisitos de licitud de carácter general que hemos podido estudiar en el punto III precedente, es necesario resaltar que cierta legislación y doctrina comparadas han propuesto condiciones accesorias que la publicidad testimonial, dependiendo del tipo de testimonio que contera, debe observar.

Por tal motivo, presentaremos a continuación un breve detalle sobre el particular, no sin antes indicarle al lector que la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI no ha fijado posición en este aspecto y se ha limitado a enunciar, lacónicamente, que los testigos pueden ser consumidores, líderes de opinión, celebridades y expertos.

I. Según el tipo de testigo

Los testimonios, según el tipo de testigo involucrado, pueden ser clasificados en:

I.1. Testimonios de consumidores

En este caso, sencillamente, nos encontraremos ante la declaración de quienes forman parte del público objetivo del producto o servicio anunciado; quienes, evidentemente, no tienen conocimientos especiales ni ninguna pericia sobre el particular. En buena cuenta, los testimonios de consumidores, sean estos sujetos corporativos o personas comunes, se sustentan en su experiencia normal en el uso del producto o servicio anunciado.

Nuestra legislación no prevé ningún requisito específico para la utilización de testimonios de consumidores en publicidad y la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI tampoco se ha ocupado de establecer algún estándar para que dicho uso sea considerado conforme a la buena fe comercial que debe regir toda actividad concurrencial; sin embargo, nos ha de resultar muy ilustrativa una revisión de la Guía relativa al uso de testimoniales en publicidad de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América que, en parte, inspira esta resolución.

Dicha Guía establece que la utilización en publicidad de testimonios de un individuo o un grupo de consumidores **sobre un atributo central o importante del producto o servicio anunciado** será válida sólo si la experiencia del testigo es representativa de lo que los consumidores generalmente lograrán con dicho producto o servicio en condiciones normales de uso; de otro modo, el anuncio debería aclarar qué es aquello que los consumidores generalmente lograrán en las condiciones mostradas o que el testimonio tiene una aplicabilidad limitada a lo que los consumidores generalmente lograrán.²¹ Evidentemente, nos encontramos ante un estándar aplicable únicamente a testimonios que versan sobre atributos del producto o servicio anunciado que puedan ser

²¹ Traducción libre de la Sección 255.2 (Testimonios de consumidores); donde, por su parte, se agregan como ejemplos los siguientes:

considerados susceptibles de comprobación; pues, caso contrario, se tratará de meras opiniones de los consumidores.

Planteadas así las cosas y presupuesto que el público otorga mayor confiabilidad a la publicidad testimonial que a los anuncios en los que es el propio anunciante quien alaba sus prestaciones, el lector deberá hacerse la siguiente pregunta respecto del uso en publicidad de declaraciones de consumidores: cuando versen sobre las principales características objetivas del producto o servicio anunciado, ¿no es necesario que se restrinja su uso a aquellos casos en los que tales declaraciones reflejen lo que es la experiencia del común de los consumidores? No debe olvidarse, al responder esta interrogante, que el Principio de Veracidad está llamado a evitar toda inducción a error a los consumidores, incluyendo aquella que podría verificarse si el público repiensa su intención de consumo debido a que los testimonios representarían una opinión generalizada.

1.2. Testimonios de expertos y profesionales

Un experto es un individuo, grupo o institución que posee, como resultado de su experiencia, estudio o entrenamiento, conocimiento de un tema particular de un nivel superior a aquel generalmente adquirido por individuos ordinarios. Así, podríamos sostener que los testimonios de expertos o profesionales son aquellas declaraciones de quienes, evidentemente, tienen conocimientos calificados sobre determinada materia; entendiéndose que las mismas están sustentadas en una apreciación seria y técnica sobre el producto o servicio anunciado.

Nuestra legislación, así como en el caso anterior, no prevé ningún requisito específico para la utilización de testimonios de expertos o profesionales en publicidad y la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI se ha limitado a reconocer la influencia que tiene el parecer de un especialista en los consumidores, tal como se aprecia a continuación, sin establecer ningún principio que oriente al mercado sobre el uso debido de tales testimonios:

(...) las opiniones emitidas por un especialista en alguna materia vinculada al producto anunciado, tienen mayor influencia en los consumidores que las aseveraciones efectuadas por el anunciante respecto de las bondades del mismo.

Lo anterior se evidencia, por ejemplo, cuando en un anuncio se presenta a un técnico especialista en electrodomésticos, aseverando que determinado detergente prolonga la vida útil de la máquina lavadora (...), lo que genera en el consumidor un sentimiento de seguridad dado que el producto anunciado estaría contando con el aval de un profesional a quien se aprecia como un tercero, ajeno completamente al afán de lucro que puede tener la empresa que elabora el

Ejemplo 1: En un anuncio publicitario se presenta el testimonio del propietario de un aparato de televisión fabricado por el anunciante. El consumidor afirma que en un periodo de dos años el aparato sólo ha requerido ser llevado una vez a servicio técnico y que ésta únicamente costó menos de US\$ 10.00. Sales que el anuncio para adecuada substantiación de la afirmación implícita en el sentido que ese desempeño refleja lo que un porcentaje significativo de consumidores lo a experimentar, el anunciante deberá incluir una aclaración que indique cuál es el desempeño normal y esperado del producto y que el desempeño del cual se cuenta el testigo no es lo que usualmente los consumidores pueden o deben esperar. La simple afirmación en el sentido de que "no todos los consumidores pueden obtener este resultado" es insuficiente porque de ello podría implicarse que, mientras más los consumidores no pueden esperar el resultado anunciado, un número sustancial de ellos podría esperarlo. Véase la referencia en el Caso 2 (ii) sobre la aceptabilidad de afirmaciones de responsabilidad o revocación de información.

Ejemplo 2: Un anunciante presenta los resultados de una encuesta a consumidores que han usado su marca para todas las cosas también sus propias recetas caseras. Los resultados sirven como propósito mostrar que la mayoría cree que sus recetas no pueden alcanzar la diferencia entre las cosas hechas con la marca anunciada y sus propias recetas caseras. Muchos de los consumidores son mostrados en el anuncio publicitario con relevantes citas de sus testimonios recomendando el producto anunciado. Este uso de los resultados de la encuesta a consumidores probablemente sea entendido por los consumidores como que es el tipo de resultado que los consumidores ordinarios pueden esperar de la marca para todas las cosas.

