

¿La menor comisión en el servicio de administración de fondos de pensiones?: Publicidad comparativa y de tono excluyente



JUAN MANUEL ROBLES MONTOYA

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Características de la publicidad comparativa:
 1. Diferencia entre la publicidad comparativa y la publicidad de tono excluyente;
 2. Importancia de la diferencia entre publicidad comparativa y la publicidad de tono excluyente.
- III. Los anuncios publicitarios de las administradoras de fondos de pensiones:
 1. ¿Qué expresiones en una publicidad de tono excluyente se convertirían en publicidades comparativas en este mercado?
 - 1.1. El principio de veracidad en la Publicidad Comparativa;
 - 1.2. Interpretación del consumidor de la información transmitida por una Administradora de Fondos de Pensiones.
- IV. Conclusiones.



I. INTRODUCCIÓN

La publicidad es un mecanismo de comunicación comercial cuyo objetivo es fomentar el consumo de un producto o servicio a través de los medios de comunicación. En términos generales puede agruparse en *above the line* y *below the line* según el tipo de soportes que utilice para llegar a su público objetivo¹.

Así, las publicidades *above the line* son aquellas que utilizan medios convencionales a fin de llegar a un sector del público masivo, tales como las publicidades en televisión, radio o medios de prensa escrita. Por el contrario, las publicidades *below the line* son aquellas que no utilizan dichos medios convencionales, tales como el marketing directo o el telemarketing.

Resulta evidente que en el caso de ambas, lo esencial, a fin de fomentar el consumo, es trasladar al consumidor la información del producto o servicio que lleve al mismo a adquirir el mismo.

Teniendo en consideración ello, y dado que es el ofertante del referido bien o servicio quien posee la mayor cantidad de información respecto del producto que ofrezca; una adecuada regulación jurídica de la misma se fundamentará en la información que se traslade al consumidor a partir de la misma.

En el caso del Perú, el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la "LRCD"), es la norma que regula dichos supuestos.

En el presente artículo, centraremos nuestro análisis respecto de uno de los supuestos regulados en la referida norma, la cual es la publicidad comparativa. Específicamente, la publicidad comparativa en mercados regulados con una reducida cantidad de ofertantes, tal como lo es el mercado de administración de fondos de pensiones.

Para estos efectos, analizaremos en primer lugar las características de toda publicidad comparativa, su diferenciación con otra modalidad (la publicidad de tono excluyente) y la importancia de la referida diferenciación, a la luz de la regulación que se ha establecido en nuestro país (en este caso, la regulación de las administradoras de fondos de pensiones).

II. CARACTERÍSTICAS DE LA PUBLICIDAD COMPARATIVA

El artículo 12.1 de la LRCD ha definido, escuetamente, los actos de comparación de la siguiente manera: "*Los actos de comparación consisten en la presentación de las ventajas de la oferta propia frente a la oferta competidora*".

Asimismo, de acuerdo con la Resolución del Jurado de Publicidad Español recaído en el caso Terra Networks España vs. Ya. Com Internet Factory², se señaló refiriéndose a la publicidad comparativa, que:

"Esta modalidad publicitaria, en efecto, ya ha sido definida por este Jurado como aquella en la que el empresario anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores, identificados o inequívocamente identificables, con el resultado de destacar las ventajas de la propia oferta frente a la oferta competidora".

Siguiendo este razonamiento, el concepto 00022899 de fecha 18 de abril de 2000, emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio de la República de Colombia³, ha señalado lo siguiente:

"De acuerdo con la regulación vigente podemos considerar que la publicidad comparativa en Colombia se ubica dentro del concepto que la doctrina ha denominado como posición intermedia, es decir, "... involucra las comparaciones expresas sin desconocer el

1. <http://www.imaggi.com.au/EducationCentre/Advertisingdefinitions/AboveBelowtheLineAdvertising.aspx>

2. Disponible en línea en: <http://www.autocontrol.es/data/pdf/sint/rest0291.pdf>

3. Información disponible en línea en: <http://www.sic.gov.co/Conceptos/Conceptos/Concepto00022899.php>

hecho que en la práctica muchos anunciantes realizan verdaderas comparaciones con los productos y servicios de un competidor, haciendo que éste sea identificable por el público e ilustrando las ventajas de los productos del anunciante frente a los del competidor...". De la definición se concluye que las comparaciones siempre habrán de referirse a las características de los productos "(...) las cuales por definición son objetivas y comprobables (...)" (subrayado nuestro).

