



El consumidor de referencia en la interpretación del mensaje publicitario

MARÍA ANTONIETA GÁLVEZ KRÜGER

Sumario: Introducción. I. La publicidad. II. La regulación de la publicidad engañosa en la Unión Europea. 2.1. La noción del «consumidor medio» en la jurisprudencia del TJCE. 2.1.1. *Mars*. 2.1.2. *Gut Springenheide*. 2.1.3. *Estée Lauder*. 2.1.4. *Darbo*. 2.1.5. *Toshiba*. 2.1.6. *Linhart*. 2.2. Síntesis de los casos del TJCE. III. La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes y versión definitiva. 3.1. La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea - El consumidor de referencia escogido. 3.2. Posición del Parlamento Europeo (1ª Lectura). 3.3. Posición Común del Consejo Europeo de 15 de noviembre del 2004. 3.4. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la Posición Común del Consejo. 3.5. Posición del Parlamento (2ª Lectura). 3.6. Versión final de la Directiva 2005/29/CE. 3.7. La Directiva 2005/29/CE, el consumidor medio, y el miembro medio de un grupo concreto de consumidores. IV. La regulación de la publicidad engañosa en el Perú. 4.1. La noción del «consumidor razonable» en la jurisprudencia administrativa del INDECOPI. 4.1.1. *Manaxx J Gold*, especial para fumadores. 4.1.2. *Productos Rema S.A vs. Luz del Sur S.A*. 4.1.3. *Editorial Letras e Imágenes S.A*. 4.1.4. *Experiencia Müsli*. 4.2. Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial. 4.3. El Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor. V. La regulación de la publicidad engañosa en los EE.UU. 5.1. La aplicación de la noción del «consumidor razonable» por Cortes Federales norteamericanas. 5.1.1. *Kraft*. 5.1.2. *Patron*. 5.1.3. *SlimAmerica*. VI. Conclusión comparativa y consideraciones finales.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo abordaremos el tema del «consumidor de referencia» para determinar el engaño en la publicidad, es decir, en la interpretación del mensaje publicitario. La finalidad principal es intentar detectar las similitudes y diferencias (si es que las hay) del «consumidor referencia» empleado en la Unión Europea (UE), en el Perú y en los Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.).

La disciplina publicitaria y la de la represión de la competencia desleal son fundamentalmente casuísticas y sólo adquieren realidad sobre la base de casos concretos, siendo preciso considerar las circunstancias de cada caso. De ahí la necesidad de acudir a la jurisprudencia para ilustrar cómo son aplicados ciertos criterios o nociones.

Siempre dentro del contexto del «consumidor de referencia», haremos mención de los rasgos principales de los marcos normativos sobre publicidad engañosa así como de algunas pautas de interpretación publicitaria en la UE, Perú y los EE.UU., para luego pasar a ver cómo han sido aplicados en ciertos casos resueltos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), por el INDECOPI, por la *Federal Trade Commission (FTC)* y Cortes Federales de los EE.UU.

En el primer punto delimitaremos brevemente y en términos generales la noción de publicidad. El segundo punto trata de la regulación de la publicidad engañosa en la UE y de cierta jurisprudencia del TJCE. El tercero versa sobre los antecedentes de la actual Directiva europea sobre prácticas desleales, que nos permitirá apreciar el debate y el proceso de elaboración de dicha Directiva en lo que concierne al «consumidor de referencia» escogido. El cuarto punto está dedicado al tratamiento de esta materia en el Perú y el quinto al tratamiento dado en los EE.UU. El último punto recoge las principales conclusiones comparativas y consideraciones finales.

I. LA PUBLICIDAD

Pueden ser muchas y diversas las definiciones de publicidad. A veces es definida como la información proporcionada sobre los bienes y servicios que circulan en el mercado o como la «*información dirigida al público con el objetivo de promover, directa o indirectamente, una actividad económica*¹». Otras veces, es conceptualizada simplemente como una actividad manipuladora dirigida a alimentar el consumo.

Sin perjuicio de la definición que se quiera suscribir, es obvio que la publicidad comprende más que información. Además de proporcionar información sobre la existencia, calidad y precios de los bienes y servicios, la publicidad está dirigida a influenciar la conducta del destinatario de la publicidad. El mensaje incluye persuasión —resaltando las ventajas de los productos o servicios— y tiene por finalidad que los consumidores adquieran los bienes o servicios publicitados.

La publicidad es esencial para el buen funcionamiento de una economía de mercado. Además de proporcionar información, la publicidad incrementa la competencia y beneficia a los consumidores porque les permite —o les debería permitir— tomar decisiones de consumo que mejor sirvan a sus intereses.

En términos generales, la regulación de la publicidad tiene entre sus objetivos principales, además del correcto funcionamiento del mercado, proteger los intereses económicos de los consumidores. La publicidad engañosa distorsiona el proceso de toma de decisión de los consumidores, haciendo que el consumidor realice transacciones que probablemente no habría efectuado si hubiese estado bien o mejor informado. Dentro de ese contexto las preguntas que se plantean son ¿cuándo un anuncio publicitario es engañoso?, ¿sobre la base de qué pautas se interpreta la publicidad? Como veremos a continuación, la figura del consumidor es la base para determinarlo. Y la pregunta que naturalmente sigue entonces es ¿de qué consumidor o de qué tipo de consumidor se trata?

II. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LA UNIÓN EUROPEA

En la UE la publicidad engañosa está regulada por la Directiva 2006/114/CE de 12 de diciembre de 2006 (que codificó y revocó la Directiva 84/450/CEE de 10 de setiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y comparativa) y por la Directiva 2005/29/CE de 11

¹ V. C. Ferreira de Almeida. “Conceito de Publicidade”, BMJ n.º 349, 1985, p. 133.

de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior europeo.

En su origen, la Directiva 84/450/CEE tenía por objeto «*proteger a los consumidores y a las personas que ejercen una actividad comercial o industrial, artesanal o profesional, así como los intereses del público en general contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas*» (art. 1, versión original). Posteriormente, esta Directiva fue alterada para incluir a la publicidad comparativa y establecer las condiciones en las que la publicidad comparativa es permitida².

En la acepción de la Directiva 84/450/CEE, por «publicidad» se entiende «*toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones*»³. Y por «publicidad engañosa» se entiende «*toda publicidad que, de una manera cualquiera, incluida su presentación, induce a error o puede inducir a error a las personas a las que se dirige o afecta y que, debido a su carácter engañoso, puede afectar su comportamiento económico o que, por estas razones, perjudica o es capaz de perjudicar a un competidor*»⁴.

Según el art. 3, para determinar si una publicidad es engañosa, se debe tener en cuenta todos sus elementos, principalmente, todas las indicaciones relativas a las características de los bienes o servicios, precio, naturaleza, composición, origen geográfico o comercial, entre otros. Aun cuando el art. 3 establezca ciertas pautas o reglas para determinar el carácter engañoso de la publicidad, la Directiva 84/450/CEE no establece los «parámetros del nivel de error o engaño relevante»⁵ ni hace mención a cualquier definición del «consumidor de referencia» que se debe emplear para analizar si una afirmación o mensaje publicitario es engañoso. Ha sido el TJCE quien, en su jurisprudencia, fue introduciendo la noción del «consumidor medio».

En 2005, con la aprobación de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales, la Directiva 84/450/CEE fue nuevamente modificada. La principal alteración fue en relación a su ámbito de aplicación: la Directiva 84/450/CEE ha quedado restringida a la publicidad engañosa y comparativa que afecte o los comerciantes, mientras que la publicidad desleal (engañosa) y comparativa que afecte a los consumidores es materia de la Directiva 2005/29/CE. Esta segmentación en dos regímenes jurídicos diferentes para regular la misma materia (la publicidad engañosa), dependiendo del sujeto afectado (competidores o consumidores), fue blanco de muchas críticas, principalmente en el sentido

² Directiva 97/55/CE de 06.10.97. Es de resaltar que, además de la Directiva 84/450/CEE, existen otras directivas o reglamentos comunitarios que pretenden evitar que los consumidores sean engañados por la publicidad en ciertas áreas específicas. Algunos ejemplos son, entre varios, la Directiva 2000/13/CE sobre rotulado, presentación y publicidad de géneros alimenticios y la Directiva 2007/29/CE, que altera la Directiva 96/8/CE, sobre rotulado, publicidad y presentación de alimentos destinados a ser utilizados en dietas con restricción calórica para la reducción de peso.

³ Art. 2.1, versión original.

⁴ Art. 2.2.

⁵ V. P. Soler. «Panorama del Derecho de la Publicidad en la Unión Europea». En: *ADI*, t. XX. Santiago de Compostela, 1999, p. 369.

que la fragmentación es forzada pues «*es contraria a la realidad de las cosas*»⁶, y que su aplicación puede generar incoherencias y diferencias (en las legislaciones internas de los Estados-Miembros), generando así inseguridad jurídica⁷.