Ejemplo 3: En un anuncio se presenta una situación de "cámaras ocultas" en una cafetería muy concurrida a la hora del desayuno. Un portavoz del anunciante pregunta a diversos clientes de la cafetería si opinan espontáneamente y honestamente sobre el nuevo cereal que el anunciante recientemente está lanzando en la cafetería. Aunque las palabras "cámaras ocultas" no aparecen en la pantalla y se

detergente, y que estaría brindando un consejo de forma desinteresada, basándose únicamente en su experiencia profesional⁵¹.

Como comprenderá el lector, la particular influencia a la que alude el propio INDECOPI exige un tratamiento proporcionalmente riguroso. Así lo acusa, por ejemplo, la Guía relativa al uso de testimoniales en publicidad de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América; demandando que las calificaciones del experto que declare deben ser las necesarias para concederle la pericia que representa en el anuncio publicitario.⁵² Reiteramos que en nuestro medio, al margen

cuando ninguno de los clientes está específicamente identificado en el anuncio publicitario, la impresión neta brindada a los consumidores es que tales son clientes reales y no actores. Si se hubieran empleado actores, ese hecho debió haberse revelado.

- ⁵¹ Traducción libre de la sección 255.3 (testimonios de expertos), según la cual:
"Cuando un anuncio publicitario presenta, directamente o por implicación, que el testigo es un experto respecto del tema del mensaje de la publicidad testimonial, las calificaciones del testigo deben darle la pericia que representa en el anuncio publicitario. A pesar de que el experto puede, en el testimonio sobre un producto, tomar en cuenta factores no vinculados a su pericia (por ejemplo, materia de saber a precio), sus conclusiones deben basarse en un ejercicio actual de su pericia en la evaluación de rasgos o características del producto respecto de las que es experto y sean relevantes para el uso del producto por parte de un consumidor ordinario o su experiencia con él y también estén disponibles para el consumidor ordinario. Dicha evaluación debe incluir un examen o prueba del producto al menos tan amplia como normalmente necesitaría conducir alguien con el mismo nivel de pericia para sostener las conclusiones presentadas en la publicidad testimonial. En tal sentido, cuando el anuncio implique que el testimonio se basó en una comparación, dicha comparación debe estar incluida en su evaluación, y como resultado de dicha comparación si debe concluir que, respecto a los rasgos en los cuales es experto y los cuales son relevantes y están disponibles para un consumidor ordinario, el producto sobre el que se basó el testimonio es al menos tan bueno (igual o lo productor de los competidores. Más aún, cuando la impresión neta creada por el testimonio es que el producto anunciado es superior a otros productos respecto a cualquier rasgo a rasgo del mismo, el experto debe de hecho encontrar dicha superioridad.

Ejemplo 1. Un testimonio sobre un automóvil particular realizado por alguien descrito como un "ingeniero" implica que el entrevistado tiene experiencia profesional y la experiencia del testigo le permite un buen conocimiento del diseño y la "performance" de automóviles. Si el campo del testigo es, por ejemplo, ingeniería química, la publicidad testimonial sería engañosa.

Ejemplo 2. Un constructor de partes automotrices afirma que sus productos han sido aprobados por el "Instituto Norteamericano de Ciencia". Por su nombre, los consumidores podrían inferir que el "Instituto Norteamericano de Ciencia" es una organización independiente que de buena fe realiza pruebas, con pericia en probar las partes de automóviles y que no aprobará ninguna parte de automóvil sin un primer examen de su eficacia con recursos de métodos científicamente válidos. Incluso si el Instituto Norteamericano de Ciencia fuera una organización independiente que de buena fe realiza pruebas, como los consumidores podrían esperar, la publicidad testimonial no obstante podría resultar engañosa a menos que el Instituto haya conducido valdamente exámenes científicos de los productos a los que se refiere el testimonio y los resultados de los exámenes apoyen el mensaje del testimonio.

Ejemplo 3. El fabricante de un producto farmacéutico de venta sin receta médica afirma en un anuncio que su producto ha sido seleccionado, frente a otros productos competidores, por un gran hospital metropolitano. El hospital seleccionó el producto porque el fabricante, a diferencia de sus competidores, ha aprobado cada dosis del producto por separado. Dicha presentación del producto por lo general no se encuentra disponible para el público. Bajo estas circunstancias, el testimonio sería engañoso porque la base de la selección del producto del fabricante por parte del hospital —es decir, la presentación del producto— no es relevante ni está a disposición de los consumidores.

Ejemplo 4. El presidente de una compañía encargada de la limpieza de hogares afirma en un anuncio de televisión que ellos emplean una marca particular de detergente para el trabajo. Dado que el éxito de las compañías de limpieza profesional depende en gran medida del "performance" de los detergentes que usan, los consumidores percibirían dicha afirmación como la de un experto en juzgar la eficacia de los detergentes, quien no estaría satisfecho usando un detergente de inferior calidad en su trabajo si no lo que hay otro mejor disponible. Consecuentemente, el testimonio del servicio de limpieza profesional tiene por lo menos que cubrir la efectividad de los consumidores. La campaña tiene, por supuesto, que usar en la actualidad el detergente aludido en el testimonio. Adicionalmente, sobre la base de su pericia, tiene que haber determinado que la eficacia en el lavado del detergente aludido es al menos igual o superior a la de que usa en la impresión neta que se da en el anuncio publicitario) o la de los productos de los competidores con los cuales le cubre el servicio de limpieza hubiera experimentado antes y que permanecieran razonablemente a su disposición. Dado que en este ejemplo, el presidente de la compañía no hizo mención a que el detergente sobre el que se hace el testimonio fue aceptado, seleccionado o comparado en una evaluación directa frente a sus competidores, es suficiente si es que el presidente inicialmente se ha basado en la experiencia acumulada de la compañía en evaluar detergentes, por lo que no necesariamente requiere comparaciones directas o científicas.

