

Luces y Sombras en el régimen de la Publicidad del Código de Protección y Defensa del Consumidor

Gustavo Rodríguez García*

SUMILLA

En el presente artículo, el autor analiza algunos aspectos relativos al régimen de publicidad contenido en el Código de Protección y Defensa de los Consumidores. Así, se desarrollan aspectos como la Publicidad dirigida a menores de edad, la adecuación social de los anuncios publicitarios y las posibles compatibilidades y contradicciones entre los términos contractuales y el contenido informativo de la Publicidad. De esta forma, quedan reveladas ciertas luces y sombras a propósito del tratamiento normativo de la publicidad en el referido Código.

La asunción principal del sistema de protección al consumidor es que una de las partes de la relación de consumo -el consumidor- se encuentra en una situación de asimetría informativa frente a los proveedores de productos y servicios. Dicha asimetría se produce dado que es factible asumir que los proveedores tienen mayor información sobre su propio producto o servicio que el consumidor. De esta forma, la superación de la asimetría informativa se convierte en la principal tarea de una normativa de protección de los consumidores.

No solamente es razonable asumir que los proveedores cuentan con mayor información que los consumidores sobre los productos o servicios que éstos ofrecen. Además, debe considerarse que la adquisición de información es una actividad costosa. En un mercado competitivo, los proveedores desean que los consumidores reconozcan los atributos positivos correspondientes a la oferta propia. Como no es factible asumir que los consumidores conocen de antemano estos atributos positivos -y la búsqueda de información implica un costo para el consumidor- los proveedores revelan a los consumidores la información que consideran valiosa mediante diversos mecanismos. Uno de los más importantes de revelación de información en el mercado es la publicidad.

A medida que el consumidor requiere de mayor especialización o de un contacto más directo con el producto, la publicidad se vuelve más importante, porque permite revelar atributos no evidentes para el consumidor. Garantizar que el consumidor pueda adoptar decisiones de consumo informadas es imprescindible para asegurar la observancia del principio de soberanía del consumidor en el mercado, es decir, el ejercicio libre y mínimamente informado del derecho a elegir¹.

Desde luego, la publicidad puede ser empleada como vehículo para transmitir información exacta sobre determinado producto o servicio, o para divulgar información falsa o engañosa. Por supuesto, identificar el carácter inexacto o falso de cierta información implica una tarea de análisis, a partir de ciertos criterios, de la publicidad emitida. *A priori*, no hay medida más perniciosa para el consumidor que aquella que prohíbe o limita la actividad publicitaria. Una limitación de este tipo tiene el efecto directo de restringir la cantidad de información disponible para el consumidor conduciendo a estos hacia decisiones de consumo a ciegas. Dado que, no toda publicidad genera un efecto negativo, es mejor reservar la intervención legal para aquellos casos en los que se verifique la revelación de información incorrecta.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Propiedad Intelectual por la Universidad Austral de Argentina. Actualmente se desempeña como Abogado Asociado Senior en Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados. Profesor de Análisis Económico del Derecho y Derecho de la Propiedad Intelectual. Miembro de la Asociación Peruana de la Propiedad Industrial y Derecho de Autor (APPI) y de la Asociación Interamericana de la Propiedad Intelectual (ASIPI).

¹ Averitt, Neil W. y Lande, Robert H.us. "Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law", Antitrust Law Journal, Vol. 65, Verano 1997.

Existe, como ya puede vislumbrarse, una relación directa entre publicidad y el interés del consumidor. Solo con información el consumidor puede adoptar una decisión adecuada de consumo. Las expectativas que el consumidor se hace dependen de la información que tiene a su disposición. Si el consumidor sabe que un producto tiene ciertas desventajas y, no obstante ello, adquiere el producto, no sería aceptable sostener que sus expectativas fueron defraudadas. La autoridad no puede ni debe juzgar si la decisión de consumo adoptada fue, en último término, inadecuada en la medida que haya sido una decisión libre y mínimamente informada.

Siendo la publicidad el mecanismo de transmisión de información por excelencia, era lógico que la normativa de protección al consumidor no podía ignorar la cuestión de la publicidad. Las disposiciones contenidas en el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, CPDC), por cierto, conviven con la regulación establecida en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. No obstante, el fenómeno publicitario tiene una dinámica especial más allá de sus consecuencias focalizadas en una relación de consumo puntual.

I. El contenido informativo de la publicidad como garantía explícita

Los proveedores, de conformidad con lo establecido en el artículo 19° del CPDC, responden por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos, así como por la falta de conformidad de estos con la publicidad que se hace de los mismos. Para determinar si se ha trasgredido el deber de idoneidad impuesto a los proveedores, la autoridad de competencia distingue entre tres tipos de garantías: (i) garantías legales, es decir, aquellas que existen por disposición de la Ley; (ii) garantías explícitas, aquellas cuyos términos se desprenden de lo ofrecido por el proveedor; y, (iii) garantías implícitas, las que, ante la ausencia de una disposición legal o expresa, imponen en el proveedor la obligación de ofrecer productos o servicios que respondan a los fines y usos previsibles (un televisor que sirva para ver televisión, por ejemplo).