Como podemos observar, para efectos de que una publicidad califique como publicidad comparativa debe cumplir con dos (2) requisitos, a saber:

- (i) Referencia a la oferta propia y a la oferta de uno o varios de sus competidores (especificidad).
- (ii) Destacar las ventajas de la oferta propia respecto de la oferta de sus competidores (apreciación de conjunto de los productos comparados).

En este mismo orden de ideas, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi (en adelante, la "Comisión") ha señalado en el Precedente de Observancia Obligatorio contenido en la Resolución No. 0547-2004/TDC-INDECOPI, recaída en el expediente No. 051-2002/CCD, en el procedimiento seguido por *The Coca Cola Company vs. Embotelladora San Jorge S.A.C. (en adelante el Caso Coca Cola)*, que:

"La publicidad comparativa tiene dos elementos característicos: (i) la referencia conjunta e inequívoca a la oferta propia y a aquella de uno o varios competidores determinados; y (ii) la finalidad de dicha referencia conjunta es presentar las ventajas de la oferta propia frente a las desventajas de la oferta competidora".

Respecto al requisito de hacer referencia a la oferta propia y a la oferta de uno o varios de sus competidores, la Comisión indica⁴:

"Cuando las alegaciones respecto de las características y/o beneficios de los productos comparados se refieran a productos o géneros de productos específicos:

De modo directo: Es decir, aludiendo con nombre propio al producto comparado o mostrando el producto.

De modo indirecto: Esto es, suministrando o mostrando información distintiva que permita a un consumidor razonable, identificar los productos o géneros de productos comparados".

Cabe tener en cuenta que dicha conclusión se encuentra reforzada por el hecho que otras legislaciones siguen el mismo razonamiento.

En efecto, el inciso 1 del artículo 6 bis de la Ley General de Publicidad⁵ de España, Ley 34/1988 expresa que: "A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él".

Como podemos observar, la legislación española en materia de publicidad señala como una de las características de la publicidad comparativa la especificidad en sus dos modalidades: (i) directa (aluda explícitamente); o (ii) indirecta (aluda implícitamente).

De acuerdo con lo expuesto, podemos concluir que para efectos de que un anuncio publicitario constituya una publicidad comparativa puede seguirse el siguiente razonamiento:

- (i) Especificidad: El anuncio debe hacer referencia al o los productos y/o servicios de

4. Información disponible en línea en: <http://www.indecopi.gob.pe/legislacionyjurisprudencia/ccdi/publicidadcomparativa.asp>

5. Disponible en línea en: <http://civil.udg.es/normachil/estatal/contract5.gp.htm>

sus competidores. Dicha referencia podrá ser realizada de dos maneras, a saber:

- a) Directa: aludiendo expresamente al producto y/o servicio comparado (mencionando su nombre comercial, marca o denominación social, entre otras posibilidades).
 - b) Indirecta: brindando al destinatario de la publicidad elementos que determinen que un consumidor razonable pueda identificar los productos y/o servicios comparados⁶.
- (ii) Comparación: El anuncio deberá resaltar por lo menos una ventaja de su producto y/o servicio respecto de los bienes y/o servicios comparados.

Ahora bien, una vez determinadas las características de toda publicidad comparativa pasaremos a desarrollar las principales diferencias de dicha modalidad publicitaria con otra modalidad denominada, publicidad de tono excluyente.