Ejemplo 5. Una asociación de artesanos profesionales afirma en un anuncio que ha "seleccionado" una marca particular de bebidas como su "bebida oficial por desayunar". Como es el Ejemplo 4, la asociación sería considerada como experto en el campo de la nutrición para propósitos de esta sección, porque los consumidores esperarían ella, conjetando en la selección de bebidas nutricionales como parte de sus necesidades de trabajo. Consecuentemente, el testimonio de la asociación debe basarse en una evaluación respecto del valor nutricional de la bebida aludida. Además, a diferencia del Ejemplo 4, el uso de las palabras "seleccionada" y "oficial" en la publicidad testimonial implica que necesariamente se han realizado comparaciones directas con las bebidas competidoras. En tal sentido, el anuncio sería engañoso a menos que la asociación en realidad haya realizado dichas comparaciones entre la marca aludida en la publicidad testimonial y las bebidas competidoras en términos de criterios nutricionales y que los resultados de dichas comparaciones se divulgan con la impresión neta creada en el anuncio publicitario.

de los deberes que puedan imponer a sus miembros los diversos colegios profesionales, solo en la autorregulación publicitaria encontramos timidas aproximaciones al uso de testimonios de expertos.³¹

Ante esta carencia normativa y considerando que, en estricto, el testimonio de un experto no es tomado por el consumidor como una simple opinión sino como una apreciación o valoración profesional o científica, ¿no resulta necesaria una interpretación del Principio de Veracidad por la que se impida a los anunciantes, por lo menos cuando exista entre los consumidores y los profesionales una significativa asimetría informativa, emplear declaraciones de sujetos que no estén calificados debidamente y que den una errada impresión de pericia en relación con el producto o servicio anunciado?

Creemos que en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI el INDECOPI ha desaprovechado una valiosa oportunidad para tratar esta problemática.

1.3. Testimonios de líderes de opinión y celebridades

En la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI, citando a Kotler³², se afirma que "(...) los líderes de opinión ejercen una mayor influencia en las personas en razón de sus capacidades, conocimientos, personalidad u otras características especiales, por lo que son mayormente utilizados por las empresas para transmitir testimonios tendientes a promocionar sus productos".

A esta constatación debe agregarse que los anunciantes tienden a emplear celebridades en su publicidad pues a ellas es a las que se quiere asemejar una parte no irrelevante de los consumidores; constituyéndose en su "grupo de referencia" o grupo de sujetos al que el público quisiera corresponder.³³

En consecuencia, tenemos que el efecto del uso de testimonios de líderes de opinión y celebridades en publicidad es psico-sociológico. Sin embargo, no debe olvidarse que un consumidor razonable asumirá como algo evidente que la participación de dichos sujetos se debe, en la generalidad de los casos, a una contraprestación dada por el anunciante³⁴; razón por la cual resulta difícil sostener que el uso publicitario de dicho tipo de testimonio pueda por se ocasionar una inducción a error digna de tutela. En cualquier caso, aún si se verificara una decisión de consumo inadecuada debida, preponderante o exclusivamente, a ese efecto psico-sociológico, tal situación escaparía al ámbito de aplicación del Principio de Veracidad.

En ese sentido, no hallamos justificación, desde el punto de vista que tratamos, para que el uso de testimonios de líderes de opinión y celebridades en publicidad amerite mayor regulación que la vigente.

³¹ De tal manera, el artículo 30 del Código de Ética Publicitaria del Perú, dictado por el Consejo de Autorregulación Publicitaria, establece lo siguiente:

"Las referencias a tests, encuestas, estudios, afirmaciones de profesionales o expertos, así como los resultados de investigaciones llevadas a cabo en centros de investigación o publicaciones científicas o profesionales sólo podrán ser empleadas si se cuenta con el permiso expreso de los mismos. Debe quedar claramente establecido en el anuncio, su origen, naturaleza, estado profesional, etc."

Lo mismo ocurre con códigos de ética a nivel comparado, que establecen reglas mínimas sobre la inclusión de testimonios de expertos o profesionales en publicidad. Así, en el caso de Chile, el artículo 8 del Código de Ética Publicitaria contempla lo siguiente:

"Se admiten sólo inclusiones testimoniales o recomendaciones explícitas y relacionadas con experiencias pasadas o presentes de quien presta la declaración o de aquel a quien el declarante pertenece. Los testimonios utilizados deberán ser siempre comprobables y veraces. La 'personificación' o 'dobleje' deberá ser expresamente autorizada para el caso específico por la persona personificada o doblada. El uso de modelos, uniformes o vestidos característicos de una profesión, no podrán inducir a error al público y serán siempre limitados por las normas éticas de la profesión, oficio u ocupación aludida" (El recitado es nuestro).

³² KOTLER, Philip y otro, *Fundamentos de Mercadotecnia*, 4ta. ed. Prentice, Madrid: 1998, p. 100.

³³ Por oposición, se tiene al grupo de referencia, que es aquel al que el consumidor corresponde.

³⁴ Por el mismo motivo, en caso se impusiera al anunciante, en la línea de lo señalado en el punto 3.1 del presente artículo, la obligación de revelar en el anuncio las relaciones que pudieran existir con el testimonio, tal exigencia no resultaría aplicable al uso de testimonios de líderes de opinión y celebridades en publicidad.

1.4. Testimonios de organizaciones

Nuestra legislación, como en cualquiera de los casos anteriormente tratados, no prevé ningún requisito específico para la utilización de testimonios de organizaciones en publicidad y la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI se ha limitado a reconocer que la publicidad testimonial puede configurarse por el uso en anuncios de declaraciones de personas jurídicas.

La Guía relativa al uso de testimoniales en publicidad de la Federal Trade Commission de los Estados Unidos de América refiere, sobre este particular, que los testimonios de organizaciones, especialmente de las expertas, son consideradas como representativas del juicio de un grupo cuya experiencia colectiva excede a la de cualquier miembro individual y sus apreciaciones se estiman libres de los factores subjetivos que varían de individuo a individuo; razón por la cual dichos testimonios deben ser obtenidos mediante un proceso adecuado para que reflejen la opinión colectiva de la organización.³⁷

Consideramos que, así como el INDECOPI debería evaluar la necesidad de establecer estándares para el uso en publicidad de testimonios de expertos o profesionales, tal evaluación debe comprender a las organizaciones expertas por el especial grado de confianza que le otorga el consumidor a sus declaraciones.

2. Según el contenido del testimonio

El precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial, en su punto sexto, señala lo siguiente:

"Para evaluar la veracidad del contenido del testimonio, es necesario tener en consideración que en un anuncio publicitario las afirmaciones pueden ser opiniones meramente subjetivas o, por el contrario, referirse a datos objetivos y, por consiguiente, comprobables."

En efecto, los testimonios empleados en publicidad comercial, según su contenido, pueden ser clasificados en objetivos y subjetivos.