Ahora bien, la Directiva 2005/29/CE sí recoge un marco de referencia para determinar el engaño en la publicidad (o mejor dicho, en términos de la Directiva, la deslealtad de una práctica comercial). Dicho marco de referencia es el criterio del «consumidor medio», tal como interpretado por la jurisprudencia del TJCE en los casos de publicidad, después de la aprobación de la Directiva 84/450/CEE. Según el Considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE, el consumidor a tomar en cuenta para evaluar la deslealtad de una práctica comercial es la «*figura teórica del consumidor típico*», que está «*normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta factores sociales, culturales y lingüísticos*». Junto al «consumidor medio», la Directiva 2005/29/CE introduce el concepto de «miembro medio de un grupo concreto de consumidores» y consagra disposiciones que apuntan a proteger consumidores particularmente vulnerables.

No profundizaremos, por razones de extensión, en el contenido detallado ni en las implicancias de la Directiva 2005/29/CE. Nuestra intención es centrarnos en el «consumidor medio» como parámetro para evaluar la deslealtad de la publicidad, ahora incluida en la Directiva 2005/29/CE. Usaremos indistintamente los términos publicidad o práctica comercial, aunque este último concepto sea más amplio que el de publicidad. Según esta Directiva, se entiende por práctica comercial «*todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores*»⁸. Por producto se entiende «*cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y obligaciones*»⁹.

2.1. La noción del «consumidor medio» en la jurisprudencia del TJCE

A seguir haremos mención a seis interpretaciones prejudiciales del TJCE en materia de publicidad engañosa, en las cuales se puede observar cómo se fue perfilando (o se intentó perfilar) la noción del «consumidor medio» como consumidor de referencia, noción que —según algunos consideran— permite hablar de un concepto de engaño «*más próximo a la realidad de la vida*» y que contribuye para un mayor dinamismo de la competencia, en la medida en que se eleva el nivel de error relevante para determinar la deslealtad de la conducta¹⁰. De hecho, la jurisprudencia del TJCE relativa al «consumidor medio» se ha desarrollado principalmente en un doble ámbito: en el de los conflictos entre las normas sobre competencia desleal (y publicidad) y el principio de la libre circulación de mercan-

⁶ M. Fernando Magarzo. “Algunos Comentarios a la Directiva 2006/114/CE sobre Publicidad Engañosa y Publicidad Comparativa (Versión Codificada)”. En: *Revista Autocontrol*, N.º 116, Feb. 2007.

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, 2004/C 108/17, DOUE C 108, de 30.04.04.

⁸ Art. 2(d).

⁹ Art. 2(c).

¹⁰ P. SOLER. Ob. cit., p. 389.

cías, y en el de la interpretación del Derecho comunitario derivado que prohíbe los actos de engaño¹¹.

Nótese que la noción del «consumidor medio» en la UE proviene de una vasta y reiterada jurisprudencia del TJCE con la misma orientación, y que no debe ser confundida con los otros conceptos de consumidor que existen en diversas normas comunitarias¹².

2.1.1. *Mars*¹³

En un litigio entre una asociación de lucha contra la competencia desleal y la empresa *Mars GmbH*, la asociación pretendía impedir, bajo la ley alemana, el uso de una determinada presentación para la comercialización de barras de helados. Los helados *Mars* eran presentados en un empaque o envoltorio que tenía la mención «+10%». Esa presentación había sido escogida como parte de una campaña publicitaria en toda Europa y en virtud de la cual la cantidad de cada producto había sido aumentada en 10%. La asociación alegaba, *inter alia*, que la forma en que la indicación «+10%» fue integrada en la presentación daba al consumidor la impresión que el producto había aumentado en una cantidad correspondiente a la parte coloreada del nuevo envoltorio (la parte coloreada ocupaba una superficie sensiblemente superior al 10% de la superficie total del envoltorio o empaque).

En su sentencia, el TJCE indicó que:

«Según consta, la mención “+ 10 %” es en sí misma exacta.

Sin embargo, se ha afirmado que la medida controvertida está justificada porque, debido a que la franja que indica “+ 10 %” ocupa en el envoltorio una superficie superior al 10 % de la superficie total, una parte no desdeñable de consumidores podría suponer que el aumento es más importante que el anunciado.

No puede acogerse esta justificación.

En efecto, los consumidores razonablemente informados deben saber que no existe necesariamente un nexo entre el tamaño de las menciones publicitarias relativas a un aumento de la cantidad del producto y la importancia de dicho aumento.

Por lo tanto, procede responder a la cuestión prejudicial que el artículo 30 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una medida nacional prohíba la importación y la comercialización de un producto comercializado legalmente en otro Estado miembro, cuya cantidad haya sido aumentada con motivo de una campaña publicitaria de corta duración y cuyo envoltorio contenga la mención “+ 10 %”, (...), en razón de que la nueva presentación puede producir en el consumidor la impresión de que se ha aumentado considerablemente el volumen o el peso del producto». ¹⁴

¹¹ V. F. Palau. “El Consumidor Medio y los Sondeos de Opinión en las Prohibiciones de Engaño en Derecho Español y Europeo, A raíz de la Sentencia del TJCE de 16 de Julio de 1998, AS. C-210/96, «Gut Sprigenheide»”. En: *ADI*, t. XIX, Santiago de Compostela, 1998, p. 375.

¹² V. L. González Vaqué. “La Noción de Consumidor Medio según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”. En: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N.º 17, 2004, pp. 49-56.

¹³ Sentencia TJCE de 06.07.95, Proc. C-470/93, CJTE 1995, p. I-01923.

¹⁴ N.ºs 21-25.

Observamos que en este caso el TJCE usó como parámetro la noción del «consumidor razonablemente informado» («*reasonable circumspect consumer*», en la versión en inglés de la sentencia y «*consumidor normalmente informado*», en la versión en portugués) para determinar si la presentación del helado podía ser engañosa. Sin embargo, el TJCE no explicó o sugirió lo que era un «*reasonable circumspect consumer*». En palabras del Abogado General Fennelly, en el proceso *Mars* el TJCE adoptó expresamente por primera vez esa noción de consumidor¹⁵. Esa noción fue luego especificada en el caso *Gut Springenheide*, aunque en dicho proceso —a diferencia que en *Mars*— el TJCE no resolvió el caso (es decir, no se pronunció sobre si la afirmación controvertida era engañosa o no), pero señaló algunas orientaciones al juez nacional para determinar la existencia de elementos engañosos. Además, y conforme se verá, en *Gut Springenheide* el TJCE indicó que el tribunal nacional podía, en la medida que la ley nacional lo permitiese, recurrir a sondeos de opinión cuando no tuviese la certeza de cómo resolver un caso.

2.1.2. *Gut Springenheide*¹⁶

En este caso el TJCE se pronunció sobre un asunto relativo a una indicación que constaba en embalajes de huevos y en una nota informativa incluida en esos embalajes.

La empresa *Gut Springenheide* comercializaba huevos embalados bajo la designación «*6-Korn-10 frische Eier*» (10 huevos frescos-6 cereales). Según esta empresa, las seis especies de cereales en cuestión entraban en la composición del alimento de las gallinas en un porcentaje de 60%. Una nota informativa, incluida en cada caja de huevos, exaltaba las cualidades de los huevos producidos por gallinas con esa alimentación.

La empresa fue notificada para suprimir la indicación de los embalajes así como la nota informativa porque el órgano jurisdiccional alemán consideró que eran susceptibles de inducir a error a una parte considerable de consumidores, en la medida en que sugerían, sin razón, que la alimentación de las gallinas era exclusivamente compuesta por los seis cereales indicados y que los huevos tenían cualidades particulares.

Gut Springenheide interpuso recurso contra esta sentencia alegando que la indicación y la nota informativa controvertidas eran absolutamente necesarias para la información del consumidor y que el órgano jurisdiccional no había hecho referencia a cualquier informe de perito que demostrase que las mismas inducían a error al comprador.

En ese contexto el Tribunal alemán sometió al TJCE las siguientes cuestiones prejudiciales: (1) Para apreciar, según el Reglamento (CEE) N.º 1907/90 (relativo a ciertas normas de comercialización aplicables a los huevos)¹⁷ «si las indicaciones concebidas para fomentar las ventas pueden inducir a error al comprador, ¿debe determinarse cuáles son las expectativas reales del consumidor destinatario de tales indicaciones, o dicha norma se basa

¹⁵ Proc. C-220/98, Opinión del Abogado General Fennelly (1999), N.º 27. Aun cuando en sentencias anteriores el TJCE había seguido la misma orientación jurisprudencial, en el caso *Mars* se refirió expresamente a los “consumidores normalmente informados”. V. L. González Vaqué. Ob. Cit., p. 59.

¹⁶ Sentencia TJCE de 16.07.98, Proc. C-210/96, CJTE 1998, p. I-04657.

