

Aprueban Directiva “Delimitación de la competencia funcional de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y los órganos resolutivos en materia de protección al consumidor, en los casos en los que la publicidad comercial confluye en el análisis de sus procedimientos”

DIRECTIVA N° 001-2014-TRI-INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

DELIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL Y LOS ÓRGANOS RESOLUTIVOS EN MATERIA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, EN LOS CASOS EN LOS QUE LA PUBLICIDAD COMERCIAL CONFLUYE EN EL ANÁLISIS DE SUS PROCEDIMIENTOS

Lima, 3 de junio de 2014

(I) ANTECEDENTES

Según la legislación vigente, la publicidad puede ser evaluada y fiscalizada desde dos ordenamientos bajo el ámbito de competencia del INDECOPI: la fiscalización de la competencia desleal y la protección al consumidor. Con relación al primero, será competente en primera instancia la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal¹ (en adelante, la CCD) y, en lo referente al segundo, la competencia le corresponde al respectivo órgano resolutorio en materia de protección al consumidor².

En tal sentido, la CCD se encargará de realizar un análisis en abstracto de la publicidad, evaluando la posible afectación que hubiese podido generarse al mercado en general por la vulneración al principio de veracidad; mientras que los órganos resolutorios en materia de protección al consumidor estarán encargados del análisis de la publicidad en el marco de una relación de consumo, examinando el rol de la publicidad en el cumplimiento del deber/derecho de información y de idoneidad.

El motivo de la presente directiva es delimitar el ámbito dentro del cual cada uno de los órganos resolutorios arriba indicados ejercerá su competencia respecto al rol que cumple la publicidad en el mercado; ello con el objetivo de evitar que se inicien dos procedimientos en los cuales exista una triple identidad de sujetos, hechos y fundamentos, susceptibles de ser cuestionados por los administrados como una vulneración al principio de non bis in ídem.

(II) BASE NORMATIVA

En materia de protección al consumidor, los artículos 1 y 2 del vigente Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) han recogido el deber de información³ como correlato al derecho a la información de los consumidores⁴, al establecer la obligación de los proveedores de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una adecuada decisión de consumo (en la fase precontractual⁵), así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. Dicha información debe ser veraz, suficiente, comprensible, apropiada, oportuna y fácilmente accesible para los consumidores.

Por su parte, el artículo 3 del referido cuerpo normativo⁶, ha establecido que se encuentra prohibida toda información o presentación u omisión de información que induzca al consumidor a error respecto de la naturaleza, origen, modo de fabricación, componentes, usos, volumen, peso, medidas, precios, forma de empleo, características, propiedades, idoneidad, cantidad, calidad o cualquier otro dato de los productos o servicios ofrecidos.

De otro lado, en materia de competencia desleal, el artículo 8 del Decreto Legislativo 1044⁷ - Ley de Represión de la Competencia Desleal tipifica los actos de engaño como aquellos 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. En otras palabras, a través de la represión de la referida conducta se vela por la observancia del principio de veracidad.

Entre los supuestos más comunes de actos desleales de engaño se encuentran aquellos que se materializan mediante la actividad publicitaria. En efecto, la publicidad comercial es uno de los mecanismos más empleados por los proveedores para competir en el mercado, pues mediante aquella se busca no sólo informar al público de las características y precio de los productos anunciados, sino también y principalmente persuadir a los consumidores para que adquieran o contraten los productos o servicios objeto del anuncio publicitario⁸.

El Subcapítulo II, Capítulo II del Título I del Código ha complementado normativamente lo establecido en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, al precisar en su artículo 13⁹ que 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, induzca o pueda inducirlos a error sobre las propiedades o condiciones de los bienes o servicios.

En atención a lo expuesto, se verifica que tanto el cumplimiento del deber de información, en materia de protección al consumidor; como la observancia del principio de veracidad en publicidad, en materia de competencia desleal; confluyen al tutelar un mismo bien jurídico, esto es, el derecho a la información veraz de los consumidores.

En este contexto, debe tenerse presente que la publicidad también puede ser analizada para verificar si se configura una vulneración a un bien jurídico distinto, cual es, el denominado deber de idoneidad, recogido en los artículos 18 y 19 del Código¹⁰.

El cumplimiento del deber de idoneidad se refiere a la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso. Así, el análisis que se hará de la publicidad sirve como término de referencia para delimitar el contenido del contrato, puesto que lo señalado en la publicidad configura la oferta del proveedor.