Los testimonios objetivos serán aquellos en los cuales la declaración del testigo versa sobre aspectos comprobables de los productos o servicios anunciados, mientras que los testimonios subjetivos serán aquellos que se refieran a dimensiones opinables de dichas prestaciones.³⁸

V. ¿PUEDEN EMPLEARSE TESTIMONIOS SUBJETIVOS EN PUBLICIDAD COMPARATIVA?

El reciente precedente de observancia obligatoria en materia de publicidad testimonial ha ratificado una circunstancia ya puesta de manifiesto en la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI de fecha 10 de diciembre de 2003.

En dicha ocasión, también a modo de precedente de observancia obligatoria, el INDECOPI sostuvo lo siguiente:

"6. La utilización de testimonios en un contexto comparativo es lícita, siempre y cuando el anunciante presente de manera objetiva el testimonio y para lo cual cuente previamente

Por lo demás, debemos resaltar que la concesión de una "contraprestación" a cambio del testimonio del líder de opinión o de la celebridad no invalida inmediatamente la autenticidad del mismo; salvo que se demuestre que la declaración no corresponde a una experiencia real.

³⁷ Traducción libre de la sección 255.4 (testimonios de organizaciones).

³⁸ Como el carácter objetivo o subjetivo del mensaje publicitario de un anuncio testimonial no viene necesariamente determinado por el carácter objetivo o subjetivo de la declaración empleada, dado que dicho mensaje se obtendrá luego de efectuar una interpretación del conjunto de elementos que compongan el anuncio y no del testimonio aisladamente considerado, no debe creerse que el Principio de Veracidad en su aplicación excluya a los anuncios que presenten testimonios objetivos.

con los *pruebas documentales* suficientes que sustenten no sólo la existencia sino el contenido y el sentido de las afirmaciones publicitarias vertidas en el comercial (entiéndase, en general, el anuncio)²⁸. (La aclaración y el resaltado son nuestros)

La simple lectura de este extremo de la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI nos indica que el INDECOPI considera ilícito el uso de testimonios subjetivos en publicidad comparativa. ¿A qué se debe esta restricción?

Una respuesta correcta a esta interrogante requiere, primeramente, que el lector recuerde que la publicidad comparativa subjetiva es per se ilícita.

En efecto, la doctrina comparada ha sido suficientemente clara en señalar que la publicidad comparativa, entendiéndose por ésta a aquel anuncio en el que se efectúa una referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a la ajena con la finalidad de contraponer las ventajas de aquella a las desventajas de ésta, no debe ser admitida cuando tiene carácter subjetivo. Los fundamentos que llevan a esta conclusión son conocidos y se remiten, fundamentalmente, a la constatación de que tal tipo de publicidad comparativa supone, en sus supuestos relevantes, un daño concurrencial ilícito al competidor mencionado por contraposición; consistente en el aprovechamiento indebido de su reputación comercial por parte del anunciante.²⁹

Como no escapará al lector, la publicidad comparativa es un recurso que emplean los anunciantes, sustancialmente, porque les resulta mejor que otras alternativas para mejorar su posicionamiento concurrencial. ¿Por qué es esto así? Sencillamente, porque la alusión al competidor, sus signos distintivos u otros elementos que permiten su identificación por parte del público fija en la mente de los consumidores una asociación entre el producto anunciado y los de ese tercero; lo cual, en último término, se traduce en la asimilación por parte del anunciante de algo del *good will* del competidor, así como en la mejora de su afirmación en el mercado en perjuicio de este sujeto.

En ese contexto, no existe duda acerca de la existencia del daño concurrencial que sufre el competidor mencionado por contraposición; más bien, la discusión se suele centrar en la identificación de justificaciones para que sea tolerada dicha consecuencia de la publicidad comparativa. Para este efecto, se toma en cuenta que el modelo social de represión de la competencia desleal, en el que está inserta la normativa publicitaria, exime de reproche a aquellas conductas concurrenciales que, no obstante afectar el interés privado de un competidor, aportan beneficios a alguno de los intereses superiores que subyacen al mercado. Así, toda práctica que satisfaga el interés colectivo de los consumidores y/o el interés público en el correcto funcionamiento del sistema económico resultará plenamente lícita.

Cuando se trata de publicidad comparativa que se sustenta en un mensaje publicitario objetivo, resulta evidente el beneficio de tales intereses superiores, pues el mercado se ve abastecido de información que redundará en su mayor transparencia, y deviene en justificado el aprovechamiento que realiza el anunciante de la reputación del competidor mencionado por contraposición. Sin embargo, cuando se trata de publicidad comparativa que se sustenta en un mensaje publicitario

Como veremos más adelante, es perfectamente posible encontrar un anuncio que contenga un testimonio subjetivo que, por el contexto en el que sea presentado, se subsuma en un mensaje publicitario objetivo y, por tanto, también quede sujeto al Principio de Veracidad.

²⁸ Sin perjuicio del desarrollo que se hará en adelante, consideramos oportuno precisar que, en estricto, existen dos (2) supuestos excepcionales de publicidad comparativa subjetiva que no deberían merecer ningún reproche. En efecto, si la comparación fuera realizada por un sujeto con tanto reconocimiento como el que posee el competidor mencionado por contraposición, difícilmente podría hablarse de que el primero de ellos está incurriendo en un aprovechamiento de la reputación comercial del segundo. Del mismo modo, aunque de mayor dificultad, tampoco debería tratarse como un aprovechamiento de reputación ajena la comparación realizada por un sujeto respecto de aquel competidor que no posee un reconocimiento apreciable que pueda ser explotado.

subjetivo, la circunstancia es radicalmente distinta. En el mejor de los casos, si no se genera una distorsión de la percepción de los consumidores sobre las ventajas reales de los productos que se ofrecen en el mercado y aún cuando pueda creerse que no existe un efecto desinformativo, la afectación del interés privado del competidor mencionado por contraposición subsiste y eso constituye justificación suficiente para sancionar por se este último tipo de publicidad comparativa.⁴³

Ahora bien, ¿cómo se relaciona la proscripción de la publicidad comparativa subjetiva con la prohibición del uso de testimonios subjetivos en publicidad comparativa? Como podrá concluir el lector, la respuesta es muy sencilla.

