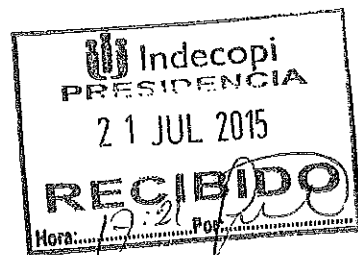




PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1
Anexo 2500**INFORME N° 002-2015/CD1-INDECOPI**

A : **Hebert Eduardo Tassano Velaochaga**
Presidente del Consejo Directivo

DE : **Abelardo Aramayo Baella**
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1

ASUNTO : **Oficio N° 1017.1774 2014-2015-CODECO/CR**

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 6 de julio de 2015, la Presidencia del Indecopi recibió el Oficio N° 1017.1774 2014-2015-CODECO/CR, suscrito por el Sr. Justiniano Apaza Ordoñez, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República, mediante el cual solicita opinión técnica respecto del Proyecto de Ley N° 4624/2014-CR - Ley que prohíbe presentar publicidad engañosa respecto características (sic) o propiedades y otros sobre bienes muebles, inmuebles o servicios (en adelante, el Proyecto).
2. En atención a ello, la Presidencia de la Institución encargó a esta Secretaría Técnica la elaboración de un Informe Técnico en el ámbito de su competencia.

II. ANÁLISIS

1. El artículo 45 del Reglamento de Organización y Funciones del INDECOPI, modificado por Decreto Supremo N° 107-2012-PCM, establece que "la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal vela por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, aprobada por Decreto Legislativo N° 1044, y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe empresarial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores". (El resaltado y subrayado es añadido).
2. Mediante Oficio N° 1017.1774 2014-2015-CODECO/CR, el Sr. Justiniano Apaza Ordoñez, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores del Congreso de la República, solicitó opinión técnica respecto del Proyecto. Sobre el particular, el Proyecto consta de un solo artículo que prescribe lo siguiente:

"Artículo 1.- Prohibición de presentar publicidad engañosa respecto características (sic) o propiedades y otros sobre bienes muebles, inmuebles o servicios

Queda prohibida en el territorio de la Nación, realizar cualquier clase de exposición y/o presentación de publicidad o propaganda que utilizando datos inexactos y ocultando información, pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Para tal efecto, toda imagen publicitaria publicada en soporte gráfico o audiovisual, que haya sido retocada o modificada digitalmente mediante programas informáticos, debe exhibir con tipografía y en lugar destacado y legible la siguiente leyenda: "**Imagen modificada digitalmente**".

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf.: 224 7800
e-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1
Anexo 2500

Informe N° 002-2015/CD1-INDECOPI
Página 2 de 4

3. Al respecto, se debe tener en consideración que en la actualidad se encuentra vigente el Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), cuerpo legal de significativo nivel técnico en su formulación y que es aplicable a la publicidad con efectos en todo o parte del territorio nacional, el mismo que establece lo siguiente:

Artículo 8.- Actos de engaño.-

8.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los bienes, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

8.2.- Configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.

8.3.- La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones objetivas sobre los bienes o servicios anunciados corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante.

8.4.- En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un bien o un servicio anunciado, el anunciante debe contar previamente con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje.

(El subrayado es añadido).

4. Conforme se puede observar en los párrafos precedentes, la prohibición general propuesta por el Proyecto resulta innecesaria, debido a que, en la actualidad, se encuentra vigente una norma legal que, de manera técnica en su formulación, prohíbe y permite sancionar los Actos de Engaño efectuados a través de la Publicidad, teniendo en cuenta todos los supuestos en los que se pudiera inducir a error (real o potencial) a otros agentes económicos en el mercado, tutelando adecuadamente los derechos de los consumidores. En este punto, cabe precisar que la fórmula legal recogida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es reiterada en la Ley 29571 - Código de Protección y Defensa del Consumidor, el mismo que prescribe lo siguiente:

"Artículo 13.- Finalidad

La protección del consumidor frente a la publicidad tiene por finalidad proteger a los consumidores de la asimetría informativa en la que se encuentran y de la publicidad engañosa o falsa que de cualquier manera, incluida la presentación o en su caso por omisión de información relevante, induzcan o puedan inducirlos a error sobre el origen, la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad, cantidad, precio, condiciones de venta o adquisición y, en general, sobre los atributos, beneficios, limitaciones o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el agente económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o que los induzcan a error sobre los atributos que posee dicho agente, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1
Anexo 2500

Informe N° 002-2015/CD1-INDECOPÍ
Página 3 de 4

(...)"