1. Diferencia entre la publicidad comparativa y la publicidad de tono excluyente

6. Siguiendo con el análisis efectuado, los Códigos de Autorregulación Publicitaria de diversos países han realizado la misma caracterización (los Códigos de Autorregulación publicitaria son cuerpos normativos realizados a partir de la constitución de un sistema de autocontrol voluntario de anunciantes de bienes y/o servicios que tiene por finalidad determinar las reglas y normas que regularán su actividad publicitaria. En este sentido, dichas normas son expresadas y aplicadas por y hacia los anunciantes de bienes y/o servicios; por lo que los conceptos expresados en los mismos representan categorías jurídicas conocidas y aceptadas por los anunciantes). Así, el Código de Autorregulación publicitaria de la Comisión Nacional de Televisión de Colombia dispone en su artículo 35 lo siguiente:
"ARTÍCULO 35. Entiéndase por publicidad comparativa toda aquella que aluda explícita o implícitamente a una empresa competidora o a sus bienes, productos o servicios en relación con la empresa, bienes, productos o servicios anunciados.
PARÁGRAFO: la publicidad comparativa es explícita cuando menciona específicamente el nombre de la competencia o muestra directamente el producto enfrentado e implícita cuando sugiere el nombre, envase, presentación, atributo o cualquier otro hecho o detalle que pueda relacionarse claramente con la competencia.
 En este mismo orden de ideas, el artículo 22º del Código de Autorregulación Publicitaria de Paraguay, expresa al respecto lo siguiente:
"Se entiende por publicidad comparativa:
a) La que específicamente menciona el nombre de la competencia;
b) La que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo o cualquier otro hecho o detalle que pueda relacionarse claramente con la competencia"
 Asimismo, de acuerdo con el artículo 10 del Código Chileno de Ética Publicitaria se señala que:
"Artículo 10. Para los efectos de este Código, se entenderá por publicidad comparativa aquella que explícitamente identifica a la competencia o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con uno o más marcas o empresas de la competencia o una industria en particular" [subrayado nuestro].

La publicidad de tono excluyente es aquella en virtud de la cual el anunciante informa a los consumidores que su empresa, productos y/o servicios anunciados ocupa(n) la posición preeminente en el mercado, posición no alcanzada por ningún competidor.

En este mismo orden de ideas, la Comisión, mediante Resolución No. 078-96-CCD emitida en el expediente No. 075-96-CCD, ha establecido que se entiende por "publicidad de tono excluyente" aquellas expresiones publicitarias que tienen por finalidad afirmar que el anunciante ocupa una posición preeminente en un determinado sector del mercado.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, podemos notar que la publicidad de tono excluyente tiene dos (2) características concurrentes, a saber:

- (i) Afirmación de preeminencia del producto y/o servicio propio respecto de los demás productos y/o servicios.
- (ii) Referencia a todos los productos y/o servicios de sus competidores de forma indistinta, sin que el consumidor pueda identificar a uno o varios en específico.

Sobre este punto, es importante indicar que, para efectos de la configuración de una publicidad de tono excluyente, deben presentarse ambas características.

Es más, de acuerdo con lo expresado en la Resolución No. 1 recaída en el expediente No. 131-2005/CCD, la Comisión señaló, citando a Anxo Tato Plaza, que:

"(...) en la publicidad comparativa, el anunciante compara su oferta con la de uno o varios competidores determinados, resaltando las ventajas que posee la primera frente a la segunda. Por el contrario, en la publicidad de tono excluyente, el anunciante no compara las ventajas de su oferta frente a las desventajas de la oferta de uno o varios competidores determinados; en la publicidad de tono excluyente, el anuncio se limita a resaltar su posición de preeminencia, sin hacer ninguna referencia directa a sus competidores" (subrayado nuestro).

Como podemos notar, existen evidentes diferencias entre la publicidad comparativa y la publicidad de tono excluyente, a pesar de que comparten entre sí la característica de resaltar la ventaja del producto propio frente a los de los competidores (en el caso de la publicidad comparativa, resaltando una ventaja o conjunto de las mismas de manera específica; y, en el caso de la publicidad de tono excluyente, resaltando la posición de preeminencia).

Ahora bien, una vez establecidos los requisitos para la configuración de una publicidad comparativa, así como aquellos concernientes a la publicidad de tono excluyente, pasaremos a analizar la importancia de diferenciar adecuadamente ambas modalidades de publicidad.

2. Importancia de la diferencia entre publicidad comparativa y la publicidad de tono excluyente

7. "Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance".

Uno de los principios que rige a la actividad publicitaria es el principio de legalidad, el cual se encuentra establecido en el artículo 17.2 de la LRCD⁷.

Desarrollando los alcances del referido principio, los Lineamientos sobre Publicidad Comercial, Resolución No. 021-2000/CCD-INDECOPI (en adelante, los "Lineamientos") expresan lo siguiente:

"Conforme al principio de legalidad, los anuncios que se difundan en el mercado deben respetar las normas contenidas en la Constitución y las leyes que forman parte del sistema legal del país.

La aplicación de este principio a anuncios publicitarios está referido, entre otros, a los supuestos de publicidad regulados en normas correspondientes a diversos sectores económicos como por ejemplo (...) administradoras de fondos de pensiones, entre otras" (subrayado nuestro).