Sería bastante simple para un empresario eludir la proscripción de la publicidad comparativa subjetiva si, en lugar de presentar sus opiniones directamente, optara por el formato de la publicidad testimonial e incluyera en sus anuncios opiniones del público de carácter comparativo. En efecto, el mismo daño concurrencial que hemos analizado anteriormente se obtendría a través de un anuncio publicitario si, ante las preguntas apropiadas, quienes ya hubieran consumido tanto el producto del anunciante como el producto de la competencia brindaran testimonios meramente valorativos sobre las supuestas ventajas de aquel artículo y las supuestas desventajas de este otro. En términos del argot popular, no prohibir el uso de testimonios subjetivos en publicidad comparativa representaría una licencia para que los anunciantes "le saquen la vuelta a la Ley" y obtengan por este medio lo que les está prohibido por otros.

Ahora bien, una vez aclarado por qué se prohíbe el uso de testimonios subjetivos en un contexto comparativo, quisiéramos plantearle al lector dos (2) cuestiones que, luego de analizar la resolución objeto de este artículo, llaman la atención:

1. Si la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI a la que hemos hecho referencia ya se había ocupado de declarar la referida ilicitud y de establecer con carácter vinculante los principios respectivos, ¿en qué medida era necesario que el reciente precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial redundara en este aspecto?⁴⁴
2. Si la misma Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI se ocupó de tratar la equiparación publicitaria con la misma rigurosidad que corresponde a la publicidad comparativa,

⁴³ Aprovechamos esta oportunidad para recordar que, en pro de la publicidad comparativa subjetiva, se han esbozado algunas justificaciones que niegan que los mensajes publicitarios subjetivos tengan la capacidad de distorsionar la percepción de los consumidores sobre las ventajas de los productos que se mencionan en un anuncio y rechazan la idea de que tal tipo de mensaje publicitario genere un efecto desinformativo en el mercado.

Tales posturas suelen recordar que, en el contexto de publicidad simple (también denominada publicidad competitiva o autopublicidad), el consumidor no otorga mayor credibilidad a los mensajes publicitarios subjetivos; los mismos que, indudablemente, sólo reflejan una opinión del anunciante. Así, quienes defienden la licitud de la publicidad comparativa subjetiva en los términos indicados refieren que no existe ninguna razón seria para pensar que en este contexto comparativo un consumidor razonable recibiría una aproximación más creíble frente a los mensajes publicitarios subjetivos.

Sobre el particular, el lector debe tomar en consideración que, aún cuando se admitiera un efecto negativo de la publicidad comparativa subjetiva sobre la transparencia del mercado, el modelo social de regulación de la competencia ideal también contempla una tutela efectiva al interés privado de los competidores que deba ser puesta en práctica cuando corresponda. Por tal razón, en ausencia de beneficio para el interés colectivo de los consumidores y/o el interés público en el correcto funcionamiento del sistema económico, debe reaccionarse frente al aprovechamiento por parte del anunciante de la reputación del competidor mencionado por contraposición. Así, aún cuando no se verifique un perjuicio a tales intereses reparables por el uso de mensajes publicitarios subjetivos en publicidad comparativa, dicho daño concurrencial debería ser declarado ilícito por sí mismo perjuicio al referido competidor.

⁴⁴ En la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI de fecha 11 de octubre de 2006, la Sala ha sostenido, sin mayor utilidad, lo siguiente:

"Del análisis efectuado en párrafos precedentes, es posible extraer las siguientes pinceladas interpretativas para la determinación de la licitud de la publicidad testimonial bajo las alcances de lo dispuesto en el artículo 3 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor: (...)

ii. En un contexto comparativo, únicamente será lícita la utilización de testimonios de carácter objetivo, de acuerdo a lo dispuesto por el precedente de observancia obligatoria aprobada mediante Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI.

afirmando la ilicitud de las manifestaciones subjetivas de ambas⁴¹, ¿por qué el reciente precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial no aclaró que, así como es ilícito el uso de testimonios subjetivos en un contexto comparativo, también resulta ilícita la utilización de testimonios subjetivos en una equiparación publicitaria?

Como se ve, parece que la resolución objeto de este artículo peca, en cuanto a los temas analizados, un tanto por exceso y otro tanto por defecto.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como indicamos al iniciar este artículo, es sorprendente la escasa literatura que puede encontrarse sobre la temática de la publicidad testimonial.

En ese contexto, no puede negarse que la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI viene a llenar un vacío importante en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, tampoco puede soslayarse que contiene algunos planteamientos que, sin duda, merecen una corrección.

Así, si lo que se pretende es una definición apropiada del referido recurso publicitario, no bastará con afirmar, como ha hecho el INDECOPI en la resolución en cuestión, que "La publicidad testimonial es una modalidad publicitaria que consiste en utilizar las declaraciones de personas naturales o jurídicas, distintas al anunciante, (...)". Esta conceptualización, sin duda, abarcaría indebidamente anuncios que, formalmente, aparentan contener testimonios del público; pero que, desde el punto de vista de un consumidor razonable, no sean más que simulaciones que no merecerían la calificación de publicidad testimonial. Y es que el énfasis debe ser puesto, más allá de las cuestiones formales, en esto último; es decir, en que dicha figura se verifica cuando el consumidor razonable considera que el anuncio muestra la declaración de un tercero, distinto del anunciante, sobre su experiencia, opinión, creencia y/o sus conclusiones sobre el producto o servicio anunciado.

Del mismo modo, consideramos que el INDECOPI pudo abocarse de mejor modo al tratamiento de los requisitos de licitud que la legislación vigente en materia publicitaria establece para la utilización de testimonios. No pretendemos repetir lo tratado en apartados previos, pero sí es necesario recordar al lector que el público otorga mayor credibilidad a los testimonios o juicios de valor de terceras personas que a lo que dice el anunciante de sus propios productos o servicios. Por tal razón, resulta indispensable condicionar el uso de testimonios en publicidad al cumplimiento de dichos requisitos; con la finalidad de proteger la transparencia del mercado. Esta, como bien se sabe, constituye una condición *sine qua non* para que los consumidores puedan adoptar decisiones de consumo eficientes y, en consecuencia, determinen, en ejercicio de su rol protagónico en el mercado, el éxito empresarial de quienes compiten por obtener sus preferencias ofreciéndoles prestaciones eficientes y basadas en el propio esfuerzo.

