

# La protección del consumidor a través de la sanción de los actos de engaños<sup>1</sup>

10 septiembre, 2017 402 vistas

Olga Alejandra Alcántara Francia

Abogada. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Investigadora adscrita al IDIC de la Universidad de Lima. Master en Droit por l' Université Catholique de Louvain-la- Neuve, DEA en Derecho Civil por la Universidad Carlos III de Madrid y Doctoranda en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

---

Con la creación del Indecopi, por los años '90s y con la entrada en vigencia de los Decretos Legislativos N° 716 y N° 691 y el Decreto Ley N° 26122, quedó constituido, al menos por esa época, el marco legislativo que regularía y sancionaría la publicidad engañosa y todo acto de competencia desleal que atentara contra la competencia y contra los consumidores. Con el paso del tiempo, el Decreto Legislativo N° 716 fue modificándose a través de leyes y decretos supremos hasta quedar derogado por el Código de Protección y Defensa de los Consumidores (CPDC), el mismo que entró en vigencia en octubre de 2010. Lo mismo ocurrió con el Decreto Legislativo N° 691 y la Ley N° 26122 que fueron derogadas, pero no para ser reemplazadas por otras normas autónomas sino más bien para brindar al consumidor un régimen unificado de represión de la competencia desleal que incluye a la publicidad difundida en el mercado. Nos estamos refiriendo al Decreto Legislativo N° 1044 del 28 de junio de 2008.

Entonces si uno, o el universo de consumidores, resultaran ser víctimas de una publicidad engañosa -ya sea porque motivados por el anuncio realizaron compras que no hubieran tenido lugar si no se hubieran dejado convencer por éste, o porque creyeron en las promociones u ofertas mostradas en el anuncio-, podrían denunciar estos hechos como constitutivos de actos de engaño e infracción del Decreto Legislativo 1044 ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, CFCD). La comisión de protección al consumidor se encarga de recibir y tramitar las denuncias que infringen únicamente las normas establecidas en el CPDC; aquellas que tratan exclusivamente sobre publicidad y el análisis de los anuncios publicitarios son competencia de la CFCD.

La publicidad es una potente herramienta que sirve para captar la atención e interés de los consumidores dentro de un mercado. A esta herramienta tienen acceso todos los competidores o empresas que se 'disputan' la preferencia de nichos de consumidores o de todo el universo de consumidores, dependiendo, naturalmente, del tipo de producto o servicio que ofrezcan en el mercado. En este sentido, el Indecopi ha señalado en sus Lineamientos sobre publicidad engañosa, que la publicidad cumple tres funciones: informativa, persuasiva y constituirse en un mecanismo de

---

<sup>1</sup> Fuente: Polemos <https://polemos.pe/la-proteccion-del-consumidor-traves-la-sancion-los-actos-enganos/>

competencia. Cumple una función informativa en la medida que brinda al consumidor cierta información acerca del producto o servicio que está ofreciendo; cumple una función persuasiva, cuando a través del contenido del anuncio intenta convencer al consumidor de comprar el producto o servicio ofertado; y constituye un mecanismo de competencia, en la medida en que haciendo uso de la información y de la persuasión tiene como finalidad atraer, 'quitar' o 'captar' clientes de una empresa en desmedro de la otra. Esto último es denominado 'daño concurrencial' y es permitido pues forma parte del juego de oferta y demanda, típicos de los mercados abiertos y de los procesos competitivos. En otros términos, disputarse la preferencia de los consumidores dejando al competidor sin clientes, no es malo ni reprochable en la medida en que tal acto (o actos) respeten la buena fe empresarial. Si el o los competidores con la finalidad de excluir a sus similares del mercado, hacen uso de mecanismos que atentan contra la buena fe empresarial entonces es posible que incurran en actos de competencia desleal que sí son sancionables.

Ahora bien, ¿qué actos pueden ser sancionables? De manera general, cualquier acto que atente contra la buena fe empresarial resulta ser sancionable (artículo 6, Decreto Legislativo 1044), pero de manera específica, el Capítulo II del Decreto Legislativo 1044 recoge de forma enunciativa un catálogo de actos reprimibles como los actos de engaño, los actos de explotación de la reputación ajena, actos de denigración, etc.

Recientemente, el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi sancionó a una empresa de telefonía móvil por actos de engaño expresados a través de la publicidad (tanto televisiva, radial como por internet). Esta Resolución N° 0362-2017, de la última instancia administrativa, es importante porque sanciona de manera severa la publicidad engañosa y mantiene la línea interpretativa del tribunal respecto del análisis del anuncio publicitario poniendo énfasis en la protección del consumidor. Para detectar cualquier acto de competencia desleal realizado haciendo uso de la publicidad es necesario que la autoridad administrativa analice el anuncio publicitario de manera integral y superficial.