El propio literal b) del artículo 20° del CPDC que enumera y describe las tres garantías que hemos indicado, define a las garantías explícitas como aquellas que se derivan "(...) de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el

proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o en cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor" (El subrayado es nuestro).

Pues bien, los términos y condiciones expresamente ofrecidos por los proveedores a los consumidores en la publicidad de los productos y servicios operan a modo de garantías explícitas. La referencia a los términos y condiciones es acertada. No cualquier contenido publicitario constituye una garantía explícita. Solamente constituye garantía explícita el contenido informativo objetivo de la publicidad. Los meros juicios estimativos o exageraciones publicitarias no transmiten información que el consumidor perciba como objetiva y, en consecuencia, no son susceptibles de ser tomadas en serio por el consumidor. Dado que, lo que resulta tutelable es la expectativa formada por el consumidor, es evidente que únicamente habrá lugar para la intervención cuando: (i) el contenido publicitario haya generado razonablemente una expectativa; y, (ii) cuando dicha expectativa se vea defraudada al existir una discrepancia entre lo que el consumidor recibe realmente y lo que esperaba recibir a partir, precisamente, de lo que se informaba en la publicidad.

En otras palabras, si el proveedor señala que su producto (un automóvil) es más rápido que la velocidad del sonido, dicha afirmación no puede generar válidamente la expectativa de que se trata, en realidad, de un auto con tales características. La clave para entender el porqué dicha frase queda fuera de la calificación como garantía explícita no es que no exista contenido informativo. Lo que ocurre es que la información no será entendida por el consumidor como vinculante, esto es, no será tomada en serio. Y lo que no se toma en serio no puede generar una expectativa susceptible de tutela.

Un caso interesante se produjo cuando un consumidor denunció que en el volante que se le había proporcionado, se consignaban a determinadas personas como profesores del curso que se anunciaba. Sin embargo, algunos de los expositores no participaron. En ese sentido, la autoridad consideró que la información sobre los expositores o profesores del evento anunciado constituía una garantía explícita que el proveedor no había observado². Nótese que se trata de información que genera una expectativa en el consumidor. Es razonable suponer que un

² Resolución N° 1029-2010/SC2-INDECOPI del 19 de mayo de 2010.

estudiante se vea especialmente incentivado a participar en un curso o un seminario en función de los profesores o ponentes.

Dado que el contenido publicitario, en los términos ya expuestos, constituye una garantía explícita, es evidente que la no observancia de esta constituye una infracción a la normativa de protección al consumidor. Cuando el artículo 46° del CPDC establece que el contenido de la publicidad obliga a los proveedores, aun cuando no se encuentre recogido en un contrato o en un documento o en el recibo proporcionado, se reitera una regla que era evidente. Si los términos y condiciones ofrecidos en publicidad constituyen garantía explícita, es claro que es absolutamente innecesario que tales términos y condiciones sean explicitados en otra fuente como lo puede ser un contrato de consumo.

Por otro lado, es claro que en tanto los términos y condiciones de la publicidad operan como una garantía explícita, vinculan a los proveedores frente a todos los destinatarios de la misma. La carga de la prueba de acreditar que una condición no resultaba aplicable a un consumidor en específico, recae en el proveedor, ya que la regla general es la de la incorporación de sus términos en la trama obligacional. No será admisible, por tanto, que un proveedor pretenda exigir del consumidor la probanza de un ofrecimiento específico a este con respecto a una condición o característica publicitada.

Lo que, en todo caso, sí puede resultar polémico, es determinar qué ocurre en caso de incompatibilidad entre el contenido de la publicidad y los términos del contrato.

La polémica puede surgir porque, en ambos casos, nos encontramos ante información que constituye garantía explícita aunque contradictoria. En ese sentido, en la siguiente sección exploraremos los diversos supuestos que pueden presentarse y el tratamiento que, a nuestro juicio, debiera darse en tales casos.

II. Términos contractuales y publicidad comercial

Al analizar los supuestos de eventual colisión entre el contenido de la publicidad y el de los contratos de consumo, deben distinguirse tres escenarios: (i) que la publicidad contenga términos y condiciones sobre los que el contrato guarda silencio; (ii) que la publicidad contenga términos y condiciones compatibles con el contrato de consumo o que este

último desarrolle o precise aún más lo informado en la publicidad; y, (iii) que el contrato de consumo contenga términos opuestos a la información divulgada en la publicidad.

Los dos primeros supuestos no plantean problemática alguna. Si el contrato guarda silencio sobre un término o condición expresado en la publicidad, es claro que por aplicación directa de la regla del literal b) del artículo 20° y, con mayor obviedad, en observancia del artículo 46° del CPDC, deben respetarse las condiciones ofrecidas en la publicidad. Por otro lado, si el contrato es compatible con la publicidad, la solución es la misma. Si el contrato desarrolla -sin oponerse- lo divulgado en la publicidad, primará el contenido más específico, esto es, el desarrollo expresado en el contrato.