Tal como indicamos en la parte introductoria, para efectos del presente artículo, haremos especial incidencia en la existencia de una regulación especial respecto de los anuncios publicitarios realizados por Administradoras de Fondos de Pensiones.

Así pues, de acuerdo con el artículo 12 del título IV del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones, referido a la Información al Afiliado y al Público en general, aprobado mediante Resolución SBS No. 355-2005 (en adelante, el "Reglamento"), se señala que:

"(...) las AFP que realicen publicidad comparativa sólo podrán utilizar indicaciones de resultados divulgados por la Superintendencia, a través de las publicaciones bajo medios

impresos o virtuales de que tratan los inciso a) al f) del artículo 9º del presente título.

En este orden de ideas, la publicidad comparativa que realicen las AFPs se encuentra sujeta a una limitación, en virtud de la cual sólo podrían comparar características que hayan sido objeto de análisis y publicación por parte de la SBS.

De acuerdo con ello, el ámbito objetivo de aplicación de la referida norma es exclusivamente el de las publicidades comparativas, por lo que resulta sumamente relevante, para efectos de la aplicación de dicho dispositivo legal, que se determine previamente si un anuncio publicitario de una AFP califica como publicidad comparativa.

Sobre la base de tal premisa, se requiere un adecuado análisis que nos permita establecer las características de una publicidad comparativa y diferenciarla así de otras modalidades publicitarias que podrían tener elementos en común, como es el caso de la publicidad de tono excluyente, a fin de determinar adecuadamente el ámbito de aplicación del artículo 12 del Reglamento.

III. LOS ANUNCIOS PUBLICITARIOS DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES

Sin perjuicio de la diferenciación antes señalada, debemos tomar en consideración que existen mercados en los que realizar anuncios publicitarios de tono excluyente, podría no efectuarse debido a las características de dicho mercado; por lo que serían considerados como publicidades comparativas.

Así, por ejemplo el jurista Carlos Fernández Novoa ha señalado respecto a la publicidad de tono excluyente en estos supuestos que:

"(...) para otorgar a una expresión publicitaria significado excluyente-comparativo hay que atender, entre otras, a la circunstancia de que sea reducido el número de competidores del anunciante y de los productos competitivos ofrecidos por los mismos (...)".

Como podemos observar, en el caso que en un mercado concurren un número reducido de competidores, el efecto comparativo de la publicidad de tono excluyente se acentúa más, por lo que se le calificaría como tal.

Un mercado en el cual se presentaría este escenario sería el mercado de administradoras de fondos de pensiones,

En el caso del Perú, el mercado previsional soporta un número reducido de ofertantes (AFPs), debido a los altos costos requeridos para brindar el servicio, así como por las exigencias que imponen las normas regulatorias pertinentes.

Así pues, de acuerdo con el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley del Sistema Privado de Pensiones, aprobado por Decreto Supremo 054-97-EF (en adelante, la "Ley del SPP"), la entrada al mercado como prestador de servicios de administración de fondos de pensiones requiere autorización de la SBS⁸.

Siguiendo este razonamiento, a la fecha sólo existen 4 agentes en el mercado prestando el servicio de administración de fondos de pensiones: Profuturo AFP, AFP Integra, AFP Horizonte, y PRIMA; las cuales son ampliamente conocidas por los consumidores.

Como podemos observar, debido a esta característica, el mercado en el cual se desarrollaría la actividad publicitaria (de administración de fondos de pensiones), brinda elementos al

8. FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos. *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1989, p. 208
9. Sobre este punto cabe agregar que, para efecto de la obtención de la autorización de funcionamiento de la SBS se requiere, entre otras exigencias, un capital mínimo de S/. 2'279,372.00 (dos millones doscientos setenta y nueve mil trescientos setenta y dos y 00/100 Nuevos Soles), de acuerdo con lo establecido en la Circular No. AFP-120-2011 y en la Ley del SPP.

consumidor para poder determinar, sin margen de error alguno, a los competidores de una de ellas.

Como consecuencia del número reducido de ofertantes en el mercado previsional y de la plena identificación de dichos agentes económicos por los consumidores, una expresión dirigida al mercado (como lo es una expresión contenida en un anuncio publicitario) que tenga una característica comparativa será inmediatamente interpretada por un consumidor razonable como una referencia a los demás competidores.