5. En tal sentido, se puede concluir que la prohibición general establecida en el Proyecto colisionaría con importantes normas legales vigentes, las mismas que vienen siendo aplicadas eficientemente por el Indecopi.
6. De otro lado, el segundo párrafo del Artículo 1 del Proyecto propone una carga informativa específica a la publicidad, mediante la inclusión de la frase "Imagen modificada digitalmente" para los anuncios que contengan "toda imagen publicitaria publicada en soporte gráfico o audiovisual, que haya sido retocada o modificada digitalmente mediante programas informáticos". Al respecto, cabe señalar que el Proyecto propone que la referida frase se exhiba "con tipografía y en lugar destacado y legible".
7. Sobre el particular, debe tenerse en consideración que el inciso 4º del artículo 2º y el artículo 59º de la Constitución Política del Perú otorgan rango constitucional a los derechos a la libertad de expresión, información y libertad de empresa, respectivamente, los mismos que, a su vez, constituyen el fundamento constitucional de la actividad publicitaria, ya que quienes concurren en el mercado tienen el derecho de expresar libremente sus ideas a través de la publicidad. En tal sentido, es importante añadir que la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece los siguientes principios:

"Artículo 19.- Ejercicio de la libertad de expresión empresarial y sus límites.-

19.1.- El desarrollo de actividad publicitaria permite el ejercicio de la libertad de expresión en la actividad empresarial y es vehículo de la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución Política del Perú.

19.2.- El ejercicio de la libertad de expresión empresarial no debe significar la realización de actos de competencia desleal que afecten o limiten el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en una economía social de mercado, ni que afecten el derecho a la información sobre los bienes y servicios que corresponde a los consumidores, conforme a lo garantizado por la Constitución Política del Perú.

Artículo 20.- Uso de licencias publicitarias.-

En el ejercicio de la actividad publicitaria se encuentra permitido el uso del humor, la fantasía y la exageración, en la medida en que tales recursos no configuren actos de competencia desleal."

(El subrayado es añadido)

8. En tal sentido, toda restricción o carga que se pretenda imponer a la publicidad debe ser formulada teniendo en consideración su razonabilidad¹ y proporcionalidad, en función de los

¹ Al respecto, la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005, recaída en el Proceso de Inconstitucionalidad iniciado por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República, estableció lo siguiente:

"El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales. Para que la aplicación del test sea adecuada, corresponde utilizar los tres principios que lo integran.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1
Anexo 2500Informe N° 002-2015/CD1-INDECOPI
Página 4 de 4

derechos constitucionales que se pudieran afectar, así como de las garantías que la Ley ha establecido para la correcta realización de la actividad publicitaria. Por ello, en el presente caso, no se aprecia que la Exposición de Motivos del Proyecto consigne información estadística o técnica que sustente la razonabilidad de la carga informativa propuesta, ello teniendo en consideración que la frase indicada en el Proyecto pudiera afectar la inclusión de otra información que sí podría ser relevante para los consumidores.

9. Por las razones expuestas precedentemente, esta Secretaría Técnica no se encuentra de acuerdo con el Proyecto, toda vez que resulta innecesario, al existir leyes vigentes que, de manera técnica, prohíben y permiten sancionar los actos de engaño en la publicidad. De otro lado, la prohibición específica formulada en el segundo párrafo del Proyecto no se encuentra sustentada en información estadística o técnica en su Exposición de Motivos, por lo que podría constituir una afectación innecesaria y desproporcionada a los derechos constitucionales y las garantías legales que sustentan la realización de la actividad publicitaria.

III. CONCLUSIÓN

Esta Secretaría Técnica no se encuentra de acuerdo con el Proyecto de Ley N° 4624/2014-CR - Ley que prohíbe presentar publicidad engañosa respecto características (sic) o propiedades y otros sobre bienes muebles, inmuebles o servicios, toda vez que resulta innecesario, al existir leyes vigentes que, de manera técnica, prohíben y permiten sancionar los actos de engaño en la publicidad. De otro lado, la prohibición específica formulada en el segundo párrafo del citado Proyecto de Ley no se encuentra sustentada en información estadística o técnica en su Exposición de Motivos, por lo que podría constituir una afectación innecesaria y desproporcionada a los derechos constitucionales y las garantías legales que sustentan la realización de la actividad publicitaria.

Atentamente,

ABELARDO ARAMAYO BAELLA
Secretario Técnico
Comisión de Fiscalización de
la Competencia Desleal N° 1

Lima, 20 de julio de 2015

De acuerdo con el principio de idoneidad o adecuación, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, suponiendo dos cosas: primero, la legitimidad constitucional del objetivo y, segundo, la idoneidad de la medida *sub examine*. El principio de necesidad significa que, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental. Por último, de acuerdo con el principio de proporcionalidad *strictu sensu*, para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de ésta debe ser por lo menos equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental, comparándose dos intensidades o grados: el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental." (El resaltado es añadido)