¹⁷ El art. 10.2 preveía que los embalajes de huevos podían ostentar indicaciones destinadas a la promoción de las ventas, desde que esas indicaciones y el modo en que fuesen hechas no indujeran a error al comprador.

en un concepto objetivo de comprador que requiere una interpretación puramente jurídica? (2) Para el caso de que haya que basarse en las expectativas reales de los consumidores, se plantean las siguientes cuestiones: a) ¿Es decisiva la opinión del consumidor medio perspicaz o la del consumidor poco consciente¹⁸? b) ¿Puede determinarse el porcentaje de consumidores válido para determinar una expectativa del consumidor que sirva de referencia? (3) En el caso de que haya que tomar como criterio un concepto objetivo de comprador que requiera una interpretación puramente jurídica, ¿cómo ha de determinarse dicho concepto?»¹⁹

En respuesta a esas cuestiones, el TJCE indicó:

«Debe recordarse asimismo que el Tribunal de Justicia ha tenido que analizar en varias ocasiones la cuestión del eventual carácter engañoso de una denominación, marca o mención publicitaria a la luz de las disposiciones de los Tratados o del Derecho derivado y que, cada vez que le ha parecido que los datos de los autos que obraban en su poder eran suficientes y que la solución se imponía, ha resuelto por sí mismo este aspecto, en lugar de declinar la apreciación final en favor del Juez nacional (...).

De las referidas sentencias se deduce que, para determinar si la denominación, marca o mención publicitaria consideradas podían o no inducir a error al comprador, el Tribunal de Justicia tomó en consideración la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión.

Así pues, generalmente los órganos jurisdiccionales nacionales deberían poder apreciar, en esas mismas condiciones, si una mención publicitaria produce un efecto engañoso.»²⁰

No obstante, el TJCE afirmó que el derecho comunitario no se oponía a que, si el Juez nacional *«tropieza con dificultades especiales para evaluar el carácter engañoso de la mención de que se trate, pueda ordenar, en las condiciones previstas por su Derecho nacional, un sondeo de opinión o un dictamen pericial para instruir su decisión»²¹*. El TJCE también señaló que, cuando no existe ninguna disposición comunitaria en la materia, *«incumbe al órgano jurisdiccional nacional, que considere necesario encargar semejante sondeo, determinar con arreglo a su Derecho nacional el porcentaje de consumidores engañados por una mención publicitaria que le parecería suficientemente significativa para justificar, llegado el caso, su prohibición»²²*.

¹⁸ “Consumidor casual”, en la versión en portugués de la sentencia.

¹⁹ N.º 15.

²⁰ N.ºs 30-33.

²¹ Parte decisoria.

²² N.º 36.

El TJCE especificó más el concepto de consumidor que se debía utilizar para interpretar la publicidad. En *Mars* el TJCE se refirió sólo al «consumidor razonablemente informado» («reasonable circumspect consumer»), en el caso *Gut Springenheide* señaló que se debía tomar como referencia «la expectativa que con respecto a dicha mención se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» («presumed expectations of an average consumer who is reasonably well informed and reasonably observant and circumspect»). Aunque el fraseo haya sido diferente, ambas nociones serían semejantes porque apuntarían a un consumidor hipotético con cierto nivel de atención y discernimiento.

La mención que el TJCE hizo en el sentido de que en casos anteriores había utilizado dicha noción de consumidor «sin haber evacuado informes periciales o encargado la realización de sondeos de opinión» es importante porque implica que la interpretación del mensaje publicitario se apoya primero y preferencialmente en la apreciación u opinión del propio juez o tribunal sobre la publicidad en cuestión, sin tener que recurrir a sondeos u otro tipo de pruebas. Dicho en otras palabras, la decisión de los casos se basa en los propios conocimientos del juez sobre el carácter engañoso de una conducta²³, y en lo que el juez considera o conjetura sean las «presumibles expectativas» de un hipotético «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

2.1.3. *Estée Lauder*²⁴

La empresa *Lancaster* comercializaba una crema restauradora de la piel llamada «*Monteil Firming Action Lifting Extreme Crème*». Figurando el término «*lifting*» en la denominación, en el proceso principal *Estée Lauder* procuró impedir la comercialización de los productos en los que se usase ese término, alegando que era engañoso. *Estée Lauder* afirmó que el término daba la impresión al comprador de que el producto tenía efectos idénticos o comparables, sobre todo en cuanto a su duración, con una cirugía de *lifting* de la piel; sin embargo, el Tribunal alemán consideró que el engaño que los consumidores podían eventualmente ser víctimas en el caso concreto no consistía en su convicción que el producto tenía tales efectos, sino en la convicción de que el producto tenía efectos de cierta duración.

Una vez que —en opinión del Tribunal alemán— el concepto de consumidor que se extraía de la jurisprudencia del TJCE en casos similares presupone un determinado grado de atención y discernimiento por parte del consumidor, el Tribunal alemán no tenía la certeza si el porcentaje de personas inducidas a error debía ser superior al de 10% a 15%, consagrado por la jurisprudencia alemana.

En su respuesta, el TJCE siguió la misma línea que en *Gut Springenheide*: para determinar si una denominación, marca o indicación publicitaria es o no engañosa, se debe tener en cuenta la «presumible expectativa de un consumidor medio, normalmente informado y

²³ F. Palau. Ob. cit., p. 389.

²⁴ Sentencia TJCE de 13.01.2000, Proc. C-220/98, CJTE 2000, p. I-00117.

raisonablement atento y perspicaz». Sin embargo, en este caso el TJCE también aludió a un elemento adicional: además del criterio del «consumidor medio», otras consideraciones —relativas a factores sociales, culturales y lingüísticos— debían ser apreciadas²⁵.

«Para aplicar este criterio al caso de autos, hay que tomar en consideración varios elementos. En particular, hay que verificar si los factores sociales, culturales o lingüísticos pueden justificar que los consumidores alemanes entiendan el término «lifting», empleado en relación con una crema antiarrugas de manera diferente que los consumidores de los demás Estados miembros o si las propias condiciones de utilización del producto bastan para destacar el carácter transitorio de sus efectos, neutralizando cualquier conclusión contraria que pueda deducirse del término “lifting”.

*Aunque, a primera vista un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no tendría que suponer que una crema cuya denominación contiene el término “lifting” produzca efectos duraderos, corresponde al órgano jurisdiccional nacional verificar, habida cuenta de todos los elementos pertinentes, si sucede así en el caso de autos».*²⁶

De la misma forma, y siguiendo la regla declarada en *Gut Springenheide* sobre el uso de sondeos y el porcentaje de consumidores engañados por una indicación para justificar la prohibición de su uso, el TJCE afirmó que competía al juez nacional determinar qué porcentaje podría ser «suficientemente significativo». Teniendo en cuenta que el TJCE no rechazó ni comentó el porcentaje fijado por la jurisprudencia alemana (10%-15%), tal vez se podría inferir que para el TJCE ese porcentaje podía ser considerado como «suficientemente significativo». Sin embargo, esa inferencia es discutible en la medida en que el argumento en contrario podría ser en el sentido de que el TJCE no se pronunció ni a favor ni en contra del asunto ya que, por un lado, no había cualquier disposición sobre la materia y, por el otro, los Estados-Miembros podían, según la versión original de la Directiva 84/450/CEE, mantener o adoptar disposiciones que otorgasen una protección más amplia de los consumidores²⁷.

2.1.4. Darbo²⁸

En el proceso entre una asociación contra prácticas ilícitas en el comercio e industria y *Adolf Darbo AG*, sociedad austríaca que producía y comercializaba en Austria y Alemania una confitura de fresa bajo la marca «*d'arbo naturrein*» (puramente natural) y bajo la designación «*Garten Erdbeer*» (fresas de jardín), el asunto fue determinar si el uso del término «*naturrein*» era engañoso toda vez que la confitura también contenía gelificante pectina así como vestigios o residuos de otras sustancias (plomo, cadmio y pesticidas).

²⁵ V. como antecedente de la mención a esos factores (en el contexto de un proceso sobre marcas) el caso *Graffione*, Proc. C-313/94 (26.11.96).

²⁶ N.ºs 29-30.

²⁷ Art. 7, versión original de la Directiva 84-450/CEE. El actual art. 7, después de la alteración introducida por la Directiva 2005/29/CE, ya no hace referencia a los consumidores.

²⁸ Sentencia TJCE de 04.04.2000, Proc. C-465/98, CJTE 2000, p. I-02297.