En este sentido, las expresiones con un efecto comparativo contenidas en un anuncio respecto del mercado previsional, determinarán que un consumidor razonable identifique plenamente a los competidores involucrados.

1. ¿Qué expresiones en una publicidad de tono excluyente se convertirían en publicidades comparativas en este mercado?

Expresiones como la "menor comisión" o "la más alta rentabilidad" hacen referencia a una característica claramente identificable del servicio de administración de fondos de pensiones (componente del precio), y no se limitan a resaltar una posición de preeminencia (para estos efectos debemos recordar que una posición de preeminencia no menciona una característica específica).

En este sentido, dichas expresiones hacen referencia a la oferta propia y a la oferta de sus competidores (especificidad), los cuales son plenamente identificables dada la estructura del mercado; y destacan las ventajas de la oferta propia respecto de sus competidores.

Es más, dichas expresiones equivaldrían a señalar que las AFPs "A", "B", y "C"; cobran comisiones más altas, en oposición a la comisión cobrada por una AFP: "D".

De acuerdo con ello, y según el análisis que hemos efectuado, dichas expresiones, en el marco de una publicidad, se encontrarán sujetas a la regulación del artículo 12 del Reglamento; por lo que para efectos de su validez requerirán que se sustenten en indicaciones de resultados divulgados por la SBS.

Sin embargo, esta no sería la única consecuencia de dicha calificación, como veremos a continuación.

1.1. El principio de veracidad en la Publicidad Comparativa

Uno de los principios rectores de la legislación aplicable a los anuncios publicitarios es el principio de veracidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.2 concordado con el artículo 11.2 de la LRCD¹⁰.

La importancia del referido principio queda probada por el hecho que una de las principales fallas de mercado se debe a la asimetría informativa existente entre el ofertante y el demandante de los bienes y servicios.

En este sentido, cualquier traslado de información (respecto de los bienes y/o servicios ofertados) deberá realizarse de tal manera que el consumidor pueda contar con una seguridad mínima respecto de la misma, a fin de poder utilizarla en el análisis que realiza para efectuar una decisión de consumo.

10. "12.2.- Estos actos (de comparación) se reputan lícitos siempre que cumplan con lo indicado en el párrafo 11.2 de la presente Ley, caso contrario configurarían actos de competencia desleal".

"11.2.- (...) estos actos se reputan lícitos siempre que: a) Constituyan información verdadera por su condición objetiva, verificable y ajustada a la realidad; b) Constituyan información exacta por su condición clara y actual, presentándose de modo tal que se evite la ambigüedad o la imprecisión sobre la realidad que corresponde al agente económico aludido o a su oferta; c) Se ejecuten con pertinencia en la forma por evitarse, entre otros, la ironía, la sátira, la burla o el sarcasmo injustificado en atención a las circunstancias; y, d) Se ejecuten con pertinencia en el fondo por evitarse alusiones sobre la nacionalidad, las creencias, la intimidad o cualesquiera otras circunstancias estrictamente personales de los titulares o representantes de otra empresa, entre otras alusiones que no trasladen información que permita al consumidor evaluar al agente económico aludido o a su oferta sobre parámetros de eficiencia".

Para estos efectos es necesario recordar que, *“(l) a publicidad comercial es uno de los principales medios empleados por los comerciantes para ofrecer sus bienes y servicios en el mercado”*¹¹, por lo que resulta evidente la necesidad de cautelar que la información trasladada a los consumidores en virtud de la publicidad sea veraz, a fin de que puedan generarse eficientes decisiones de consumo.

Ahora bien, a fin de determinar adecuadamente el contenido del referido principio es necesario señalar que el mismo tiene dos (2) acepciones, a saber:

(i) La obligación de brindar información veraz.

La primera acepción del principio de veracidad se refiere a que las expresiones publicitarias que sean concretas y verificables deberán ser veraces por lo que el ofertante de los bienes y/o servicios anunciados deberá contar con los medios probatorios pertinentes a fin de demostrar su veracidad.

En este mismo orden de ideas, el precedente de observancia obligatorio contenido en el Caso Coca Cola señaló:

“(...) por contraste con las expresiones del primer tipo, se trata de expresiones publicitarias concretas; y, por contraste con las expresiones publicitarias comprobables. Es a este tercer tipo de expresiones publicitarias al que debe aplicarse siempre el principio de veracidad (...) porque existen pautas objetivas para fijar su exactitud o inexactitud”.