Ahora bien, ¿Qué ocurre si los términos del contrato se oponen a lo anunciado en la publicidad? El artículo 21° del Anteproyecto de Código de Consumo publicado el 18 de diciembre de 2009 en el Diario Oficial "El Peruano", establecía que: "La publicidad prevalece sobre el contenido del contrato, incluso cuando el consumidor lo haya firmado". Esta disposición, a nuestro entender, partía de una comprensión inadecuada de la publicidad. La publicidad no tiene un contenido exclusivamente informativo ni puede ser equiparada a un contrato de consumo. Entenderlo de esta forma implicaría eliminar una gran gama de beneficios de la publicidad.

Desde otro nivel de análisis, sostener sin más que la publicidad supera el contrato implicaría desconocer la posibilidad que los consumidores puedan negociar variaciones a lo anunciado. Así, un consumidor puede pedirle al proveedor renunciar a determinada característica anunciada a cambio de una reducción del precio o, por ejemplo, cambiar un beneficio anunciado por otro. Con la regla que introducía el Anteproyecto citado, se convertía a la publicidad, en cierta forma, en un contrato no sujeto a negociación posterior.

Sobre este punto, cabe profundizar un tanto más la reflexión. La contratación genera importantes efectos dado que maximiza el bienestar de las partes y de la sociedad en su conjunto. Negar la posibilidad que un contrato pueda limitar un término anunciado en publicidad implica reducir la capacidad de negociación del consumidor obligándolo, irónicamente, a aceptar las condiciones publicitadas por el proveedor sin alternativa posible. No existe justificación para

asumir que los términos publicitados serán siempre más beneficiosos para el consumidor y, si en verdad lo fueran, no existe fundamento que nos habilite a asumir que la autoridad de consumo sabe más que el propio consumidor sobre lo que le conviene o no al aceptar un contrato **aparentemente** más desfavorable.

Desde otra perspectiva, no existe un deber de exhaustividad en materia publicitaria. Así, no resulta aceptable exigir que la publicidad se comporte como si fuera un contrato de consumo. Por eso, a decir de Mabel López, “ninguna norma puede exigir a la publicidad una información exhaustiva sobre el producto o servicio que se ofrece y ello por la propia naturaleza de la publicidad. A la información contenida en un anuncio publicitario se le puede exigir que sea veraz en cuanto al tema concreto que se refiere pero nada más (...)”³.

La propuesta, debe señalarse también, era de dudosa compatibilidad constitucional a la luz de lo previsto en el artículo 62° de nuestra Constitución. Echaíz lo expresa en los siguientes términos: “(...) en virtud del mandato constitucional recogido en el artículo 62°, el contrato no puede ser modificado por una Ley, pero sí lo podrá ser por la publicidad, lo que significa que la publicidad no solo está sobre el contrato sino sobre la Ley”⁴. Como puede apreciar el lector, aquello que no podía ser superado por efecto de una Ley podía verse relegado por aplicación de lo dicho en un anuncio publicitario.

Lema Devesa ha defendido la primacía de la publicidad sobre el contrato cuando este establece condiciones menos beneficiosas para el consumidor. Ha señalado que “no cabe olvidar, en efecto, que gran parte de los contratos entre consumidores y empresas son contratos de adhesión en los que el consumidor adopta un papel fundamentalmente pasivo. En muchas ocasiones, de hecho, el consumidor desconoce por completo el contenido de las cláusulas y pactos contractuales a los que se adhiere. De modo que, no debe extrañarnos que siga confiando en los prometido en la publicidad”⁵.

La tesis del autor citado es insostenible. Es absolutamente irrelevante si el consumidor sigue confiando en lo ofrecido en la publicidad. Lo cierto es que firmó un contrato en el que aceptó determinadas condiciones. Aceptar lo contrario generaría incentivos perversos para que los consumidores no adopten conductas diligentes (leer lo que se firma). Nada tiene que ver el hecho que el consumidor desconozca el contenido de las cláusulas a las que se adhiere. Lo cierto es que debería haberlas conocido si hubiera actuado de forma mínimamente diligente. El sistema normativo no puede amparar conductas negligentes.

Esto guarda relación con la discusión sobre el estándar del consumidor. Algunos autores cuestionan que se exija un proceder razonable o diligente a efectos de merecer la tutela del sistema normativo. Este cuestionamiento se funda en la difundida premisa que el consumidor, en verdad, no es diligente. De este modo, se aboga por un estándar que responda a la realidad de aquel. Pero, en verdad, la función del estándar no es describir una realidad, sino expresar una meta. El estándar de consumidor razonable hace sentido si uno comprende que lo que se pretende es, precisamente, que los consumidores sean razonables. Un estándar que funciona como fotografía de la realidad no genera incentivos para la superación de esa realidad. Por el contrario, genera incentivos para que los que actúan razonablemente, dejen de invertir en el costo que implica su conducta diligente a fin de dejar de subsidiar a los negligentes⁶.