El TJCE, aplicando el criterio del «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», consideró que el consumidor no podía ser engañado por el uso del término «*puramente natural*» simplemente debido al hecho que la presencia de pectina estaba indicada en la etiqueta del envase. Adicionalmente el TJCE afirmó que, tal como había reconocido en un proceso anterior, «*los consumidores, cuya decisión de comprar es determinada por la composición de los productos que tienen la intención de adquirir, leen en primer lugar la lista de los ingredientes (...)*».²⁹

En cuanto a la presencia de residuos de plomo, cadmio y pesticidas en la confitura, la asociación alegó que el uso de la mención «*puramente natural*» era susceptible de crear en la mente del consumidor la impresión que la confitura *d'arbo* era un producto puro de la naturaleza, exento de impurezas o de cualquier sustancia extraña. Sin embargo, en opinión de la asociación, la simple presencia (pequeña o grande) de esos residuos en el producto, alteraba tal descripción y, en consecuencia, se tornaba engañosa en relación a las características de la confitura.

El TJCE rechazó el argumento:

«No pueden aceptarse estos argumentos. Consta la presencia en el medio ambiente natural de plomo y cadmio, como consecuencia, principalmente, de la contaminación del aire o del medio acuático, como demuestran varias disposiciones de Derecho comunitario (...). Puesto que se cultivan en dicho medio ambiente, las frutas de jardín se hallan inevitablemente expuestas a los agentes contaminantes que se encuentran en él.

En estas circunstancias, aun suponiendo que en algunos casos los consumidores puedan ignorar esta realidad y ser inducidos a error, este riesgo es mínimo y no puede, en consecuencia, justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías (...).

*La misma conclusión se impone... en relación con la presencia de restos o residuos de plaguicidas en la confitura d'arbo (...). [La] utilización de plaguicidas, incluso por particulares, constituye uno de los medios más habituales para combatir la presencia de organismos perniciosos en los productos vegetales y agrícolas, por lo que la circunstancia de que se cultiven fresas de jardín de forma "natural" no excluye completamente, en cualquier caso, la presencia de residuos de plaguicidas en éstas».*³⁰

Basado en esas razones, el TJCE señaló que, no obstante la presencia de vestigios de plomo, cadmio y pesticidas en la confitura *d'arbo*, la mención «*puramente natural*» en el rotulado del producto no era susceptible de inducir al consumidor a error sobre sus características.

En este proceso, el TJCE se apoyó nuevamente en su propia percepción sobre las «presumibles expectativas» de los consumidores. También, el TJCE asumió que el consumidor debía saber sobre cosas que, en su opinión, eran «pacíficas» («*common ground*», en la versión en inglés de la sentencia).

²⁹ Sentencia TJCE de 26.10.95, Proc. C-51/94, (citado en *Darbo*).

³⁰ Caso *Darbo*, n.ºs 27-29.

Otro factor que el TJCE tuvo en especial consideración, como lo hizo en procesos anteriores, fue la libre circulación de mercaderías en el mercado de la UE: hizo un balance entre el riesgo de que algunos consumidores fuesen engañados —que consideró mínimo— y las exigencias de la libre circulación. Tal como el TJCE ha establecido en otros procesos, las medidas para evitar el riesgo de engaño a los consumidores no pueden ultrapasar las exigencias de la libre circulación de mercaderías y así justificar barreras al comercio, salvo si el riesgo fuese suficientemente grave³¹.

2.1.5. *Toshiba*³²

En el proceso entre *Toshiba Europe GmbH* y *Katun Germany GmbH*, relativo a una publicidad hecha en el ámbito de la comercialización de piezas de repuestos y materiales consumibles que podían ser utilizados en las fotocopiadoras distribuidas por *Toshiba Europe*, el TJCE afirmó —como en casos anteriores— que para verificar si los números de artículo del fabricante de los equipamientos eran signos distintivos, en el sentido de ser identificados como provenientes de determinada empresa, el órgano jurisdiccional remitente debía tomar en consideración la «*percepción que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.*»³³ Además de mencionar el criterio del consumidor medio, el TJCE indicó que había que atender a la clase o naturaleza del público al que la publicidad va dirigida. En opinión del TJCE, en el caso en cuestión parecía que dicho público estaba compuesto por «*comerciantes especializados, de manera que la probabilidad de que asocien la reputación de los productos del fabricante de las máquinas con los productos de un proveedor que compita con aquél es mucho menor que si se tratara de los consumidores finales.*»³⁴

2.1.6. *Linhart*³⁵

En el ámbito de las acciones judiciales seguidas contra *G. Linhart* e *H. Biffl*, acusados de haber colocado en el mercado productos cosméticos incorrectamente designados, la cuestión prejudicial formulada era determinar si la indicación «*controlado mediante análisis dermatológicos*» en el envase de un producto cosmético era susceptible de atribuir a ese producto características que no poseía, permitiendo así a las autoridades nacionales prohibir su comercialización en los términos de las normas comunitarias sobre productos cosméticos³⁶.

El TJCE indicó que la aplicación del criterio del consumidor medio permitía considerar que la mención «*controlado mediante análisis dermatológicos*» en el envase —en este caso— de jabones y productos capilares, sólo podía sugerir a un consumidor medio,

³¹ Proc. C-220/98 (caso *Estée Lauder*, Opinión del Abogado General Fennelly, citando los casos *Clinique y Mars*).

³² Sentencia TJCE de 25.10.2001, Proc.C-112/99, CJTE 2001, p. I-07945.

³³ «Juicioso», según la versión en portugués de la sentencia.

³⁴ N.º 52.

³⁵ Sentencia TJCE de 24.10.2002, Proc. C-99/01, CJTE 2002, p. I-09375.

³⁶ En este caso, la Directiva 76/768 de 27.07.976 y sus alteraciones posteriores.

normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, la idea de que ese producto había sido sometido a un test para evaluar sus efectos sobre la piel y que, consecuentemente, su colocación en el mercado significaba que los resultados del test habían sido positivos y que había sido verificada su buena tolerancia por la epidermis o, por lo menos, su carácter inofensivo para la piel³⁷. Siguiendo este raciocinio, el TJCE declaró que dicha mención no podía inducir a error a un consumidor medio, atribuyendo a los productos en causa características que no poseían y, de cualquier modo, un eventual error en cuanto a esas características no sería susceptible de repercutir en la salud pública³⁸.

2. 2. Síntesis de los casos del TJCE

De esta jurisprudencia del TJCE se desprende, principalmente, dos cosas. La primera, el rol protagónico de la libre circulación de mercaderías en el espacio europeo. Y también, como señala Palau, que se estaría recurriendo a criterios de eficiencia económica: la aceptación de cuotas mínimas de engaño contribuye a desarrollar la competencia en el mercado debido al hecho de mantener el estímulo necesario para que el consumidor asuma su función de «árbitro» en la lucha concurrencial, eligiendo de manera racional entre los productos o servicios que le son ofertados³⁹. La segunda, que el consumidor de referencia para determinar si una publicidad es engañosa presenta dos elementos característicos: se trata de un consumidor que, por un lado es «normalmente informado» y que, por el otro, es «razonablemente atento y perspicaz». Se trata entonces de un consumidor ideal o hipotético⁴⁰ a quien le es impuesto el deber de una cierta conducta o actitud⁴¹, lo que hace recordar —con sus diferencias, evidentemente— a las nociones o modelos del «buen padre de familia», «comerciante diligente» o «gestor ordenado». Pero, los tribunales también tienen que tener en aprecio consideraciones relativas a factores sociales, culturales o lingüísticos (*Estée Lauder*) y el tipo de personas a las que la publicidad está destinada (*Toshiba*). El empleo de estas consideraciones adicionales nos lleva a pensar que, en la práctica, el TJCE estaría consciente que la interpretación de la publicidad basada en un consumidor hipotético «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» es insuficiente.

III. LA DIRECTIVA 2005/29/CE SOBRE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES: ANTECEDENTES Y VERSIÓN DEFINITIVA

Antes de su aprobación, la Directiva 2005/29/CE fue materia de intenso debate —tanto a nivel de las instituciones comunitarias como en la doctrina— sobre la técnica legislativa

³⁷ Caso *Linhart*, n.º 32.

³⁸ *Ídem*. N.º 35.

³⁹ F. Palau. Ob. cit., p. 381.

⁴⁰ Según P. Soler, el Tribunal ha partido de una noción muy «depurada» de consumidor medio relevante: «un consumidor mayor de edad, con mentalidad abierta, espíritu de aprendizaje» y principalmente, «una actitud favorable a la interpretación de los mercados nacionales». Ob. cit., p. 390.

⁴¹ L. González Vaqué. Ob. cit., pp. 62-63. Es de resaltar que según este autor, el TJCE, sin llegar a afirmar que el consumidor tiene la obligación de informarse, considera que debido a su actitud el consumidor medio puede acceder a la información disponible sin tener que hacer una investigación exhaustiva, aunque eso no justifique una completa pasividad o falta de interés (p. 64).

empleada y la complejidad y amplitud de lo que se pretende armonizar que, de hecho, tiene que ver, además de la defensa de los intereses económicos de los consumidores, con el funcionamiento del mercado interno europeo. La Propuesta de una directiva-cuadro fue presentada por la Comisión Europea en seguimiento del Libro Verde sobre la defensa del consumidor en la UE (2001).