Finalmente, respecto a las autoridades competentes, el artículo 25 del Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹¹, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 24 y 25.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal¹², establece que la CCD es el órgano con competencia exclusiva para reprimir aquellas prácticas desleales materializadas mediante la actividad publicitaria, entre las que se encuentran los actos de engaño.

En la misma línea, el Código en su artículo 17¹³ reconoce que es la CCD la autoridad encargada en forma exclusiva y excluyente para conocer en primera instancia la verificación del cumplimiento de las normas que regulan la publicidad en protección del consumidor. Sin perjuicio de ello, en la misma norma se ha establecido que las afectaciones concretas y específicas a los derechos de los consumidores como consecuencia de la publicidad comercial, constituyen infracciones al Código y son competencia del órgano resolutorio en materia de protección al consumidor respectivo, en concordancia con lo establecido en el artículo 27 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹⁴.

(III) ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA

La casuística ante los órganos funcionales del Indecopi revela que existen supuestos en los cuales interviene la publicidad en los procedimientos tramitados ante la CCD y los órganos resolutorios en materia de protección al consumidor. Sobre el particular, resulta necesario efectuar una adecuada interpretación respecto al rol de la publicidad en el ámbito de sus respectivas competencias.

Así, debe quedar debidamente establecido que cuando se presenta un cuestionamiento exclusivamente a lo indicado en la publicidad y no se invoca la defraudación de expectativas relativas a una relación de consumo en concreto, es la CCD la autoridad competente para analizar dicho caso.

A su vez, debe tenerse presente que cuando la denuncia ante la autoridad es formulada por uno o más particulares que tienen un contrato celebrado con el proveedor y alegan específicamente haber sufrido una defraudación concreta en sus expectativas a partir de lo señalado en la publicidad, el conocimiento de ese cuestionamiento corresponderá a los órganos resolutorios en materia de protección al consumidor. En este último supuesto, la ilicitud se verifica en la etapa post contractual ante el incumplimiento de las prestaciones que se derivan de una relación de consumo ya establecida y, por consiguiente, supone la vulneración del deber de idoneidad.

Cabe precisar que el análisis de si el proveedor cumplió con brindar toda la información relevante y veraz al consumidor -incluyendo la información contenida en soportes publicitarios- se encuentra comprendido en la verificación del deber de idoneidad¹⁵. Por ende, en estos casos, corresponde imputar la comisión de una sola infracción, al tratarse de una única conducta que será enjuiciada por el respectivo órgano resolutorio en materia de protección al consumidor.

A partir de lo señalado, se puede concluir que deben ser conocidas por el órgano resolutorio en materia de protección al consumidor correspondiente, como una infracción al deber de idoneidad, aquellas denuncias en las que concurran los siguientes elementos: (i) exista una relación de consumo preestablecida; (ii) el denunciante alegue que contrató sobre la base de la información difundida mediante la publicidad (sea este o no el único medio informativo); y, (iii) se compruebe que al consumidor se le afecta concretamente, pues recibe algo distinto a lo ofrecido.

Lo indicado no limita la posibilidad de que las distorsiones informativas que afectan la etapa precontractual puedan ser sancionadas por actos de engaño según lo dispuesto en la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En efecto, aun cuando ya exista una sanción o un procedimiento en trámite por la lesión del interés en concreto de un consumidor derivado de la

publicidad, la CCD puede igual sancionar la información errónea proporcionada en la etapa de formación de los contratos.

Del mismo modo, también se presentan casos en los que inducido por la información contenida en la publicidad, el público se acerca al proveedor dado que pretende entablar una relación de consumo bajo las condiciones señaladas en la publicidad. No obstante, el proveedor se niega a acceder a la contratación en los términos solicitados por el usuario y es dicha negativa particular la que es cuestionada por el consumidor a través de una denuncia administrativa ante Indecopi.

En estos supuestos, se advierte que existe un usuario individualizado que alega que la publicidad es una oferta y, frente a ella, pone de relieve la defraudación de su expectativa concreta, materializada en la imposibilidad de poder celebrar un contrato de consumo conforme a lo que venía siendo ofrecido en esa oferta del proveedor. Por tanto, se trata de una afectación concreta y específica que, de conformidad con el Código, pertenece al ámbito de la protección al consumidor.

Como consecuencia de lo indicado, lo que puede apreciarse es que deben ser conocidas por los órganos resolutores en materia de protección al consumidor, como infracciones al deber de idoneidad aquellas denuncias en las que concurren los siguientes elementos: (i) exista un consumidor en concreto que se presenta como afectado; y, (ii) que la infracción radique en la negativa a acceder a los términos de la publicidad, esto es, que se compruebe una conducta omisiva del proveedor de entablar una relación de consumo en los términos difundidos.