Afortunadamente, el CPDC ya no contiene semejante disparate. La redacción del artículo 46° es muy similar a la del artículo 20° del derogado Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. En aplicación de esa normativa anterior, la autoridad había destacado oportunamente que: “el contenido de los anuncios integra la trama obligacional, aun cuando no haya sido reproducido en el contrato singular y otorga el derecho de exigir no solo las características propias del bien o servicio, sino además todo lo que haya ofrecido en la actividad

³ LÓPEZ GARCÍA, Mabel. “La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico”, Edit. Eumed-net, accesible a texto completo en <http://www.eumed.net/coursecon/libreria/>, 64. Ello ha sido avalado por la propia autoridad en su Resolución N° 1602-2007/TDC-INDECOPI del 3 de septiembre de 2007.

⁴ ECHAÍZ MORENO, Daniel. “La modernidad con medio siglo de retraso: a propósito de las ‘innovaciones’ del Código de Consumo”, Ediciones Caballero Bustamante, RAE Jurisprudencia, Tomo 17, Noviembre 2009, pp, 268-269.

⁵ LEMA DEVESA, Carlos. “La promoción como necesidad comercial del empresario: la información al público y la publicidad”, En: Problemas Jurídicos de la Publicidad. Estudios Jurídicos del Prof. Dr. Carlos Lema Devesa, Editorial Marcial Pons, Madrid 2007, p. 376.

⁶ BULLARD GONZÁLES, Alfredo. “¿Es el consumidor un idiota? El falso dilema entre el consumidor razonable y el consumidor ordinario”, En: “Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual”, N° 10, 2010. Debe decirse, sin embargo, que es debatible que, en los hechos, el consumidor realmente se comporte de forma poco razonable.

promocional. Desde luego, ello no desconoce el derecho de establecer limitaciones particulares en la configuración final del contrato pero, ante la ausencia de disposiciones particulares, se entiende que el contenido informativo de la publicidad integra el contrato celebrado⁷⁷ (El subrayado es nuestro).

Como puede apreciarse, existe un reconocimiento expreso de la posibilidad de limitar los efectos de la publicidad en el contrato finalmente suscrito por el consumidor destacándose que el contenido de los anuncios es exigible y, de ser el caso, se integra al contrato ante la ausencia de disposiciones particulares. Tratándose de una interpretación con respecto a una norma sustancialmente idéntica a la recogida en el CPDC, no debería existir fundamento alguno que permita variar la lectura que en su oportunidad dio la autoridad y que hemos citado previamente.

III. La publicidad de promociones de ventas

El artículo 14° del CPDC establece que en la publicidad de promociones, se debe consignar, en cada uno de los anuncios, la indicación clara de la duración, así como la cantidad mínima de unidades disponibles de los productos ofrecidos. Se agrega, además, que en caso tal especificación no se haya realizado, el proveedor se encontrará obligado a proporcionar a los consumidores que lo soliciten, los productos o servicios ofertados en las condiciones indicadas en la publicidad. En otras palabras, el CPDC exige que, a fin que las limitaciones por tiempo y cantidad de la promoción sean oponibles al consumidor, estas hayan sido referidas expresamente.

Nótese que, de una lectura atenta del artículo 46° del CPDC, se desprende que el tratamiento que se hace de las ofertas al público mediante publicidad, es el de una oferta propiamente dicha. Esta oferta al consumidor no constituye invitación a ofrecer en los términos del artículo 1388° del Código Civil porque, si así fuera, no tendría sentido que el contenido de la publicidad **obligue** a los proveedores. Una simple invitación a ofrecer no podría obligar al proponente porque, en ese caso, no habría oferta aún⁸.

En la medida que el CPDC adecuadamente considera a la publicidad como una oferta al público (con los efectos de oferta) parece razonable que se exija el anuncio de la duración y, especialmente, del stock de la promoción. Quizá la justificación que tradicionalmente se esgrimía a favor del tratamiento de las ofertas al público como invitaciones a ofrecer, era que, si así no fuera, el ofertante podría verse obligado a cumplir con lo ofrecido más allá de sus posibilidades reales al recibir más aceptaciones de las que podrían ser atendidas dado el stock correspondiente. Esa problemática lectura⁹ es superada con una regla que realmente asigna a la publicidad la condición de oferta y que impone la carga de anunciar el stock a efectos de la oponibilidad de la limitación correspondiente. Es claro que el consumidor no podrá esperar exigir el producto o la prestación fuera del lapso temporal o del límite cuantitativo debidamente anunciado.

Asimismo, el CPDC establece que cuando existan condiciones y restricciones de acceso a las promociones de ventas, estas deben ser informadas en forma clara, destacada y de manera fácilmente advertible por el consumidor en los anuncios o en una fuente de información distinta siempre que se informe de la existencia de las restricciones y de la referencia de la fuente en la que pueden ser encontradas.