A mayor abundamiento, el jurista Carlos Fernández-Novoa ha señalado que:

*“El principio de veracidad quiere reprimir las expresiones publicitarias que encierran alegaciones contrarias a la verdad, con las que una empresa trata de convencer al público para que adquiera sus productos o contrate sus servicios”*¹².

Como podemos observar, en virtud de la primera acepción del principio de veracidad, las expresiones publicitarias concretas y objetivas deberán ser ciertas y no podrán contener alegaciones contrarias a la verdad.

(ii) La obligación de brindar información que no induzca a error al consumidor¹³.

En el caso de la segunda acepción del principio de veracidad, la información que se traslade al consumidor deberá tener un significado unívoco, que no pueda ser objeto de una mala interpretación por parte de los consumidores razonables, siempre que ello haya podido ser evitado por el ofertante de los bienes y/o servicios anunciados.

En este sentido, los anuncios publicitarios deberán indicar con claridad el significado de la información que se desea sea aprehendida por los potenciales consumidores.

Al respecto, es pertinente indicar que el ex presidente de la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi, Dr. Juan Espinoza Espinoza ha expresado lo siguiente:

11. De acuerdo con el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 289-97-TDC recaído en el expediente No. 043-97-TDC en el procedimiento de oficio seguido contra Editorial Letras e Imágenes S.A.
12. FERNÁNDEZ-NOVOA, Carlos. *Estudios de Derecho de la Publicidad*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1999, pp. 70-71.
13. La inducción a error al consumidor puede realizarse por omisión de información relevante en el anuncio publicitario. En dicho caso, de acuerdo con los Lineamientos, deberán evaluarse los siguientes criterios: (a) que la información omitida no resulte previsible por un consumidor razonable según los usos y costumbres existentes en el mercado; y, (b) que la omisión de información desnaturalice las condiciones en las que se realiza la oferta en el anuncio. Al respecto, cabe resaltar que ambos criterios se encuentran presentes en este caso, tal como podrá apreciar la Comisión.

"Esta prohibición no sólo se centra en la manipulación de la información, sino en las acciones que se realicen para inducir a error al consumidor, así (...) comprende a las presentaciones del producto o servicio que originen que el consumidor se equivoque"¹⁴.

En esta misma línea, la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI señaló en la Resolución No. 052-96/TRI-SDC, recaída en el expediente No. 187-95.CCD, en el procedimiento de oficio contra *Liofilizadora del Pacífico S.R.L. y Otras* (en adelante, el "caso Liofilizadora"):

"Así, el anuncio no debe contener información falsa o ambigua y el anunciante debe estar en la capacidad de mostrar, en cualquier momento con los medios que sean más apropiados, la veracidad de sus afirmaciones" (subrayado nuestro).

Asimismo, de acuerdo con el precedente de observancia obligatoria contenido en la Resolución No. 0901-2004/TDC-INDECOPI recaído en el expediente No. 107-2003/CCD, en el caso *Robert Aguilar Rivas vs. Telmex Perú S.A. y Otras*, se indicó:

"En materia publicitaria, la existencia de una afectación al contenido esencial del derecho a la información de los consumidores determinada que necesariamente se haya producido una inducción a error la consumidor, pudiendo ocurrir incluso que las afirmaciones utilizadas en el anuncio sean verdaderas, pero que la forma en que dichas afirmaciones fueron presentadas tenga el efecto inductor a error al consumidor. En este caso, se habrá configurado la vulneración del principio de veracidad publicitaria (...)" (subrayado nuestro).

Como podemos observar, en el caso del mercado de administradoras de fondos de pensiones, expresiones tales como "menor comisión" o "la más alta rentabilidad" deberán no sólo cumplir

con lo dispuesto por el artículo 12 del Reglamento (hacer uso de información publicada por la SBS); sino que además, no deberán inducir a error a los consumidores.

Siguiendo este razonamiento, analizaremos a continuación qué interpretaría un consumidor con la expresión "la menor comisión", por ejemplo, y las consecuencias que dicha afirmación generaría

1.2. Interpretación del consumidor de la información transmitida por una Administradora de Fondos de Pensiones

Para efectos de iniciar esta sección, debemos, en primer lugar, señalar los criterios aplicables a los anuncios publicitarios a fin de determinar la interpretación que ha realizado el consumidor razonable respecto de los mismos.