Cabe precisar que esta capacidad de sancionar la negativa del proveedor se establece sin perjuicio de las potestades de la CCD para sancionar la mera difusión de información publicitaria distorsionada que afecta la capacidad de elección de los consumidores.

(IV) OBJETIVOS DE LA PRESENTE DIRECTIVA

Conforme a lo establecido en el artículo 17.6 del Decreto Legislativo 1033¹⁶ corresponde a la Sala Plena del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual dictar directivas que orienten la solución de conflictos de competencia entre los distintos órganos resolutores.

De acuerdo a lo descrito anteriormente, se ha podido evidenciar que para la correcta aplicación de las disposiciones del Decreto Legislativo 1044 y del Código, se requiere establecer pautas que orienten el accionar de la CCD y del órgano resolutor en materia de protección al consumidor que corresponda para conocer los casos que involucren el análisis de la publicidad comercial. En tal sentido, la Sala Plena ha estimado necesario precisar las reglas de competencia funcional de dichos órganos mediante la presente Directiva.

La presente Directiva tiene como objetivos que orientan su sentido los siguientes:

* Delimitar el ámbito dentro del cual la CCD y los órganos resolutores en materia de protección al consumidor ejercerán sus competencias, cuando confluya en el análisis respectivo la existencia de una publicidad comercial.

* Evitar la posible afectación de la garantía del non bis in ídem como consecuencia de la tramitación de los procedimientos por infracción al principio de veracidad en publicidad y por infracción al deber de información, en la medida que concurren en la protección de un mismo bien jurídico.

(V) CONTENIDO DE LA DIRECTIVA

En atención a las consideraciones señaladas, la presente Directiva establece las siguientes reglas para delimitar las competencias de la CCD y de los órganos resolutores en materia de protección al consumidor:

Artículo Primero: La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es el órgano competente para iniciar procedimientos de oficio por infracción al principio de veracidad en publicidad recogido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal cuando la imputación se sustenta exclusivamente en material publicitario.

Artículo Segundo: La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es el órgano competente para iniciar procedimientos como consecuencia de denuncias por infracción al principio de veracidad en publicidad recogido en el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal cuando la imputación se sustenta exclusivamente en material publicitario y no se invoca la afectación a una relación de consumo en concreto.

Artículo Tercero: El órgano resolutorio en materia de protección al consumidor respectivo es competente para tramitar denuncias en las cuales se invoca una afectación en concreto al consumidor derivada del incumplimiento de lo ofrecido en la publicidad, lo cual constituye una contravención al deber de idoneidad recogido en los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y no una infracción al deber de información, ello sin perjuicio de las otras infracciones a dicho Código que pueden materializarse también mediante la actividad publicitaria.

Por su parte, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es competente para analizar la conformidad de la publicidad con las exigencias del principio de veracidad. En estos casos, el material publicitario permite verificar la posible existencia de infracciones en ambos ordenamientos.

Artículo Cuarto: El órgano resolutorio en materia de protección al consumidor respectivo es competente para tramitar denuncias en las cuales se invoca una afectación concreta y específica derivada de la imposibilidad de entablar una relación de consumo en los términos ofrecidos en la publicidad, lo cual constituye una contravención al deber de idoneidad recogido en los artículos 18 y 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor y no una infracción al deber de información, ello sin perjuicio de las otras infracciones a dicho Código que pueden materializarse también mediante la actividad publicitaria.

Por su parte, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal es competente para analizar la conformidad de la publicidad con las exigencias del principio de veracidad. En estos casos, el material publicitario permite verificar la posible existencia de infracciones en ambos ordenamientos.

Con la intervención de los señores vocales Julio Baltazar Durand Carrión, Néstor Manuel Escobedo Ferradas, Ana Asunción Ampuero Miranda, Ramiro Alberto Del Carpio Bonilla, Gonzalo Ferrero Diez Canseco, María Soledad Ferreyros Castañeda, Carmen Jacqueline Gavelán Díaz, Silvia Lorena Hooker Ortega, Sergio Alejandro León Martínez, Julio Carlos Lozano Hernández, Manuel Gustavo Mesones Castelo, Julio César Molleda Solís, Jose Enrique Palma Navea, Alejandro José Rospigliosi Vega, Daniel Schmerler Vainstein, Jessica Gladys Valdivia Amayo y Javier Francisco Zúñiga Quevedo.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JULIO BALTAZAR DURAND CARRIÓN

Presidente

