

ACTOS DE ENGAÑO Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA

— EN DEFENSA DE LOS EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES —

GIANMARCO REYES FONSECA



FONDO
EDITORIAL

ACTOS DE ENGAÑO Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA

— EN DEFENSA DE LOS EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES —

GIANMARCO REYES FONSECA



FONDO
EDITORIAL

Reyes Fonseca, Gianmarco

Actos de engaño y publicidad engañosa : en defensa de empresarios y consumidores / Gianmarco Reyes Fonseca -- 1a ed. -- Lima : Universidad San Ignacio de Loyola. Fondo Editorial, 2021
180 p. : 20.5 cm.

ISBN: 978-612-4370-83-0

1. Competencia económica desleal. 2. Publicidad engañosa--Perú. 3. Publicidad engañosa--España. 4. Protección al consumidor.

348.21

R47

ACTOS DE ENGAÑO Y PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN DEFENSA DE LOS EMPRESARIOS Y CONSUMIDORES

© Gianmarco Reyes Fonseca

Primera edición, setiembre de 2021

© De esta edición

Universidad San Ignacio de Loyola

Fondo Editorial

Av. La Fontana 750, La Molina

Teléfono: 3171000, anexo 3705

Editor: José Valdizán Ayala

Corrección de estilo: Rosario Dávila Mestanza

Diseño y diagramación: Roger Toledo Rodríguez

Coordinación editorial: María Olivera Cano

Revisores

César Giner Parreño

Universidad Carlos III de Madrid

Pierino Stucchi

Universidad ESAN

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-11865

Impresión bajo demanda

Publicaciones USIL

Av. Paul Poblet Lind s/n, Sub Lote B, Parcela 1,

Fundo Carolina, Pachacámac.

Octubre 2021

Tiraje 100 ejemplares

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

SUMARIO

Introducción	9
CAPÍTULO I: LOS ACTOS DE ENGAÑO Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA	11
1.1. Ley de Represión de la Competencia Desleal	13
1.1.1. Cláusula general	17
1.1.2. Los actos de engaño	20
1.2. Regulación de los actos de engaño	22
1.3. Principio de veracidad	29
1.4. Tipos de alegaciones que pueden presentarse en la actividad publicitaria	33
1.5. Publicidad engañosa en la Ley de Represión de la Competencia Desleal	37
1.6. Los actos de engaño y su diferencia con otros tipos de actos de competencia desleal	45
1.6.1. Actos de confusión	45
1.6.2. Actos de explotación indebida de la reputación ajena	46
1.6.3. Actos de comparación (publicidad comparativa)	50
1.6.4. Actos de equiparación (publicidad adhesiva)	51
1.6.5. Actos de denigración (publicidad denigratoria)	52

1.7. Código de Protección y Defensa del Consumidor	53
1.8. Uso del humor, fantasía y exageración en los actos publicitarios	54
1.9. El rotulado y su relación con la publicidad engañosa	56
1.10. Actos de engaño y publicidad engañosa mediante la herramienta SEO	62
1.10.1. ¿La compra de palabras clave (keywords) en Google Adwords puede resultar un acto de competencia desleal en la modalidad de acto de engaño?	65
1.11. Publicidad engañosa y las redes sociales	66
1.12. ¿Publicidad engañosa en plataformas digitales?	70
1.13. La publicidad mediante <i>influencers</i>	74
1.13.1. Regulación de los <i>influencers</i> por la FTC Act	76
1.14. Jurisprudencia	77
1.15. Información y criterios relevantes en el marco de la jurisprudencia de competencia desleal	87
1.16. La carga de la prueba	92
1.17. Sobre el Reglamento de Programas de Cumplimiento Normativo	95

CAPÍTULO II: LOS ACTOS DE ENGAÑO Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA. LEGISLACIÓN COMUNITARIA 99

2.1. Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior	101
2.1.1. Acciones engañosas en la Directiva	105
2.1.2. Artículo 7º - Omisiones engañosas	111
2.1.3. Excepciones	113
2.1.4. Otras disposiciones de la Directiva	114
2.2. Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre Publicidad Engañososa y Publicidad Comparativa	115
2.2.1. El término publicidad engañosa	117
2.3. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia	119
2.4. Jurisprudencia relacionada a los actos de engaño con la libertad de mercancías	124

CAPÍTULO III: LOS ACTOS DE ENGAÑO Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA 137

3.1. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal	139
3.1.1. Actos de engaño	140
3.1.2. Omisiones engañosas	144
3.1.3. Cláusula general	145

3.1.4. Particularidad del artículo 17.2.a de la LCD	148
3.1.5. Otras cuestiones importantes de la LCD	150
3.2. Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad	153
3.3. Actos de engaño en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias	157
3.4. Jurisprudencia	159
Conclusiones	167
Bibliografía	169

INTRODUCCIÓN

Los casos de actos de engaño y publicidad engañosa, a pesar de provocar importantes perjuicios para los consumidores y proveedores, siguen teniendo una considerable incidencia, ya sea que estos se hayan cometido con plena intencionalidad o por falta de información y desconocimiento de la normatividad que rige y preserva las buenas prácticas publicitarias.