De acuerdo con el caso Liofilizadora, se señaló al respecto que:

"(...) los anuncios publicitarios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que estas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. De varias interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor".

Así pues, de conformidad con lo anteriormente señalado debemos analizar la expresión publicitaria de acuerdo con el sentido común y usual de las palabras contenidas en sus expresiones.

Siguiendo este razonamiento, analizaremos a continuación la expresión "la menor comisión".

Sobre este punto, es importante notar que en el mercado previsional existen dos modalidades para efectos afiliarse a una AFP:

14. ESPINOZA, Juan. *Ley de Protección al Consumidor*. Lima: Editorial Rodhas, 2001, p. 152.

- (i) Sin Plan de Permanencia: En este caso, el consumidor se afilia a una AFP mediante la suscripción de un contrato en virtud del cual la AFP se compromete a administrar su cuenta individual de capitalización (CIC), las cuales conforman los diferentes Fondo de Pensiones y el afiliado a pagar una contraprestación a la AFP (comisiones).
- (ii) Con Plan de Permanencia: De acuerdo con la página web de la SBS, este supuesto:

"Es un mecanismo mediante el cual la AFP aplica un descuento en la comisión por administración que normalmente ofrece a todos los afiliados. Este beneficio se otorga, en la medida que exista un compromiso de permanencia futura del afiliado en la AFP y/o regularidad en la cotización".¹⁵

De acuerdo con lo expresado, en el caso una administradora de fondos de pensiones señalara que cobra "la menor comisión", un consumidor razonable interpretaría que la comisión cobrada por la misma es la menor en los dos (2) escenarios posibles y previsibles.

En efecto, la inclusión de la posibilidad de afiliarse a una AFP mediante un Plan de Permanencia para un consumidor ha sido autorizada mediante Resolución SBS No. 1583-2004, norma que sustituye el Capítulo III del Título III del Compendio de Normas de Superintendencia Reglamentarias del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones¹⁶.

Así pues, en el caso una administradora de fondos de pensiones, realizara expresiones tales como "la menor comisión", deberá: (i) sustentar la misma a partir de la información que haya publicado la SBS; (ii) probar su veracidad; y (iii) asegurarse que su expresión sea cierta en todos los escenarios previsibles para un consumidor (dado que no ha hecho la diferenciación respectiva).

15. Información disponible en línea en: http://www.sbs.gob.pe/PortalSBS/derechos_afiliados/planes.htm

16. Al respecto es pertinente agregar que inclusive el artículo 24 de la Ley del SPP, ya establecía la posibilidad que las AFPs ofrezcan reducciones en las comisiones a sus afiliados en función del tiempo de permanencia; por lo que dicha información tenía mayor de antigüedad en el mercado.

I. CONCLUSIONES

- ❑ La regulación establecida en el Perú, mediante la LRCD, no realiza una adecuada definición de las publicidades comparativas, siendo que las mismas han sido analizadas a través de decisiones de los órganos competentes de aplicarla (la Comisión, por ejemplo).
- ❑ La publicidad comparativa es aquella que cumple con: (i) hacer referencia a la oferta propia y a la oferta de uno o varios de sus competidores (especificidad), sea de manera directa o indirecta; y (ii) Destacar las ventajas de la oferta propia respecto de la oferta de sus competidores (apreciación de conjunto de los productos comparados).
- ❑ La publicidad de tono excluyente es aquella que realiza: (i) afirmaciones de preeminencia del producto y/o servicio propio respecto de los demás productos y/o servicios; y (ii) hace referencia a todos los productos y/o servicios de sus competidores de forma indistinta, sin que el consumidor pueda identificar a uno o varios en específico.
- ❑ Existen supuestos, por las características del mercado, en las que una publicidad de tono excluyente deberá ser considerada como publicidad comparativa. Ello resulta evidente en los mercados con una reducida cantidad de ofertantes y con altas barreras de acceso para ingresen nuevos.
- ❑ El uso de frases tales como "la menor comisión" o "la más alta rentabilidad", entre otras; deberá ser especialmente cuidadosa; dado la aplicación de normas sectoriales –como es el caso de las AFPs– y la interpretación que un consumidor razonable realice de las mismas. Para ello, deberá tomarse en consideración los escenarios en los que pueda aplicarse.