Creemos, además, que el INDECOPI ha desaprovechado una valiosa oportunidad para fijar los estándares que deberían emplearse para juzgar la veracidad de los diversos tipos de testimonio que pueden emplearse en un anuncio; olvidándose de que el Principio de Veracidad debe aplicarse, dependiendo de la especialización del testigo, con mayor rigurosidad.

⁴¹ La equiparación publicitaria es aquella modalidad en la que el anunciante efectúa una referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a la ajena con la finalidad de resaltar las equivalencias de ambas; resultando ilícita, por los mismos motivos que sustentan la ilegalidad de la publicidad comparativa subjetiva, solo cuando las supuestas equivalencias se fundan en cuestiones opinables y meramente subjetivas.

Así, la doctrina comparada ha sostenido que la publicidad atrevida o parásita, que es como se denomina a la manifestación subjetiva de la equiparación publicitaria, resulta reprochable por representar un ilícito concurrencial (lícito al competidor mencionado por contraposición; consistente en el aprovechamiento indebido de su reputación comercial por parte del anunciante).

Finalmente, aún cuando el INDECOPI no ha hecho más que reiterar que resulta ilícito el empleo de testimonios subjetivos en publicidad comparativa, no puede desconocerse que esta conclusión, en el fondo, resulta acertada; dado que, como ya había señalado esta institución en pronunciamientos anteriores, implica el mismo daño concurrencial ilícito al competidor mencionado por contraposición que se genera cuando se difunde publicidad comparativa subjetiva. Así, se impide que los empresarios aprovechen indebidamente la reputación comercial de terceros mediante la utilización del formato de la publicidad testimonial y la inclusión en sus anuncios de opiniones del público de carácter comparativo. No obstante ello, queda claro que la misma lógica debió llevar al INDECOPI a extender rigurosamente sus conclusiones al terreno de la equiparación publicitaria y proscribir la utilización en ella de testimonios subjetivos.

VII. POST SCRIPTUM

Cuando nos propusimos la redacción de este artículo fue necesario, desde un punto de vista metodológico, determinar si efectuaríamos una mera crítica del precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial o si, más bien, acometeríamos un breve estudio de dicha materia que, conforme fuera discurriendo, ofreciera oportunidades para tratar las partes pertinentes del referido precedente.

Evidentemente, nos pareció oportuno lo segundo y a ello se debe el derrotero que hemos presentado al lector; sin embargo, al cabo de este aporte, nos ha parecido útil efectuar una revisión de tres (3) cuestiones incidentales que, de algún modo, también llamaron nuestra atención y que, como se verá a continuación, constituyen extrañezas de la resolución materia de comentario:

I. ¿Afirmación publicitaria o mensaje publicitario? He ahí el dilema ...

Mediante la Resolución No. 014-97/TDC-INDECOPI de fecha 17 de enero de 1997, el INDECOPI aprobó un precedente de observancia obligatoria que, visto a grandes rasgos, recogía un criterio unánimemente afirmado por la doctrina; según el cual el Principio de Veracidad que rige la actividad publicitaria solo es aplicable a las afirmaciones publicitarias de carácter objetivo, que son entendidas por un consumidor razonable como sujetas a comprobación, y no a las afirmaciones publicitarias de carácter subjetivo, que son percibidas por dicho tipo de consumidor como cuestiones meramente opinables.

Dicho criterio no sufrió crítica alguna hasta que, con fecha 7 de diciembre de 2004, el INDECOPI emitió la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI¹³; en la que, además de establecer el vigente precedente de observancia obligatoria sobre publicidad engañosa, resolvió apartarse de la regla interpretativa aprobada en la Resolución No. 014-97/TDC-INDECOPI a la cual hemos hecho referencia. En opinión del INDECOPI, dicho criterio omitía indebidamente toda referencia a los casos de infracción al Principio de Veracidad que se materializan a través de afirmaciones verdaderas o subjetivas, cuando la forma en que estas sean presentadas y las imágenes que las acompañen así lo determinan.¹⁴

¹³ Esta resolución ha sido emitida en el Expediente No. 137-2003/CCD, seguido por el señor Robert Aguilar Rivas contra Telmex Perú S.A. y TGC Publicidad S.A.C. por presuntas infracciones a las normas vigentes en materia publicitaria.

¹⁴ Testualmente, el INDECOPI sostuvo lo siguiente en la ocasión aludida:

"El precedente de observancia obligatoria antes citado (contenido en la Resolución No. 014-97/TDC-INDECOPI) es susceptible de crear confusión en la aplicación de la reciente doctrina jurisprudencial aprobada por esta Seña, en particular, las reglas interpretativas aprobadas en la presente resolución y en la Resolución N° 0547-2003/TDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2004. Por ejemplo, el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución No. 014-97/TDC omite hacer referencia a los casos de infracción al principio de veracidad cuando ésta se materializa a través de la inducción a error al consumidor, la cual puede ocurrir incluso cuando las afirmaciones presentadas en el anuncio sean verdaderas o meras opiniones, dependiendo de la forma en que dichas afirmaciones sean presentadas y de las imágenes que las acompañen". [La aclaración y el resultado son nuestros].

Curiosamente, un examen de la resolución que aprueba el reciente precedente de observancia obligatoria sobre publicidad testimonial deja la impresión de que el INDECOPI se olvidó de los criterios aprobados en la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI⁶⁵. Así, tenemos lo siguiente:

El INDECOPI ha sostenido en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI que "(...) dicho principio (de veracidad) no debe ser aplicado indiscriminadamente a toda suerte de expresiones publicitarias, sino únicamente a aquellas alegaciones concretas y comprobables de carácter informativo, respecto de las cuales existen pautas objetivas para fijar su exactitud o inexactitud. Es lo dado que las expresiones triviales y las afirmaciones o apreciaciones carentes de contenido comprobable quedan fuera del ámbito de aplicación del referido principio"⁶⁶.

Resulta más que notorio que la cita efectuada contradice abiertamente lo sostenido en la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI; pues se afirma que el Principio de Veracidad solo es aplicable a las afirmaciones de carácter objetivo y no a las de carácter subjetivo pese a que eso es, precisamente, lo que se había negado en la oportunidad anterior.

El INDECOPI ha concluido en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI que: "(...) resultará de aplicación el principio de veracidad previsto en el artículo 4 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, así como los criterios interpretativos aprobados como precedente de observancia obligatoria en la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2004, únicamente en los casos de publicidad testimonial de carácter objetivo"⁶⁷.