El análisis integral abarca a todo el contenido del mismo, incluyendo las palabras, expresiones habladas o escritas, números, los efectos de todo tipo. Interesa la respuesta del consumidor frente al mensaje difundido y la forma cómo éste 'entiende' o 'aprehende' dicho mensaje. El examen superficial, como su nombre bien lo indica, busca determinar la percepción que crea en el consumidor el mensaje publicitario. No tiene por objeto analizar cada frase, número o expresión, sino que, de manera conjunta busca determinar la 'idea' que puede formarse el consumidor de la publicidad observada.

En la citada resolución, se sanciona al operador telefónico Entel por haber realizado campañas publicitarias a través de diferentes medios haciendo uso de expresiones engañosas, tales como, "WhtasApp ilimitado sin saldo ni recargas hasta el 31 de diciembre de 2015" con el objetivo de captar clientela perjudicando a sus competidores. Las expresiones o frases que ilustraban las campañas publicitarias fueron calificadas como engañosas pues el cumplimiento de lo ofrecido estaba sujeto a restricciones y/o limitaciones que no aparecían en la propia campaña sino luego de una búsqueda en la

página web. Todo ello sumado al hecho que las restricciones contenidas en la página web contradecían el mensaje de la campaña publicitaria “WhatsApp ilimitado sin saldo ni recargas hasta el 31 de diciembre de 2015”, pues existían restricciones tanto para los usuarios de teléfonos prepago como de post pago. Esto determinó que el Tribunal señalara que esta campaña publicitaria inducía a error a los consumidores propiciando la adquisición del servicio bajo condiciones engañosas y perjudicando a la competencia.

La publicidad engañosa perjudica a los consumidores o usuarios en la medida en que ven frustradas sus expectativas al no poder gozar de los beneficios ofrecidos en la promoción o campaña publicitaria pero también atenta contra la competencia pues detrae clientela de un competidor e impide que nuevos clientes prefieran a las empresas competidoras por ‘confiar’ en la publicidad difundida. Esta puede presentarse de varias maneras: por la utilización de afirmaciones o expresiones falsas, por la inducción a error al consumidor, por omisión de información relevante, por brindar información ambigua y/o inexacta. Sea que se incurra en uno u otro tipo, todos ellos contradicen e infringen el principio de veracidad.

Generalmente quienes recurren a este tipo de publicidad son las empresas que desean incrementar su flujo de ingresos a través de la captación de nuevos clientes y lanzan campañas en periodos precisos del año, como las fiestas de fin de año o las fiestas patrias, o días del padre o de la madre; épocas en las que los consumidores están ávidos de ofertas y ‘necesitados’ por la coyuntura de hacer regalos a sus próximos.

La agencia de competencia, es decir Indecopi, ha resuelto y sancionado numerosos casos de publicidad engañosa, así como otros de publicidad comparativa y denigratoria. Sin embargo, en materia de actos de engaño existen dos precedentes de observancia obligatoria. El primero de ellos, constituido por la Resolución N° 0901-2004/TDC-INDECOPI, a través del cual se sanciona a Telmex por publicidad engañosa. Sin embargo, el tribunal no se manifiesta con claridad sobre la aplicación del principio de veracidad publicitaria, ni sobre el acceso a la información a los consumidores y la forma o manera en que esto puede constituir una barrera de entrada a la actividad publicitaria.

Es así que, el precedente de observancia obligatoria (Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI) contra Hipermercados Metro deja sin efecto el precedente anterior. Si bien es verdad que este procedimiento fue resuelto a la luz del Decreto Legislativo 691 que a la fecha, se encontraba vigente, no menos cierto es que deja sentadas las bases teóricas de los principios que deben respetar los anunciantes y de los criterios que aplica la autoridad para analizar un anuncio o campaña publicitaria. El destinatario de la protección jurídica es siempre el consumidor, pues hacia él van dirigidos todos los anuncios, campañas u ofertas de bienes y servicios.

Este precedente de observancia obligatoria tiene por finalidad proponer un mecanismo que garantice a los consumidores un mejor acceso a la información considerando la apreciación superficial de los anuncios publicitarios. De este modo, se establece que los proveedores deben poner a disposición de los consumidores un servicio de información gratuito y de fácil comprensión, como por ejemplo, un centro de atención telefónica o cualquier otro mecanismo que cumpla el mismo objetivo. Este caso culminó con la imposición de una multa y la aplicación de una medida complementaria relativa al cese de la difusión del anuncio sancionado.

Como vemos, la actividad publicitaria resulta beneficiosa en la medida en que se realice respetando la buena fe empresarial que debe regir en todo mercado. Las normas sobre publicidad exigen también el respeto de principios tales como el de veracidad, pues el destinatario final de ésta es el consumidor. Si bien es verdad el uso de la publicidad como herramienta de captación de clientes no es sancionable, sí lo es, la utilización de engaños, artimañas o denigración del o de los competidores para detraerles clientela. En la medida en que el análisis integral y superficial del anuncio demuestre la existencia de engaños o argucias que inducen a error al consumidor, la empresa que incurra en estos actos será sancionada con multas y/o medidas correctivas complementarias en la vía administrativa.