3.1. La Propuesta de Directiva de la Comisión Europea⁴² - El consumidor de referencia escogido

En su Propuesta, la Comisión resaltó que a pesar de que el TJEC ya había determinado el contenido de la noción del «consumidor medio», muchos Estados-Miembros no la tenían en consideración, evaluando la deslealtad de las prácticas comerciales en relación a consumidores más vulnerables o a un pequeño porcentaje de consumidores (por ejemplo 10% a 15%). También, algunos de los Estados-Miembros consideraban que cualquier publicidad podía distorsionar el proceso decisorio de los consumidores y que, por consiguiente, cualquier imprecisión podía ser contraria a sus disposiciones nacionales⁴³.

La Comisión intentó codificar en la Propuesta el criterio del «consumidor medio» establecido por el TJCE, incluyendo en uno de sus artículos la definición («el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», art. 2(b)). Igualmente resaltó en un Considerando⁴⁴ que en la aplicación del referido criterio, también se debía tener en cuenta factores sociales, culturales o lingüísticos (decisión *Estée Lauder*). Es decir, no se estaría presumiendo que el consumidor medio es exactamente el mismo en todo el territorio de la UE⁴⁵.

Conforme la Comisión, el «consumidor medio» no es el consumidor vulnerable o atípico. El criterio, «*que es una expresión del principio de proporcionalidad, resulta aplicable cuando una práctica comercial se dirige o alcanza a los consumidores en general*», se modula «*cuando una práctica comercial se dirige de forma específica a un grupo concreto (p.ej., a los niños), en cuyo caso se considera al miembro medio de ese grupo*»⁴⁶. En opinión de la Comisión, «*de esta forma se pondrá en claro el estándar que han de aplicar los tribunales nacionales y se reducirá de forma significativa el margen para evaluaciones divergentes de prácticas semejantes en los distintos países de la UE; se proporcionará además una manera de tener en cuenta características sociales, culturales o lingüísticas importantes de los grupos destinatarios como prevé el Tribunal*»⁴⁷.

⁴² Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interno, que altera las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE e 98/27/CE, presentada por la Comisión, COM (2003) 356 final, de 18.06.2003.

⁴³ *Ídem*, Exposición de Motivos, n.º 23.

⁴⁴ N.º 13.

⁴⁵ Evaluación de Impacto Ampliada, SEC (2003) 724, 18.06.2003, p. 9.

⁴⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo(...). Ob. cit., p. 9.

⁴⁷ *Ídem*.

En relación a la elección del consumidor de referencia, en la Evaluación de de Impacto Ampliada⁴⁸ anexa a la Propuesta se resaltó que el compromiso más importante era respecto al equilibrio que se debía encontrar entre la protección del consumidor y la libertad de las empresas en relación al consumidor de referencia que se ha de utilizar para determinar si una práctica es desleal o no. Reconociendo que no todos los consumidores son consumidores medios, el documento habla de la necesidad de encontrar un equilibrio entre la protección de los consumidores más vulnerables y la libertad de las empresas en asumir un cierto nivel de comprensión de sus prácticas comerciales. El equilibrio estaría en la noción del «consumidor medio» del TJCE como referencia principal, que es re-equilibrada siempre que un comerciante se dirija a un grupo concreto de consumidores. «*Sean estos niños o científicos nucleares, la referencia será un miembro medio de ese grupo*»⁴⁹. De este modo, se indica en el documento, «*la referencia adoptada es más precisa que la referencia general actualmente utilizada en cada Estado-Miembro. Se posibilita así la libertad comercial, al tiempo que se protege a los más vulnerables. Cuando un comerciante se dirija a un grupo de consumidores por encima de la media, la referencia quedará situada en un nivel correspondientemente más bajo*»⁵⁰.

En lo relativo a la prohibición general de prácticas desleales, en la Propuesta de la Comisión se establecieron las condiciones para que una práctica comercial pueda ser considerada desleal: si la práctica es contraria a la diligencia profesional; y si «*distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico con respecto al producto del consumidor medio al que afecta o al que se dirige, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida específicamente a un grupo concreto de consumidores*» (art. 5.2 de la Propuesta).

3.2. Posición del Parlamento Europeo (1º Lectura)⁵¹

En esta Posición el Parlamento incluyó en la definición del «consumidor medio» contenida en el art. 2, inciso b, de la Propuesta, la mención específica a las «*circunstancias, sociales, culturales y lingüísticas*», que anteriormente sólo estaban referidas en uno de los Considerandos. Así, el «consumidor medio» quedaba redefinido como «*el consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta las circunstancias sociales, culturales y lingüísticas*».

Además, el Parlamento introdujo en el art. 2 una definición de la noción «*grupo concreto de consumidores*»: «*grupo de consumidores que presentan características específicas de índole no económica, como: i) consumidores vulnerables en razón de factores como la edad, la discapacidad, las condiciones físicas o psíquicas (incluidas las de carácter transitorio) o el nivel de instrucción que influyen en la capacidad de discernimiento y/o*

⁴⁸ Evaluación de Impacto Ampliada. Ob. cit.

⁴⁹ *Ídem*, p. 35.

⁵⁰ *Ídem*, p. 35.

⁵¹ Posición del Parlamento Europeo, con vistas a la adopción de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, aprobada en primera lectura en 20.04.04 (P5-TC1-COD (2003) 0134, DOUE C104E de 30.04.2004.

reacción; ii) consumidores a quienes se dirige el comerciante y que poseen conocimientos específicos del sector que los capacitan para comprender una comunicación comercial especializada» (nuevo art. 2, inciso c, en relación a la Propuesta). Y también, en un nuevo Considerando, agregó:

«Dado que los consumidores más vulnerables son los que corren un riesgo mayor de convertirse en víctimas de las prácticas comerciales desleales que se contemplan en la presente Directiva, es oportuno que se protejan sus intereses como consumidores teniendo debidamente en cuenta, según las circunstancias de cada caso, factores como la edad (por ejemplo, menores y ancianos), unas condiciones físicas o mentales particulares (por ejemplo, períodos de maternidad o luto) y el nivel de instrucción. A este respecto, se debe impedir que se saque un indebido provecho de los rasgos vulnerables de un grupo concreto de consumidores (...).»⁵²

En relación al segundo requisito de la prohibición de prácticas desleales (art. 5.2), el Parlamento mantuvo la redacción de la Propuesta pero incluyó la siguiente mención: *«es necesario proteger la condición especial de vulnerabilidad de algunos consumidores»*.

3.3. Posición Común del Consejo Europeo de 15 de noviembre de 2004⁵³

En su Posición Común el Consejo eliminó las definiciones de «consumidor medio» y de «grupo concreto de consumidores» contenidas en el art. 2 anteriormente referido y, en la redacción del artículo relativo a la prohibición general de prácticas desleales (art. 5.2, segundo requisito), eliminó la mención a la protección de la *«condición especial de vulnerabilidad de algunos consumidores»*, pasando el tema a ser tratado en el nuevo art. 5.3.

Art. 5.3, Posición Común

«Las prácticas comerciales que afecten a los consumidores de forma general pero que con toda probabilidad sólo vayan a distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico de un grupo de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal».

Este párrafo, cuya redacción en gran medida sirvió de base al texto adoptado en la versión final de la Directiva 2005/29/CE, estaría acogiendo la preocupación relativa a los consumidores vulnerables expuesta en la Posición del Parlamento, complementándose con una nueva redacción tanto del Considerando referente al «consumidor medio» como

⁵² *Ídem*, Considerando 15.

⁵³ Posición Común del Consejo, N.º 6/2005, de 15 de noviembre de 2004 (DOUE C 38 E, de 15.02.2005).

el referente a los «consumidores vulnerables», redacción que igualmente fue adoptada en la versión final de la Directiva 2005/29/CE:

Considerando 18, Posición Común

Es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales. Cuando una práctica comercial se dirija específicamente a un grupo concreto de consumidores, como los niños, es conveniente que el efecto de la práctica comercial se evalúe desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. La referencia del consumidor medio no es una referencia estadística. Los tribunales y autoridades nacionales deben aplicar su propio criterio, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para determinar la reacción típica del consumidor medio en un caso concreto».

Considerando 19, Posición Común

«Cuando determinadas características como la edad, una dolencia física o un trastorno mental o la credulidad hagan que los consumidores sean especialmente sensibles a una práctica comercial o al producto correspondiente y, con toda probabilidad, únicamente el comportamiento económico de tales consumidores sea susceptible de distorsión merced a la práctica en cuestión en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, debe garantizarse que estén adecuadamente protegidos, para lo cual es necesario que la práctica se evalúe desde la perspectiva de un miembro medio de ese grupo».