Se agrega, además, que esta fuente de información debe ser gratuita y de fácil acceso y que la información allí contenida no debe ser contradictoria con el mensaje publicitario.

A nuestro entender, se trata de un acierto, porque reconoce que los anuncios no deben contener toda la información posible sobre el producto o servicio ofrecido. En ese sentido, es absolutamente válido que el proveedor señale claramente que las condiciones aplicables a determinado producto (por ejemplo, una tarjeta de crédito o un programa de puntos) se encuentran a disposición del consumidor en su página web. No basta, eso sí, señalar ello sino que además deberá informarse cuál es la dirección exacta, esto es, la referencia de la fuente de información adicional.

Ahora bien, como el lector habrá advertido, el CPDC establece una exigencia de indicar la

⁷ Ver nota N° 2

⁸ BENAVIDES TORRES, Eduardo. *La oferta y la defensa del consumidor*, En: *Ius Et Veritas*, N° 6, Lima 1993.

⁹ ESCOBAR ROZAS, Freddy y Guillermo CABIESES CROVETTO. *Reivindicando el sentido común: alegato a favor de la derogación de la regulación de la invitación a ofrecer en el Código Civil de 1984*, En: *Advocatus*, N° 21, Lima 2009.

duración de la promoción publicitada, así como la cantidad mínima de unidades disponibles de los productos ofrecidos. Una disposición idéntica puede ser encontrada en el artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece como un ejemplo de acto contrario al principio de legalidad, precisamente, omitir la información antes indicada en los anuncios sobre promociones de ventas.

Existen supuestos, no obstante, en los que resulta económicamente ineficiente exigir que el proveedor indique la cantidad mínima de unidades disponibles de cada producto comprendido en la promoción de ventas. Por ello, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, que conoce en segunda y última instancia administrativa los procedimientos sobre competencia desleal, ha interpretado que la lectura del artículo 17°, en el supuesto indicado, debe ser restrictiva cuando los productos o servicios promocionados no se encuentren determinados.

Así, dicho órgano colegiado de INDECOPI ha señalado que: "(...) mientras más general sea la oferta, por la poca información que traslada al mercado respecto de los bienes a los que se le aplica, menor es también la probabilidad de que los consumidores se vean motivados a acudir al establecimiento comercial, en tanto puede que el producto o servicio de su interés no necesariamente se encuentre entre aquellos promocionados"¹⁰.

A diferencia de lo que ocurre en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, el CPDC no contiene definición alguna de "promoción de venta", no obstante aludirse a tal concepto en su artículo 14°. En ese sentido, resulta útil aproximarnos a la definición establecida en la referida normativa de represión de la competencia desleal dado que esta, más allá del contenido de la exigencia comentada, viene a dar luces sobre un concepto empleado en el CPDC.

El numeral h) del artículo 59° de la citada norma de competencia desleal, define a la promoción de ventas como a toda aquella acción destinada a incentivar la transacción sobre bienes o servicios en condiciones de oferta excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria o estándar. A partir de esta definición, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 ha considerado que para que un anuncio se refiera a una promoción de ventas, debe verificar dos requisitos: (i) que se

pretenda incentivar transacciones excepcionales y temporales; y, (ii) que se identifique un producto o servicio determinado¹¹.

A decir de la autoridad, "dicha interpretación se sustenta, además, en que solo las promociones que contienen ofertas determinables generan una real expectativa en los consumidores, la misma que se vería afectada en caso se incumpla la normativa vigente. En efecto, mientras más información consigne el anunciante en su oferta (o mientras más preciso sea) mayor probabilidad existe de que los consumidores tengan incentivos de incurrir en costos, como acudir al establecimiento del anunciante, pues, sabe que durante el período de vigencia de la promoción podrá encontrar el producto o servicio de su interés. Por el contrario, mientras más general sea la oferta -por la poca información que traslada al mercado- respecto de los bienes a los que se le aplica menor es también la probabilidad de que los consumidores se vean motivados de acudir al establecimiento comercial, en tanto puede que el producto o servicio de su interés no necesariamente se encuentre entre aquellos promocionados".

Nosotros consideramos que el criterio establecido por la autoridad en aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, debería ser compartido al interpretar los alcances del CPDC. En ese sentido, cuando en un anuncio se aluda genéricamente "2 X 1 en miles de productos" o "Hasta 50% de descuento", entre otros, no debería considerarse que nos encontremos ante una promoción de ventas en los términos del artículo 14° del CPDC por tratarse de ofertas indeterminables. Eso es así porque no tendría sentido que se exija que en cada anuncio se estipule la cantidad mínima de cada uno de los "miles de productos" que estarían comprendidos en la rebaja o beneficio ofrecido.

Interpretada de forma amplia, la norma establecida en el CPDC impone sobre costos desmedidos en los proveedores, porque tendrían que detallar todos los productos beneficiados por el descuento así como el stock mínimo correspondiente.