Para las empresas y anunciantes, la publicidad engañosa puede ser un poderoso gancho para generar ventas. Sin embargo, solo en un primer momento, porque afecta la relación entre las compañías y sus clientes, en quienes se genera el alto costo de la desconfianza. Al poner en primer lugar el logro de las ventas, transgrediendo los principios de una sana competencia, las compañías afectan su reputación y prestigio.

En este contexto, la presente obra busca dotar de conocimiento, no solo al sector legal sino al empresarial, sobre la importancia de no vulnerar las normas que regulan la publicidad engañosa. Así, se dan a conocer las normativas correspondientes que todo empresario y consumidor debe tener en consideración al momento de ofertar o consumir productos y/o servicios.

Asimismo, el libro muestra los pronunciamientos que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), el organismo responsable de emitir la normatividad en tanto a la competencia desleal, ha hecho respecto a diversas denuncias por actos de engaño. Esta información ayudará a evitar que empresarios y consumidores continúen siendo afectados por el desconocimiento de las normativas y que cometan actos de engaño que, muchas veces, son ocasionados por negligencia.

La obra, que considera la doctrina y el análisis de autores especialistas en la materia, se presenta en tres capítulos. En el primero

se analiza la normativa legal acerca de los actos de engaño y de la publicidad engañosa en el Perú. En el segundo y tercer capítulo se explica la regulación de la normativa, pero desde la perspectiva del derecho comunitario y el derecho español.

En la obra también se aborda la relación entre los actos de engaño y nuevas figuras como el marketing digital, las redes sociales, los *influencers*, las plataformas virtuales y herramientas de marketing, como SEO (Search Engine Optimization), entre otras, a fin de conocer cómo se pueden cometer actos desleales bajo la modalidad de publicidad engañosa en el entorno digital y, de ese modo, ajustar conductas y evitar cometer infracciones.

Es importante saber que el desarrollo de la tecnología puede conllevar a diferentes maneras de promocionar y anunciar productos y servicios, por lo cual es importante estar atento y mantener las buenas prácticas publicitarias en la realidad digital.

El propósito principal del libro es prevenir y orientar a que exista un buen funcionamiento del mercado, originando que los consumidores no se vean engañados ni inducidos a error al momento de tomar una decisión de consumo, a la vez que los empresarios cuenten con el conocimiento que mantenga libres a sus compañías de cometer actos que afecten su reputación.

Distintos autores han escrito sobre actos desleales regulados por la Ley de Represión de la Competencia Desleal. No obstante, el valor de esta obra se expresa en su enfoque exclusivo en los actos desleales realizados mediante los actos de engaño y la publicidad engañosa y en la interpretación jurídica de la normativa que los rige, así como en el comentario de las diversas resoluciones, nacionales e internacionales, que se deben considerar en la actualidad para mantener la eficiencia y la buena fe empresarial.

CAPÍTULO I

LOS ACTOS DE ENGAÑO Y LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA

Los actos de engaño y la publicidad engañosa se encuentran regulados en el Decreto Legislativo N.º 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la cual fue promulgada el 25 de junio de 2008 y publicada el 26 de junio del mismo año.

Dicha ley se encarga de regular todos los supuestos y formas de represión de la competencia desleal que existan en el Perú, sin embargo, es preciso señalar que, para el presente libro, se abordará sustancialmente lo correspondiente a la regulación de los actos de engaño y de la publicidad engañosa.

1.1. Ley de Represión de la Competencia Desleal

La competencia desleal está dirigida a erradicar y sancionar toda conducta que resulte contraria a la buena fe empresarial —entiéndase como una conducta concurrencial destinada a obtener la preferencia de los destinatarios, bajo el principio de competencia por eficiencia (a mejor precio/calidad, mejores resultados de venta y preferencia)— y que perjudique el correcto funcionamiento del mercado. El objetivo de su regulación es que exista un mercado con competencia eficiente, y no se perjudique a proveedores y consumidores mediante actos que puedan ser considerados de competencia desleal por la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD).

La LRCD proviene de una reforma del Decreto Legislativo N.º 691, Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, y del Decreto Ley N.º 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal. Esto, a fin de unificar en una sola normativa ambos cuerpos legales y evitar la falta de claridad de un régimen dual, así como una serie de deficiencias y vacíos existentes. Así, la LRCD tiene como finalidad la represión de todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real

o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo (D. L. N.º 1044, 2008).