3.4. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo acerca de la Posición Común del Consejo⁵⁴

En sus observaciones, la Comisión resaltó que la Posición Común mantenía la referencia del «consumidor medio» de la Propuesta, apoyada por el Parlamento, como la referencia «*por defecto*» en relación a la cual debe evaluarse el impacto de las prácticas potencialmente desleales⁵⁵ y que la redacción fue modificada de manera que dejó de contener una definición de «consumidor medio», por la preocupación que suscitaba el hecho de que dicha definición pudiese impedir la evolución del concepto en consonancia con la jurisprudencia del TJCE. Lo anterior satisfacía a la Comisión teniendo en cuenta la referencia al «consumidor medio» en el texto y a la clara ligación a la jurisprudencia del

⁵⁴ Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo acerca de la Posición Común, COM (2004) 753 final, 16.11.2004.

⁵⁵ *Ídem.*, p.3.

TJCE en el Considerando 18. El debate se habría centrado en los «factores sociales, culturales o lingüísticos» (vigentes en cada Estado-Miembro), factores que estaban referidos en uno de los Considerandos de la Propuesta, que luego fueron incluidos en la definición de «consumidor medio» de la Posición del Parlamento, y eliminados por completo en la Posición Común del Consejo. La necesidad de tener en cuenta esos factores nacionales podría, de cierta forma, «multiplicar por 25 la noción del consumidor medio». Se considera que es probable que fuera por esa razón que TJCE se ha abstenido de referirse a tales factores en otras sentencias⁵⁶. Con todo, la versión definitiva del Considerando 18 contiene la mención.

Por otro lado, en opinión de la Comisión, la referencia específica a la protección de consumidores vulnerables (art. 5.3 de la Posición Común) reflejaría el «interés»⁵⁷ expresado por el Parlamento por «hacer más explícita la articulación entre la protección del consumidor medio y la de los consumidores vulnerables»⁵⁸. La Comisión consideró que las alteraciones eran aceptables en la medida que no exigían una evaluación de las circunstancias de cada individuo, lo que sería impracticable, y que las alteraciones garantizaban «la protección de los consumidores vulnerables en situaciones de riesgo, al tiempo que defienden las prácticas publicitarias legítimas, como las declaraciones cuya intención no es ser interpretadas literalmente»⁵⁹.

3.5. Posición del Parlamento (2º Lectura)⁶⁰

En la Posición del Parlamento aprobada en Segunda Lectura, se retiró del texto del art. 5.3 la mención a « (...) que afecten a los consumidores de forma general,...», y se introdujo en la parte que habla de un único grupo de consumidores la mención «claramente identificable». En cuanto al Considerando 18, se volvió a incluir la cita de la definición del «consumidor medio» del TJCE («normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz»), que en la Propuesta de la Comisión venía establecida en el art. 2(b) (definiciones); así como la alusión a los «factores de orden social, cultural y lingüístico», que en la Propuesta estaban contenidos en el Considerando 13. Y fue esa la línea finalmente adoptada en la Directiva.

3.6. Versión final de la Directiva 2005/29/CE

Como se puede observar en los antecedentes inmediatos a la adopción de la versión final de la Directiva —después de varias marchas y contramarchas— la base es esencialmente la misma que la contenida en la Propuesta de la Comisión: el consumidor de referencia es

⁵⁶ Handig, citado por L. Gonzáles Vaque. “Las Nociones de Consumidor Medio y Miembro Medio de un Grupo Particular de Consumidores en el Reglamento nº. 1924/2006 (declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos)”. En: *Revista Electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, N.º 11, 2007, nota 38.

⁵⁷ “Confirmaría las dudas”, en la versión en portugués.

⁵⁸ Comunicación de la comisión al Parlamento Europeo (...). Ob. cit., p. 3.

⁵⁹ *Ídem*.

⁶⁰ Posición del Parlamento Europeo, aprobada en segunda Lectura en 24.02.2005 (EP-PE_TC2-COD (2003)0134).

el denominado «consumidor medio», con atención a factores de orden social, cultural y lingüístico, tal como interpretado por el TJCE en su jurisprudencia; y cuando se trate de grupos concretos de consumidores, el impacto de una práctica deberá ser evaluado desde el punto de vista del miembro medio de ese grupo. Sin embargo, la inclusión del art. 5.3 relativo a los consumidores vulnerables ha abierto la puerta a interpretaciones diferentes en algunos Estados Miembros de la UE. Los efectos prácticos de esa discrepancia, de existir, sólo se presentarán en los casos concretos —vía solicitud de interpretación prejudicial— que lleguen al TJCE.

3.7. La Directiva 2005/29/CE, el consumidor medio, y el miembro medio de un grupo concreto de consumidores

En términos generales, la estructura básica de la Directiva comprende una cláusula general de prohibición de las prácticas comerciales desleales (art. 5.1) y los criterios para determinar cuándo una práctica comercial es desleal (art. 5.2). Distingue también dos categorías específicas de prácticas que se consideran especialmente desleales: las prácticas engañosas y las agresivas (arts. 6 a 9), y contiene una «lista negra» exhaustiva de treinta y un prácticas que son consideradas desleales en cualquier circunstancia (Anexo I).

En las prácticas de la «lista negra» del Anexo I, la utilización del consumidor de referencia (y en principio, de cualquier otro tipo de análisis) no es necesaria por tratarse de prácticas consideradas *per se* desleales⁶¹. Una práctica en concreto deberá ser prohibida si está incluida en alguno de los supuestos del Anexo I. Pero, en la aplicación de la disposiciones, sean relativas a prácticas engañosas o agresivas, sean referentes a la cláusula general, el consumidor de referencia hace parte del análisis para determinar el impacto de la práctica. Si una práctica en concreto no está incluida en la lista de prohibiciones *per se*, será necesario evaluar si se está ante una práctica engañosa (por acción u omisión) o agresiva (tal como definido en los arts. 6 a 9). Sólo en el caso que eso no ocurra, es aplicable la cláusula general de prohibición⁶² para evaluar la eventual deslealtad de la práctica.

En un intento de síntesis puede decirse que, según la Directiva, una práctica es considerada engañosa principalmente: a) si contiene información falsa o que por cualquier forma induzca o sea susceptible de inducir a error al consumidor medio (aún cuando la información sea factualmente correcta), si la información falsa o el error se refiere a uno o más de los elementos enumerados en el art. 6.1 (por ejemplo, información sobre las características principales del producto, precio, entre otros), y el consumidor medio tome o sea probable que tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado; b) si crea confusión con los productos de un competidor, y el consumidor medio tome o sea probable que tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no

⁶¹ V. Considerando 17 Directiva 2005/29/CE. Sobre este tema Massaguer hace notar acertadamente que el Anexo I contiene ciertas disposiciones cuya apreciación requiere también de juicios valorativos. “Las Prácticas Comerciales Engañosas en la Directiva 2005/29/CE sobre las Prácticas Comerciales Desleales”. En: *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 13, (2006), p. 21.

⁶² Propuesta de la Comisión (...). Ob. cit., n.º 30. V. también Conclusiones de la Abogada-General Verica Trstenjak, N.º 74, Proc. C-304/08.

hubiera tomado (art. 6.2, inciso a)⁶³; c) omita u oculte información sustancial, o que sea presentada de forma poco clara, ininteligible, ambigua o tardía, y conduzca o sea susceptible de conducir al consumidor medio a tomar una decisión de transacción que de otro modo no hubiese tomado (arts. 7.2 y 7.3).

De igual modo, en las prácticas agresivas (arts. 8 y 9), el consumidor medio hace parte del análisis para determinar si una práctica debe o no ser considerada agresiva.

En lo que respecta a la cláusula general de prohibición, una práctica comercial es desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional⁶⁴ y si distorsiona o pueda distorsionar substancialmente⁶⁵, respecto al producto del que se trate, «*el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de alguna práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores*» (art. 5. 2.). Ambas condiciones se tienen que verificar, es decir, además de la distorsión substancial (o la posibilidad de su ocurrencia) es necesario también que la práctica sea contraria a la diligencia profesional.

La protección de ciertos grupos de consumidores particularmente vulnerables estaría consagrada en el art. 5.3. que dispone: «*Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal*».

La redacción del art. 5.3 sobre consumidores particularmente vulnerables, como bien se ha dicho, no es particularmente feliz. Y confrontado con el art. 5.2, ha sido interpretado y concretizado de diversas maneras.

Una interpretación es que el art. 5.3 debe ser entendido como otra categoría específica de prácticas comerciales que se consideran en especial desleales (además de las prácticas engañosas y agresivas), y en consecuencia su aplicación es independiente de los requisitos del art. 5.2, en particular, lo referente a los requisitos de la diligencia profesional (art.5.2, inciso b, tal como definida en el art. 2 inciso h). Esta interpretación considera que el art. 5.3 prescinde del requisito de disconformidad con la diligencia profesional y en su lugar apenas exige que el comerciante pueda haber previsto «razonablemente» que su práctica comercial era susceptible de distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico de un grupo de consumidores vulnerables (tal como expresamente refiere el art. 5.3). Lo que determinaría que se estaría exigiendo un grado diferente diligencia (una «diligencia aumentada») a los comerciantes, tratándose de grupos de consumidores par-

⁶³ El art. también habla del incumplimiento de los compromisos contenidos en los códigos de conducta.