Ello pierde de vista que pueden estructurarse promociones comerciales en las que el beneficio depende de condiciones subjetivas y no de alguna limitación de stock: por ejemplo, que determinados consumidores por ser la primera vez que compran el producto merecerán un descuento. En ese

¹⁰ Resolución N° 56-2011/SC1-INDECOPI del 11 de enero de 2011.

¹¹ Resolución N° 1844-2010/SC1-INDECOPI del 14 de junio de 2010.

caso, no es posible exigir que se limite lo que, por voluntad del propio proveedor, es una promoción ilimitada en cantidad en tanto se verifique el presupuesto señalado¹².

IV. La publicidad dirigida a menores de edad

El artículo 16° del CPDC establece que la publicidad dirigida a menores de edad no debe inducirlos a conclusiones equívocas sobre las características reales de los productos anunciados o sobre las posibilidades de los mismos. En ese sentido, la publicidad debe respetar la ingenuidad, credulidad, inexperiencia y sentimiento de lealtad de los menores. La publicidad no puede generarle a este sector de la población sentimientos de inferioridad por el hecho de no consumir el producto.

No puede negarse que los menores de edad vienen siendo destinatarios importantes de mensajes publicitarios. Reconociéndose que estos individuos son especialmente ingenuos y que no se encuentran en capacidad de analizar de forma profunda las eventuales consecuencias de sus opciones de consumo, la normativa establece una limitación con respecto a la publicidad dirigida a menores de edad (limitación mas no prohibición).

Una dificultad inherente a la regulación establecida se refiere a la determinación de la minoría de edad. En estricto, menores de edad son todos aquellos individuos que no han llegado a los 18 años. Ahora bien, ¿puede un menor de edad de 17 años equipararse a un menor de 5 años? Súmar y Avellaneda ya han recogido oportunamente los resultados contemplados en el trabajo de Calfee sobre el aumento progresivo del escepticismo en los menores de edad con respecto a la publicidad¹³. En ese sentido, parece que la fijación expresa de una edad determinada, aunque sería una elección arbitraria, podría resultar preferible a la vaguedad de una referencia general a la minoría de edad como la que contiene el CPDC.

Otro problema de la norma es que se establece que la publicidad no puede generar en los

menores de edad sentimientos de inferioridad por no consumir el producto anunciado. Una cosa es que la publicidad *no deba* sugerir dicha inferioridad y otra cosa es que *no pueda* generarla. Es inadecuado que en el anuncio se sugiera o exprese que el menor de edad se verá relegado de alguna forma por no tener el producto anunciado. Sin embargo, la norma no puede impedir que se generen los sentimientos de inferioridad porque eso no depende del proveedor. De hecho, es razonable pensar que si anunciamos que por la compra del producto "X" se entregará el juguete del superhéroe de moda, el menor de edad desarrollará algún sentimiento de inferioridad si es que, al llegar a la escuela, todos sus compañeros tienen el juguete menos él. El sentimiento no depende del anunciante. Lo que sí se encuentra en la esfera de control del anunciante son los términos expresados en el anuncio. Pero debe distinguirse la sugerencia del sentimiento de inferioridad de la simple generación de ese sentimiento.

Ahora bien, si podemos aceptar que a partir de una edad determinada -digamos alrededor de los 10 años o tal vez un poco más- los menores de edad empiezan a ser un poco más conscientes y escépticos con la publicidad, ¿qué podemos decir de quienes se encuentran por debajo de esa edad? Es claro que el CPDC pretende proteger la ingenuidad del menor y evitar que sufra por la falta del producto o por la no equivalencia entre el producto anunciado y lo real. Sin embargo, ¿son los menores de edad directamente responsables por las opciones de consumo elegidas?

En otros términos, ¿son los proveedores responsables de que los niños quieran consumir comida chatarra para obtener el juguete de moda? ¿debe prohibirse la publicidad en la que, por ejemplo, se ofrecen "cajitas felices" para atraer a los niños hacia sus productos? Parece que en esos casos la opción de consumo es adoptada por los padres o adultos responsables y no por los menores de edad¹⁴. Y la solución en esos casos pasa por la educación adecuada de los menores de edad. Desde luego, el tema de la educación infantil para el consumo es un aspecto no regulado en el CPDC.

¹² Así, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 revocó un pronunciamiento de primera instancia al enjuiciar una promoción que establecía que tendrían un 50% de descuento en el pasaje de retorno, todos los consumidores "de estreno" de la empresa. En ese sentido, era claro para el consumidor que la promoción no era susceptible de agotarse y que la única limitación dependía de la condición subjetiva del propio pasajero. Ver: Resolución N° 2894-2010/SC1-INDECOPI del 26 de octubre de 2010.

¹³ AVELLANEDA, Julio y Óscar SÚMAR. *Paradojas en la regulación de la publicidad*, Versión publicada en The Selected Works of Oscar Sumar, http://works.bepress.com/oscar_sumar/18, 25 de junio de 2007, p. 211.