Es importante mencionar qué entiende la LRCD por publicidad. De acuerdo al inciso d) del artículo 59º de dicho cuerpo normativo, se considera publicidad a toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio o soporte, y objetivamente apta o dirigida a promover, directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

Al respecto, y a modo de ejemplo, Pierino Stucchi sostiene lo siguiente:

Será publicidad, entonces, la comunicación comercial que permite al anunciante la difusión de un anuncio televisivo, una pauta radial, un panel en la vía pública, un afiche, un tríptico, una comunicación dirigida al domicilio del remitente, un anuncio en un diario o en una revista, un mensaje de texto dirigido a un teléfono móvil, un globo aerostático, un mensaje a través de correo electrónico o de correo postal, una alfombra sobre el césped en un estadio de balompié, las imágenes e información destacada que posee un envase, así como cualquier otro medio capaz de dirigirse a agentes en el mercado con la finalidad de informarlos y/o persuadirlos para realizar una transacción comercial sobre determinados bienes o servicios (2007, pp. 179-180).

Cabe precisar que el término publicidad engañosa no se encuentra contemplado en la LRCD, sin embargo, es el Indecopi y la costumbre los que se han encargado de denominar así a las infracciones cometidas mediante actos de engaño y otras acciones desleales desarrolladas a través de la publicidad.

La doctrina sostiene que existen tres requisitos básicos para que una conducta desleal sea considerada como tal: i) que las conductas sean exteriorizadas al mercado, ii) que el acto tenga fines

concurrenciales¹, es decir, que tenga como finalidad promover la difusión de bienes y servicios, sean propias o de un tercero, y iii) que la conducta sea desleal, es decir, que perjudique o pueda perjudicar los intereses económicos de un tercero.

Por otra parte, la ley, en sus artículos 2°, 3° y 4°, regula lo correspondiente al ámbito objetivo, subjetivo y territorial, lo cual será referencia para determinar si una conducta puede ser reprochable.

Artículos 2°, 3° y 4° de la LRCD:

Artículo 2: La presente Ley se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta Ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos.

Artículo 3: La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores.

Las personas naturales que actúan en nombre de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, por encargo de

¹ Resolución N° 0564-2014/SDC-INDECOPI, del 16 de junio de 2014:

“La definición de acto concurrencial exige que como consecuencia directa de su ejecución el acto tenga la idoneidad para producir una modificación en el comportamiento de los consumidores, desviando sus decisiones de compra respecto de un mercado determinado o identificable. (...) En tal sentido, si el acto no se exterioriza en el mercado donde interactúan la oferta y la demanda, o no es susceptible, en sí mismo, de producir –ya sea real o potencialmente– un efecto de posicionamiento para el empresario que lo ejecuta, no sería una conducta sujeta al ámbito objetivo de aplicación de la ley. Así, un comportamiento tendrá finalidad concurrencial cuando a través de su realización, el empresario que lo comete, procura obtener o generarse algún tipo de ventaja en un determinado segmento competitivo”.

estas, les generan con sus actos responsabilidad sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

Artículo 4: La presente Ley es de aplicación sobre cualquier acto de competencia desleal que produzca o pueda producir efectos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero (D. L. N.º 1044, 2008).

El ámbito de aplicación objetivo, regulado en el artículo 2º, menciona que la ley se aplica a todos los actos que incurran en el mercado, incluyendo aquellos realizados a través de la publicidad. Asimismo, no se le debe requerir habitualidad a quien lo haya realizado, más bien, es suficiente que sus actos incurran en el mercado, sea por primera o única vez.

El ámbito de aplicación subjetivo, regulado en el artículo 3º, refiere que la ley se deberá aplicar a todas las personas naturales, jurídicas o entidades que ofrezcan o demanden bienes o servicios. También serán responsables los asociados, afiliados o agremiados de estos que realicen actividad económica en el mercado.

Asimismo, el segundo párrafo del artículo 3º agrega que serán responsables las personas naturales que actúen bajo responsabilidad de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el primer párrafo, sin que les sea exigible para tal efecto las condiciones de representación civil.

Por último, el ámbito de aplicación territorial, regulado en el artículo 4º, hace referencia a que serán reprochables los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir sus efectos en territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero. Esto quiere decir que no se exige que la conducta denunciada se haya ejecutado, sino basta la amenaza de que dicha conducta se produzca, es decir, que el acto desleal sea potencial.

Por otro lado, el artículo 5º de la ley hace referencia al principio de primacía de la realidad. Este principio explica que la autoridad

administrativa tiene la facultad de investigar y determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas.