⁶⁴ Art. 2 (h).

⁶⁵ Art. 2 (e).

ticularmente vulnerables. Dicho en otras palabras, la calificación de la deslealtad de una práctica obedecería a requisitos menos estrictos⁶⁶.

Otra interpretación es que el art. 5.3 no está introduciendo otra categoría de práctica que se considera en especial desleal, mas sí un «método de evaluación» para determinar el consumidor de referencia que debe ser considerado. Así, según esta interpretación, el art. 5.3 debe ser visto como una alternativa del art. 5.2 inciso b debido al hecho de considerarse que el art. 5.3 contiene una variante del prototipo del consumidor medio. De esta forma, el art. 5.2(a) sería de aplicación: si una práctica no es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, entonces no puede ser considerada desleal aún cuando distorsione substancialmente el comportamiento económico de un único grupo, claramente identificable, de consumidores particularmente vulnerables⁶⁷.

Tanto el art. 5.2(b) *in fine* como el art. 5.3 hablan del «miembro medio del grupo»: en el primer caso, cuando se refiere a las prácticas destinadas a un grupo concreto de consumidores; en el segundo, cuando se refiere a prácticas susceptibles de distorsionar el comportamiento económico de un único grupo, claramente identificable, de consumidores particularmente vulnerables. En su esencia, ambas disposiciones no difieren mucho una de la otra y estarían estableciendo lo mismo en lo que se refiere al consumidor relevante: cuando se trata de grupos concretos de consumidores, para evaluar el impacto de una práctica destinada a ellos o que los pueda afectar únicamente, la referencia deberá hacerse al «miembro medio» del grupo en cuestión, es decir, las características del grupo (del «miembro medio» del grupo) deben ser tomadas en consideración en la evaluación. Ahora, las interrogantes que se levantan son: ¿el «miembro medio» del grupo es también una referencia a un patrón ideal (como el consumidor medio), pero dentro de un grupo concreto con ciertas características, o se está aludiendo a un miembro promedio real?

IV. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN EL PERÚ

En el caso del Perú, el consumidor de referencia para interpretar el mensaje publicitario es el denominado «*consumidor razonable*»⁶⁸, que fue introducido vía la jurisprudencia administrativa del INDECOPI en casos resueltos durante la vigencia del D. Leg. 691 («Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor») y su reglamento.

⁶⁶ V. A. Cristas. “Concorrência Desleal e Protecção do Consumidor: a propósito da Directiva 2005/29/CE”, *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, 2007, pp. 146 y 148-150. Esta es la línea seguida, por ejemplo, por Portugal en el D. Ley 57/2008, de 26 de marzo de 2008, que transpone al Derecho interno portugués la Directiva 2005/29/CE.

⁶⁷ V. R. García Pérez. “Tiempos de Cambios para el Derecho contra la Competencia Desleal: La Directiva sobre Prácticas Comerciales Desleales”. En: *ADI*, t. XXVI, 2006, Santiago de Compostela, pp. 479-480. V. en particular, *UK Consultation on implementing the EU Directive on Unfair Commercial Practices and Amending Existing Consumer Legislation*, Department of Trade and Industry, 2005, n.º 74, disponible en: <www.berr.gov.uk>. Esta es la línea seguida por el Reino Unido en la transposición de la Directiva (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations 2008*).

⁶⁸ Para un comentario crítico y análisis detallado de este tema, por todos, B. Kresalja. “El Incumplimiento del Mandato Constitucional dirigido a la Protección Jurídica del Bienestar de la Persona en su Condición de Consumidor (El ‘consumidor razonable’: reflexiones acerca de un estándar administrativo excluyente y discriminatorio)” (por publicar).

El D. Leg. 691 recogía los cuatro principios básicos o normas de conducta, pacíficamente aceptados por la Doctrina, que rigen la actividad publicitaria: veracidad (art. 4), autenticidad (art. 6), lealtad (art. 7) y legalidad (art. 3). En la acepción del D. Leg. 691, la palabra «anuncio» publicitario debía entenderse en su sentido más amplio, comprendiendo también la publicidad en envases, etiquetas y material de punto de venta, y por «consumidor» debía entenderse *«cualquier persona a la que se dirige un mensaje publicitario o que es susceptible de recibirlo»*⁶⁹. La publicidad engañosa estaba referida en su art. 4 al establecer que *«los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión ambigüedad, o exageración, puedan inducir a error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta»*.

Según el art. 2 del citado D. Leg., la publicidad debía ser juzgada *«teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario»* debiéndose igualmente tener en cuenta todo el contenido del anuncio, *«incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros»*. Si bien el D. Leg. recogía dichas pautas para determinar la licitud o ilicitud de la publicidad (examen superficial e indivisibilidad del anuncio), no hacía mención al «consumidor de referencia» que se debía emplear para analizar si una afirmación o mensaje publicitario es engañoso o no. Como ya se indicó, fue mediante la jurisprudencia del INDECOPI que se introdujo el criterio o estándar del «consumidor razonable».

La nueva Ley sobre Represión de la Competencia Desleal (D. Leg. 1044, vigente desde julio de 2008)⁷⁰ modificó y unificó tanto el D. Leg. 691 como la antigua ley sobre competencia desleal (D. Ley 26122), y consagra 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»*⁷¹. El ámbito de aplicación de esta ley son los *«actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado»*, estando incluidos en su aplicación los actos realizados a través de la publicidad⁷².

A diferencia del D. Leg. 691, la nueva ley no trae una definición de «consumidor», mas sí establece qué es lo que se debe entender por «publicidad: *«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 profe-*

⁶⁹ D. Leg. 691, art. 1.

⁷⁰ Esta norma se dio dentro del marco de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos de Norteamérica.

⁷¹ D. Leg. 1044, art. 1.

⁷² Art. 2.

sional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales»⁷³.

El art. 6, que contiene la cláusula general de prohibición de actos de competencia desleal (estando incluida, como ya se señaló, la actividad publicitaria), establece que un acto 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*»⁷⁴, no siendo necesario que se acredite que el acto genera un daño efectivo. Basta constatar que la generación del daño sea potencial⁷⁵.

Los actos de engaño están definidos como aquellos que tengan como efecto, real o potencial, inducir a error a otros agentes en el mercado sobre elementos tales como la naturaleza, modo de fabricación, características, calidad, precio (entre otros elementos) 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*»⁷⁶.

El art. 21 del D. Leg. 1044 se refiere a la interpretación de la publicidad, dentro del Título denominado «*Disposiciones que orientan la evaluación de los actos de competencia desleal desarrollados mediante la actividad publicitaria*»⁷⁷. Según este artículo, la publicidad debe ser evaluada teniéndose en cuenta que es «*un instrumento para promover en el destinatario de su mensaje, de forma directa o indirecta, la contratación o el consumo de bienes o servicios*». Al igual que el D. Leg. 691, recoge como pautas interpretativas la indivisibilidad del anuncio y el examen superficial: la «*evaluación se realiza sobre todo el contenido del anuncio, incluyendo las palabras y los números hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros, considerando que el destinatario de la publicidad realiza un análisis integral y superficial de cada anuncio que percibe*». Y también, al igual que el D. Leg. 691, la nueva ley no hace mención al «consumidor de referencia» que se debe emplear para determinar el engaño en la publicidad.

Los actos de competencia desleal prohibidos por la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal «*son sancionados independientemente de la afectación directa que pudieran producir en perjuicio de los derechos de los consumidores*»⁷⁸. De existir consumidores afectados por un acto de competencia desleal, corresponderá a la Comisión de Protección al Consumidor la aplicación de las disposiciones que «*tutelan tales derechos según la ley de la materia*»⁷⁹.

⁷³ Art. 59(d).

⁷⁴ Art. 6.

⁷⁵ Art. 7.

⁷⁶ Art. 8.1. También se considera acto de engaño inducir a error sobre los atributos que posee el agente económico, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial.

⁷⁷ Título III, Capítulo II. «*Criterios para la determinación de responsabilidad*».

⁷⁸ Segunda Disposición Complementaria y Final.

⁷⁹ *Idem*.

Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor (Decreto Supremo 006-2009-PCM)⁸⁰, además claro está de consagrar los derechos de los consumidores, entre ellos, el derecho a recibir de los proveedores la información necesaria para tomar una decisión o realizar un elección adecuadamente informada en la adquisición de bienes y servicios, el derecho a la protección de sus intereses económicos y a la protección contra métodos comerciales que impliquen desinformación o información equivocada sobre los bienes o servicios⁸¹, establece en su art. 3(a) —en virtud de la modificación introducida en junio de 2008— que esta ley «*protege al consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias*»⁸².