¹⁴ ZÚÑIGA, Mario. ¿No más "cajitas felices"? *Infelices propuestas de restricciones promocionales a los restaurantes de comida rápida*, En: Blog El Cristal Roto, <http://blogcristalroto.wordpress.com/>, 12 de julio de 2010.

Es evidente que un anuncio en el que se promueve la comercialización de las denominadas “cajitas felices” o los “combos” con el nombre de algún personaje, constituye publicidad dirigida a menores de edad. Interpretar, a partir del texto del CPDC, si un anuncio de esta naturaleza podría ser estimado como infractor parece ser una tarea bastante polémica. Desde luego, de nuestra parte, parece importante enfatizar que la publicidad, incluso dirigida a menores, constituye una importante fuente de información.

De mayor cuidado es la interpretación que la autoridad pueda hacer de la disposición contenida en el CPDC. El antiguo Decreto Legislativo N° 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, regulaba la cuestión de la publicidad dirigida a menores de edad. Dicho desarrollo desapareció con la entrada en vigor de la actual Ley de Represión de la Competencia Desleal que unificó los regímenes de publicidad en defensa del consumidor y de represión de la competencia desleal. La regulación de este tipo de publicidad ha reaparecido con el CPDC por lo que se hace necesario establecer ciertas pautas para la correcta lectura de esta disposición.

En primer término, la normativa no prohíbe la participación de menores de edad desde ningún supuesto. Asimismo, la posibilidad de participación de los menores de ninguna forma se haya limitada a la publicidad dirigida a ellos. Nos explicamos. Un anuncio en el que participa un menor puede estar orientado a la promoción de un producto para adultos. La sola presencia del menor no convierte al anuncio en uno dirigido a menores.

En 2004, se inició un procedimiento de oficio contra una entidad financiera por emitir un anuncio en el que un niño señalaba que el banco se ocuparía de los regalos. El niño exhortaba a los demás niños a decirles a sus padres que escriban sus datos en ciertos documentos y que los depositen en determinadas ánforas. La Comisión consideró que el proveedor no había tenido en cuenta la edad de los menores en relación con las características del producto anunciado¹⁵. Sin embargo, lo cierto es que ni la norma antes vigente ni la ahora establecida en el CPDC dispone que los menores no puedan participar en anuncios que pretendan

promocionar productos dirigidos a consumidores adultos¹⁶.

En cualquier caso, debe cuidarse de no asumir una posición descontextualizada o irrealista con respecto a la supuesta ingenuidad de los menores. Como ha señalado Calle, “(...) al interpretarse el anuncio se podría estar asumiendo, consciente o inconscientemente, que la ingenuidad, credulidad e inexperiencia de los menores son conceptos atemporales que no requieren de verificación fáctica. Sin embargo, asumir ello no es correcto, pues no existe un criterio que provea una definición exacta, única ni universal. La ingenuidad, credulidad e inexperiencia, por el contrario, son rasgos que varían según la época, hábitos, costumbres o modos de vida”¹⁷.

V. Publicidad socialmente adecuada

El último párrafo del artículo 13° del CPDC establece que “(...) atendiendo al impacto que la publicidad puede generar en las conductas sociales, la protección del consumidor frente a la publicidad persigue que los anuncios no afecten el principio de adecuación social, evitando que induzcan a cometer actos ilegales o antisociales o de discriminación y otros de similar índole”.

En la Ley de Represión de la Competencia Desleal, se considera como supuestos contrarios al denominado principio de adecuación social en publicidad -adicionalmente a los casos referidos a publicidad de contenido erótico- a los anuncios que tienen por efecto inducir a los destinatarios del mensaje a cometer un acto ilegal o de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole. En ese sentido, el CPDC agrega a los supuestos de inducción a la ilegalidad, discriminación o similares, el escenario de conductas antisociales. Ese supuesto, regulado en el anterior Decreto Legislativo N° 691, desapareció -afortunadamente- con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1044 actualmente vigente¹⁸.

A nuestro juicio, se trata de una incorporación desafortunada. La incorporación de este concepto indeterminado ya había generado

¹⁵ Resolución N° 42-2005/CCD-INDECOPI.

¹⁶ En sentido similar, Teresa Tovar Mena y Johanna Holz Rincón. “Papá, papá, ¿el dinero crece en los árboles?”, En: *Ius Et Veritas*, N° 34, Lima 2007, pp. 296-303.

¹⁷ CALLE, Jean Paul. “¿Publicidad no apta para menores? Una discusión del paternalismo regulatorio”, En: *Revista de Economía y Derecho*, N° 12, Fondo Editorial UPC, Lima 2006, p. 62.

¹⁸ Confirmando la destipificación de la publicidad antisocial, puede revisarse la Resolución N° 41-2008/SC1-INDECOPI del 20 de octubre del 2008.

ciertos problemas interpretativos en el pasado. La autoridad ya había destacado que: "(...) si bien las normas de conducta como las reglas de cortesía y los buenos modales, reflejan un patrón generalizado, su incumplimiento no supone una afectación a la moral o a los principios esenciales del ordenamiento jurídico. Su aceptación o rechazo corresponde a los integrantes de la sociedad como la familia, los amigos y los propios agentes económicos mediante mecanismos de autorregulación, mas no constituye una tarea encomendada al Estado, más aún si ello supone el ejercicio de su potestad sancionadora"¹⁹.