En este caso⁶⁸, no solo encontramos la misma contradicción sino que, peor aún, se resalta que el Principio de Veracidad y la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI son aplicables únicamente a testimonios objetivos; cuando lo cierto es que esta resolución, tal como indicamos anteriormente, tiene por vocación el sentido contrario: que la aplicación del Principio de Veracidad alcance también a todo elemento subjetivo contenido en un anuncio.

En nuestra opinión, todas estas incongruencias surgen por el tratamiento impropio y ambiguo que se viene dando a la expresión "afirmación publicitaria" (del cual, lamentablemente, también es partícipe el discurso del propio INDECOPI); resultando necesario, para aclarar este tema, efectuar una distinción entre lo que son una "afirmación publicitaria" y un "mensaje publicitario".

Una "afirmación publicitaria" es una expresión de tono persuasivo empleada en un anuncio publicitario, mientras que el "mensaje publicitario" es aquello que un consumidor razonable aprehende producto de la interpretación integral de las afirmaciones publicitarias contenidas en un anuncio; la una es identificable con la literalidad de la expresión publicitaria y el otro consiste en una idea

⁶⁵ A propósito de esta constatación, como es de público conocimiento, algunos críticos han llamado la atención sobre el hecho de que el INDECOPI, con posterioridad a la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI, sigue aplicando, paradójicamente, algunos criterios que supuestamente ha dejado de lado. Sin perjuicio de ello, se han planteado varias críticas más a la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI. Así, por ejemplo, se ha sostenido que dicho pronunciamiento resultaba innecesario dado que, en la práctica, los criterios contenidos en la Resolución No. 01-9-93/TDC-INDECOPI venían siendo aplicados con la flexibilidad que en él se exigen. De otro lado, también surgieron voces que negaron la posibilidad de que se pudiera infringir el Principio de Veracidad a partir de afirmaciones verdaderas o subjetivas.

⁶⁶ El agregado, y el resultado son nuestros.

⁶⁷ El resultado es nuestro.

⁶⁸ Cabe señalar que esta misma idea se encuentra en el punto 7 del precedente contenido en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI; tal como se aprecia a continuación:

"[...] la publicidad testimonial de carácter objetivo, es decir, que contiene alegaciones concretas y comprobables de carácter informativo, respecto de las cuales existen pautas objetivas para fijar su exactitud o inexactitud, se encontrará sujeta a la aplicación del principio de veracidad, así como los criterios interpretativos aprobados como precedente de observancia obligatoria en la Resolución No. 901-2004/TDC-INDECOPI del 7 de diciembre de 2004"

abstraída a partir de tales expresiones. Nada obsta a que un mismo anuncio presente más de un mensaje publicitario, dado que un empresario puede decidir válidamente comunicar en un único soporte material más de un ofrecimiento comercial; sin embargo, sí debe quedar claro que lo que se somete al juicio de legalidad y debe cumplir los principios y demás normas de la publicidad no es la "afirmación publicitaria" sino el "mensaje publicitario".

Así las cosas, se imponen las siguientes conclusiones para finiquitar esta reflexión incidental:

• No le falta razón a la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI cuando establece que las "afirmaciones publicitarias" subjetivas pueden inducir a error, pues es cierto que éstas, dependiendo del contexto en el que sean difundidas, pueden devenir en un "mensaje publicitario" objetivo que discrepe engañosamente de la realidad⁶⁹; pero dicho pronunciamiento yerra cuando sugiere que las "afirmaciones publicitarias" subjetivas están sujetas al Principio de Veracidad, pues también es cierto que ellas por sí solas nunca serán percibidas por el público como pasibles de comprobación.

• Contrariamente a lo señalado en la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI que acaba de emitir el INDECOPI, el Principio de Veracidad también resultará de aplicación a los supuestos de publicidad testimonial de carácter subjetivo, a condición de que, dado el contexto del anuncio, resulte el mensaje publicitario revestido de un carácter objetivo.⁷⁰

2. La imposición de sanciones cuando se varían o precisan los estándares legales

Si adentrarnos en el caso que motivó la emisión de la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI y asumiendo por un momento que, efectivamente, el anuncio denunciado fuera ilegal por incumplir los requisitos que rigen la utilización de testimonios en publicidad, resulta interesante analizar cómo el INDECOPI ha afrontado la graduación de la sanción a la empresa denunciada.

En cualquier otro caso, una vez establecidas las "reglas de juego", hubiera resultado plenamente justificado que la autoridad de competencia las aplicara estrictamente y, de ser el caso, estableciera las correspondientes sanciones en función de los criterios que el artículo 16 de las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, ha previsto para el efecto (gravedad de la falta, difusión del anuncio, conducta del infractor durante el procedimiento y efectos ocasionados en el mercado, entre otros). Sin embargo, no es menos cierto que, si dichas "reglas de juego" varían o, al menos, admiten diversas interpretaciones, no resulta coherente tratar la imposición de la sanción como en aquellos otros casos en los que el infractor sí estuvo en posibilidad de anticipar la ilicitud de su conducta.

En ese mismo sentido se ha pronunciado el INDECOPI en la Resolución No. 0547-2003/TDC-INDECOPI; en un caso en el que, precisamente, el carácter ilícito del anuncio comparativo denunciado sólo quedaba claro a partir del precedente de observancia obligatoria que se había aprobado en la misma resolución. En esa oportunidad, el INDECOPI se limitó a imponer una sanción de amonestación, aún cuando era evidente que la infracción verificada ameritaba una importante multa; sustentándose esta decisión en lo siguiente:

"(...) la previa difusión masiva del antiguo precedente de observancia obligatoria, sancionado mediante la Resolución No. 168-97-TDC que, aunque referido al texto original del artículo 8 del Decreto

⁶⁹ Del mismo modo, puede sostenerse que las "afirmaciones publicitarias" liberalmente verdaderas pueden inducir a error, pues éstas, dependiendo del contexto en el que sean difundidas, pueden devenir en un "mensaje publicitario" inexacto o incluso falso. Con la misma lógica, tampoco debe sorprendernos encontrar, como ocurre en otras latitudes con más frecuencia, que en un anuncio se empleen "afirmaciones publicitarias" desenfadas para calificar el producto anunciado, sobre todo si éstas, en el contexto cómico en el que son difundidas, devienen en un "mensaje publicitario" de alabanza.