La forma y el alcance que los comerciantes le den a sus actos no enervan la posibilidad de que la autoridad administrativa analice la verdadera naturaleza de la conducta, con lo cual determinan, en todo caso, su ilicitud y su responsabilidad frente a la LRCD.

1.1.1. Cláusula general

La cláusula general es muchas veces invocada para denunciar supuestos de actos de engaño y de publicidad engañosa, sin embargo, en ocasiones es incorrectamente aducida. Ante esta situación, corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, y en segunda instancia al Tribunal de Defensa de la Competencia, pronunciarse respecto a cuándo una actividad puede recaer en dicho supuesto y ser sancionada.

La cláusula general, regulada en el artículo 6° de la ley, menciona lo siguiente:

Artículo 6.- Cláusula general:

6.1.- Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.- Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado (D. L. N.° 1044, 2008).

En la legislación peruana, este artículo se conoce también como “prohibición general de los actos de competencia desleal”. Allí se menciona que, si el afectado o un tercero considera que se está vulnerando la buena fe empresarial, y la conducta desleal no se encuentra en la lista enunciativa de los actos de competencia desleal

regulados por la ley, es posible invocar a la cláusula general, a fin de reprochar dicha conducta desleal.

La buena fe empresarial, señalada en el numeral 6.2 del artículo 6° de la LRCD, es un concepto de tipo objetivo que exige a los agentes económicos competir sobre la base del principio de competencia por eficiencia. Ello significa que los agentes económicos deben concurrir en el mercado buscando su éxito, a través de la más atractiva combinación de precio, calidad y condiciones de contratación. En ese sentido, toda conducta que carezca de una justificación razonable, desde el punto de vista de las estrategias y comportamientos conformes con dicho principio, será una conducta contraria a la buena fe empresarial, es decir, un acto de competencia desleal (Massaguer, 1999, citado por Sosa, 2012b, p. 352).

Respecto a la cláusula general, Alfredo Bullard y Carlos Patrón señalan:

No es más que una definición genérica de lo que se considera, en este caso, un acto de competencia desleal; o, si se quiere, una prohibición en términos amplios que permite incluir supuestos particulares no previstos o tipificados específicamente en la legislación. En tal sentido, esta cláusula es de aplicación en aquellos casos en que la presunta conducta desleal no encaja dentro de un tipo específico contemplado en la ley (1999, p. 440).

En igual sentido, refiriéndose a la Ley de Represión de la Competencia Desleal peruana, Kresalja opina lo siguiente:

La cláusula general establece la prohibición en unos términos que permiten incluir supuestos no específicamente previstos, sea por su carácter extraño o marginal, o bien por la evolución de las prácticas comerciales que da lugar a la aparición de nuevos comportamientos incorrectos. De lo que se deduce su necesidad, pues evita que la normativa quede obsoleta debido al desarrollo de nuevas prácticas desleales (1993, p. 35).

En la misma línea, Alex Sosa (2012b) señala que las conductas enunciadas en la LRCD no son las únicas mediante las que se

configuran los actos de competencia desleal. Son solo las más comunes, evidentes o las que se han presentado con más frecuencia en la práctica, pues los actos contrarios al principio de competencia por eficiencia pueden presentarse bajo distintas modalidades, de acuerdo a la evolución de los mercados. Por ello, la cláusula general actúa como una válvula de autorregulación del sistema, toda vez que asegura su adaptación a las cambiantes circunstancias del mercado que traen consigo la aparición de nuevos actos desleales y permite, especialmente, que los comportamientos —ahora extravagantes a los actos enunciados— puedan someterse al control de la LRCD.

De los lineamientos del Indecopi, se señala lo siguiente:

Dada su naturaleza, la cláusula general solo es aplicable cuando el hecho, materia de la denuncia, no se encuentra tipificado expresamente en la ley. Por esta razón, en aquellos casos en que las conductas denunciadas se encuentren contenidas en alguno de los artículos de la ley, la comisión declarará improcedente la denuncia por infracciones al artículo 6°, y se pronunciara respecto de los supuestos tipificados (Indecopi, 2001, pp. 10-11).

Asimismo, la Sala de Competencia Desleal del Indecopi ha manifestado reiteradas veces que la lista contemplada en la ley es enunciativa y no taxativa o restrictiva, por lo tanto, los actos que se consideran desleales podrán ser considerados de tal manera de acuerdo a la cláusula general.

Cabe indicar que el artículo 7° de la ley menciona las condiciones de ilicitud de los actos desleales no tipificados, y señala que la determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización. Es por ello que la doctrina habla de una responsabilidad objetiva de la conducta desleal.

Incluso, el mismo artículo recalca una vez más que no es requisito acreditar que el acto genere un daño efectivo, sino que basta constatar que la generación de dicho daño sea potencial, es decir, que el daño pueda acaecer en un futuro.