En sentido similar, se señaló que *"sostener lo contrario -esto es, que es el rol del Estado determinar cuáles mensajes publicitarios son aceptables o adecuados, sancionando aquellos anuncios que difundan mensajes distintos- equivaldría a imponer el gusto o las opiniones de un grupo (en este caso, de aquellas personas que integran los órganos funcionales de INDECOPI) sobre el gusto o las opiniones de otros grupos de individuos que perfectamente pueden ser divergentes"*²⁰. Como puede apreciarse, la autoridad supo leer restrictivamente una norma con el contenido que ahora el CPDC ha reincorporado de forma absolutamente innecesaria e infeliz.

Una norma con un contenido absolutamente vago e incierto impone un costo enorme en términos de seguridad jurídica, ya que la aplicación de la norma depende del parecer arbitrario de quien o quienes tengan que pronunciarse en cada caso sometido a consideración de la autoridad. Asimismo, restringe severamente la libertad de expresión y subestima la capacidad del consumidor de castigar a los proveedores que transmitan mensajes negativamente valorados por este. En efecto, si un anuncio transmite mensajes rechazados por la sociedad, es esperable que el consumidor castigue al proveedor con su negativa a elegir su producto o servicio en el mercado.

Debe destacarse, de otro lado, que el empleo discrecional de los poderes del Estado es sumamente peligroso en tanto abre la puerta para todo tipo de atropellos a la libertad individual, al eficiente intercambio de recursos y a la provisión de información en el mercado (como ocurre con la

actividad publicitaria). La incertidumbre derivada de la existencia de una regla como la contemplada en el CPDC desincentiva la publicidad, reduce la información disponible para los consumidores, desmotiva la competencia y resta dinamismo al mercado. Creemos que se trata de una regla desafortunada que debiera desaparecer del ordenamiento jurídico²¹.

Compartimos, por ello, las apreciaciones de Palomino y García Chávarri cuando sostienen que *"el mantener una concepción ética en la interpretación de las normas sobre publicidad comercial no favorece la seguridad jurídica, pues no otorga la suficiente certeza y predictibilidad respecto de los supuestos que importarían una sanción por la incitación o favorecimiento, incluso aparente, de conductas antisociales. Un posible efecto de este escenario sería la no deseable reducción tanto de la publicidad comercial como de la libertad creativa en esta materia por el temor a ser sancionado. Ello perjudicaría, paradójicamente, a los mismos consumidores que se pretende proteger, quienes terminarían asumiendo el incremento de los costos que se generen (...)"*²².

VI. Conclusión

La publicidad cumple dos finalidades esenciales: la sugestión y la información. No existe publicidad que no pretenda persuadir, de alguna forma, al consumidor, esto es, generar alguna respuesta favorable hacia la adquisición del producto anunciado o a la contratación del servicio ofrecido. Por ello, combatir el efecto persuasivo de la publicidad pretendería desnaturalizarla. Es importante tener en cuenta ello al momento de juzgar los anuncios publicitarios para no establecer exigencias de imposible verificación. Al considerar la aplicación de las disposiciones limitadoras de la publicidad, deberá ponderarse el costo para el consumidor, para el mercado y para la sociedad en términos de libertad de expresión.

En el presente trabajo, hemos intentado resumir el tratamiento de la publicidad en el CPDC. En general, somos escépticos de la necesidad de un desarrollo normativo específico sobre el

¹⁹ Resolución N° 2346-2007/TDC-INDECOPI del 26 de noviembre de 2007.

²⁰ Ídem.

²¹ Similar razonamiento en un trabajo nuestro: Gustavo Rodríguez García, *Publicidad, externalidades y conductas antisociales*, En: Revista de Economía y Derecho, N° 14, Fondo Editorial UPC, Lima 2007, pp. 85-94.

²² PALOMINO ARANÍBAR, Marco Antonio y Abraham GARCÍA CHAVARRI. *INDECOPI, ¿Censor de moralidad? Reflexiones sobre la prohibición de incitar o favorecer conductas antisociales mediante la publicidad comercial*, En: Derecho & Sociedad, N° 26, Lima 2007, p. 115.

tema dada la regulación existente en materia de represión de la competencia desleal (normativa que, por cierto, también protege subsidiariamente al consumidor). Si bien es cierto, la norma deja en claro que la facultad para conocer de los casos relacionados con las normas de publicidad corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (artículo 17° del

CPDC), se agrega también que las “afectaciones específicas” a los derechos de los consumidores son conocidos por la Comisión de Protección al Consumidor. Delimitar exactamente qué constituye una afectación específica -entendemos que en el marco de una relación de consumo concreta- puede ser una tarea de complicada labor que amerita, al menos, una reflexión más detenida.