⁷⁰ Descontado está, por supuesto, que el Principio de Veracidad halla su ámbito de aplicación natural en los casos de publicidad testimonial de carácter objetivo.

Legislativo No. 691, indudablemente brindaba información susceptible de inducir a error a los administrados —el mensaje implícito en dicho precedente era que el uso de afirmaciones no comprobables en publicidad comparativa no afectaba los principios de fealdad y veracidad—, hace que esta Sala considere conveniente variar la sanción de multa a una sanción de amonestación a fin de que el administrado —en este caso, DON JORGE— no se vea gravado por las posibles consecuencias de una anterior actuación errada de la autoridad administrativa¹¹.

Aún cuando pueda cuestionarse la radicalidad de esta disminución de la sanción¹², la reducción en sí misma no merece mayor objeción pues, efectivamente, el infractor no había estado en posibilidad de anticipar inequívocamente la ilicitud de su conducta.

Curiosamente, aun cuando se hubiera esperado el mismo razonamiento en el caso que motivó el precedente objeto de este artículo, la situación ha sido radicalmente distinta y, pese a que puede afirmarse que recién han quedado aclarados los alcances de la normativa sobre publicidad testimonial, se impuso al anunciante una multa de doce (12) UIT.

Lo único que nos resta decir es que, a situaciones similares, el INDECOPI debería responder también de modo equivalente; sobre todo si se trata de la imposición de sanciones en casos en los que, precisamente, se varían o precisan los estándares legales aplicables a los mismos.

3. Una errata bibliográfica

El lector debe saber que la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI, al tratar sobre los requisitos que rigen la utilización de testimonios en publicidad, concluye lo siguiente:

"(...) los testimonios utilizados en publicidad deben obtenerse únicamente de usuarios reales del producto, y limitarse a declaraciones sobre la experiencia en el uso de éste y no a otras que excedan las expectativas razonables de los resultados que puedan obtenerse con él mismo".

Al cabo de este párrafo se encuentra la décima nota a pie de página; la cual remite a la siguiente fuente bibliográfica: **LEMA DEVESE, Carlos y GÓMEZ MONTERO, Jesús, Publicidad Testimonial. En: Código de Publicidad, Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1992. p. 494.** Así las cosas, lo que debería esperarse es que la conclusión que hemos citado esté apoyada en la respetada opinión del Profesor Carlos Lema Devesa. Es más, la referida nota a pie de página, inequívocamente, nos remite a un documento llamado "Publicidad Testimonial" y contenido en la obra de nombre "Código de Publicidad".

Como no escapará al interesado en la materia, la doctrina no ha prestado mayor atención a la publicidad testimonial. La mayoría de trabajos sobre este tópico lo abordan desde el punto de vista del marketing y, cuando se trata de la escasa bibliografía jurídica de la que se dispone, el tema es tratado de modo tan escueto que ella no amerita mayor referencia.

Ante esta reconocida insuficiencia, nos llamó poderosamente la atención la nota a pie de página a la cual hemos hecho mención; la misma que, luego de una detenida lectura de la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI, se revela como la única fuente doctrinaria sobre publicidad testimonial que inspira dicha resolución.

Muy intrigante nos ha resultado constatar que la edición citada de la bibliografía en cuestión (primera edición, publicada en 1992) es solo un compendio normativo sobre los muy diversos y abundantes dispositivos que rigen la actividad publicitaria en España, a nivel comunitario, federal, de

¹¹ En el caso aludido bien pudo imponerse, en lugar de un decorativa amonestación, una multa algo menor que aquella que hubiera correspondido.

Jesús Gómez Montero no desarrolla alguna teoría propia y mucho menos comentan, apoyan o critican específicamente la base normativa que constituye el "Código de Publicidad" que resulta de la referida recopilación. A mayor abundamiento, el "Código de Publicidad" citado no contiene ningún documento llamado "Publicidad Testimonial" ni en su página 494 ni en otra y tampoco la norma que ubicamos en la página 494 contiene referencias, siquiera de modo tangencial, a la temática de la publicidad testimonial, circunscribiéndose a otras cuestiones bastante diversas.

No sería exagerado decir, entonces, que lo que aparenta ser la única fuente doctrinaria sobre publicidad testimonial que inspira la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI no es tal; resultando bastante extraordinario, por decirlo de algún modo, que el INDECOPI apoye sus conclusiones en el marco normativo extranjero. Estamos seguros de que, en su momento, se efectuará la rectificación respectiva y se precisará lo que esperamos que sea solo una errata bibliográfica.¹⁴

Anexo

A continuación, el lector encontrará el anuncio que motivó la Resolución No. 1566-2006/TDC-INDECOPI; el mismo que, pese a ser lo deseable, no fue incluido en el tenor de la misma (a diferencia de lo ocurrido, por ejemplo, en el precedente contenido en la Resolución No. 0197-2005/TDC-INDECOPI).

En la esquina superior izquierda se aprecia la indicación "Movistar Empresas" y en la inferior derecha la página web del anunciante (www.movistar.com.pe), así como la indicación "Teléfono Movistar".

En la zona central del anuncio se aprecia la afirmación "Avilva Bienvenida a ser más productiva. Bienvenida a la RPM".

En el recuadro de la parte inferior se aprecian las frases "La Red Privada Movistar (RPM) sigue creciendo junto con líderes empresariales como Avilva" y "Cambie a la RPM, el sistema de comunicación en red que, junto a la transmisión de datos de tercera generación, hará crecer su negocio. No lo decimos nosotros, lo dicen los grandes líderes: E. Wang, Lalive, Glens, Santa Isabel, Naxos, P&G entre otros grandes en piezas. Haga que su negocio crezca mucho más", junto a los cuales aparecen las indicaciones "Central de ventas: 215 7400 línea 7072" y "3G CDMA Industry Achievement Awards".

¹⁴ La presente errata bibliográfica a la que nos referimos también puede encontrarse en la Resolución No. 095-2006/CCD-INDECOPI, emitida por la Comisión de Represión de la Competencia Desleal al resolver en primera instancia el caso que motivó el presente objeto de este artículo. Sobre el particular, véanse las notas a pie de página 9 y 10, en las que, impropriadamente, también se alude a LEMA DEVEÑA, Carlos y GÓMEZ MONTERO, Jesús. *Publicidad Testimonial En: Código de Publicidad*. Marcial Peres De. Jurídicas. Madrid, 1992.