4.1. La noción del «consumidor razonable» en la jurisprudencia administrativa del INDECOPI

4.1.1. *Manaxx J Gold, especial para fumadores*⁸³

Este caso trató de un anuncio en televisión de un producto elaborado a base de una planta llamada «uña de gato» (*uncaria tomentosa*), en el cual se destacan las propiedades del producto Mannax Gold en el sistema inmunitario y sus efectos anti cancerígenos. Entre varias afirmaciones, se señalaba que era «especial para fumadores». Igualmente, se afirmaba que estudios científicos avalaban las propiedades de la «uña de gato». De oficio, la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal inició investigación e interpuso denuncia contra el anunciante y la agencia de publicidad por infracciones al principio de veracidad.

Si bien en varios casos anteriores el INDECOPI ya había venido haciendo referencia al «consumidor razonable», puede considerarse que el caso *Manaxx Gold* fue la piedra angular del desarrollo y la aplicación en casos posteriores de la noción del «consumidor razonable», la conducta que se espera de este último⁸⁴ y de lo que se debe entender por análisis o apreciación superficial del anuncio publicitario, criterio contenido en el art. 2 del D. Leg. 691. Por ello, consideramos de especial interés citar la parte relevante en toda su extensión. El Tribunal del INDECOPI señaló que:

«En este artículo se establece el criterio base para el análisis de los anuncios publicitarios. Al momento de juzgar un anuncio debe obrarse de manera análoga a como lo hace un consumidor. Sin embargo, el término “superficial” no puede interpretarse en el sentido de una actitud descuidada o irresponsable del consumidor. La norma no ha querido referirse a que los consumidores actúan de manera totalmente irra-

⁸⁰ Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor.

⁸¹ Art. 5(b) y (d).

⁸² Esta mención fue introducida en el art. 3(a) mediante el D. Leg. 1045, de 25.06.2008. Dicho D. Leg. también se dio dentro del marco de la delegación de facultades al Poder Ejecutivo para legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos de Norteamérica.

⁸³ Res. INDECOPI N.º 052-96-TRI-SDC, de 18.10.96, denuncia seguida de oficio contra Liofilizadora del Pacífico S.R. Ltda. y Cuarzo Publicidad.

⁸⁴ B. Kresalja. Ob. cit.

cional y poco interesada en la información que la publicidad ofrece para la toma de decisiones de mercado. Por el contrario, lo que la norma ha querido significar es que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no lo lee con ojos científicos ni técnicos ni se dirige a verificar y auscultar con detalle y rigor cada una de las afirmaciones e informaciones contenidas en el mismo. Superficial no es, en la norma, sinónimo de descuidado, sino antónimo de profundo. De lo contrario querríamos decir que se debe proteger a consumidores poco racionales o irresponsables en sus decisiones. Ello implicaría un estándar inadecuado que forzaría a la publicidad a ser excesivamente detallista, a la vez de privar al publicista de los elementos subjetivos ligados a su creatividad y la posibilidad de ejercer persuasión por medios lícitos. El mandato de la norma es pues que no se puede analizar, por ejemplo, la violación al principio de veracidad, con un análisis experto y detallado, no deteniéndose un tiempo excesivo en leer y analizar el mensaje publicitario, sino de la manera en que lo analizaría un consumidor razonable, puesto ante las circunstancias. De esta manera, los anuncios publicitarios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas. De varias interpretaciones posibles, se debe preferir aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor, al que se le pide un análisis mínimo, sin exigir que se trate de un análisis sofisticado o para el que se requiere ser un experto. Por otro lado el asumir que el consumidor realiza un análisis poco profundo no implica decir que el consumidor tiene un comportamiento ingenuo frente a la publicidad. Los consumidores son conscientes que el mensaje publicitario es un “testimonio de parte interesada”, es decir, que se formula con la intención de vender. Los consumidores son conscientes que las frases, expresiones o información contenida en un anuncio han sido incluidas con la intención de inducir el consumo del bien y servicio ofertado y que, por tanto, el anunciante y el publicista suelen colocar dichas expresiones al límite y que suelen contener exageraciones susceptibles de ser identificadas por el consumidor como tales. Lo exigible es que el mensaje se dé en un contexto de competencia entre los proveedores, limitada por la buena fe que impone un deber mínimo de lealtad para con el consumidor respecto a las afirmaciones que se formulan. Esto no implica que no se deba considerar que el consumidor actúa con un escepticismo natural frente a las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario.»

Dado que el «estado del arte» de los estudios científicos sobre la «uña de gato» no permitían hacer afirmaciones categóricas sobre sus propiedades sobre la salud de la personas, se declaró fundada la denuncia por violación del principio de veracidad.

4.1.2. *Productos Rema S.A vs. Luz del Sur S.A.*⁸⁵

En este caso, el anuncio materia de denuncia (interpuesta por Productos Rema S.A.) consistía en un folleto distribuido con el recibo de consumo mensual de electricidad de los usuarios de la denunciada (Luz del Sur S.A). En la carátula del folleto aparecía la imagen de un enchufe triple universal de marca REMA (la marca aparecía en caracteres muy pequeños), en proceso de combustión. El folleto se titulaba «*Lo más importante es su seguridad. Cómo prevenir accidentes eléctricos en su hogar*» y contenía recomendaciones para el mejor uso del servicio de suministro eléctrico, entre ellas, evitar el uso de «triples o extensiones». Si bien en este caso el Tribunal consideró que el folleto no constituía publicidad comercial y resolvió aplicar la normativa sobre competencia desleal (actos de denigración) hizo referencia al nivel de percepción del consumidor que se tiene en consideración:

«Así, debe tenerse presente que los consumidores no hacen un examen exhaustivo y profundo de los anuncios, razón por la cual no podría exigírseles un análisis experto y detallado de los mismos. Por ello (...) una apreciación superficial de la imagen del enchufe triple en proceso de combustión materia de denuncia, efectivamente podría generar una impresión inexacta respecto de la seguridad de este producto, dando a entender que su uso es por sí riesgoso, menoscabando así su crédito comercial. Sin embargo, para determinar la legalidad del referido folleto, la Sala considera que la imagen y las frases cuestionadas no deben ser analizadas de manera aislada, fuera del contexto en que éstas fueron difundidas.

En tal sentido, debe atenderse a que un consumidor razonable asume frente a los anuncios, cualesquiera sea su índole, una posición prudente y reflexiva, antes que ingenua. Así, un consumidor en los términos antes expuestos, que aprecia superficialmente las imágenes y afirmaciones dentro del contexto en el que se difunden, puede darse cuenta con facilidad que el folleto denunciado no pretende afirmar que los triples y las extensiones son productos peligrosos sino que éste, por el contrario, busca advertir que un empleo inadecuado de los mismos genera riesgos para la seguridad del hogar, hecho que a todas luces es exacto y verdadero».

No obstante las consideraciones anteriores, el Tribunal declaró fundada la denuncia por actos de denigración toda vez que estimó que no era pertinente difundir la marca de un producto en un contexto que podía menoscabar su crédito en el mercado.

4.1.3. *Editorial Letras e Imágenes S.A.*⁸⁶

Este caso se trató de una denuncia seguida de oficio contra Editorial Letras e Imágenes por infracción al principio de autenticidad (publicidad encubierta) en ciertas notas aparentemente periodísticas publicadas en dos números de la revista *Cosas* pero que tendrían como finalidad principal la promoción de ciertos servicios, sin la indicación «publirreportaje»,

⁸⁵ Res. INDECOPI N.º 096-96-TDC de 11.12.96.

⁸⁶ Res. INDECOPI N.º 289-97-TDC de 05.12.97, denuncia seguida de oficio contra Editorial Letras e Imágenes.

y que podían inducir al público a confundir los juicios personales del anunciante con el supuesto juicio imparcial del medio de comunicación. El Tribunal, siguiendo la línea ya establecida en casos anteriores —específicamente, *Manaxx Gold*— señaló:

«La razón por la que la ley consagra la obligación de respetar el principio de autenticidad es evidente, ya que la función persuasiva de todo anuncio debe ser claramente identificada como tal por el consumidor. Así, cuando el consumidor aprecia un anuncio que es claramente identificable como tal, reconoce, en el esfuerzo de persuasión, la intención del anunciante de motivarlo a comprar o a contratar. En consecuencia, dicho consumidor toma las afirmaciones hechas por el anunciante con reparos, ya que las reconoce como “testimonios de parte”».

Asimismo, y siempre en relación con la actitud que se espera del consumidor frente a la publicidad, el Tribunal indicó:

«(...) las normas sobre publicidad encubierta buscan evitar que un consumidor razonable atribuya las apreciaciones personales del anunciante —efectuadas con ánimo comercial— al supuesto juicio imparcial de una nota periodística. Ello debido a que los consumidores, en estos casos, estarían siendo influidos en sus decisiones de consumo por la confianza que tienen en la opinión imparcial del medio de comunicación. Es decir, un consumidor razonable tendrá mayor confianza en la información que le brinda un medio de comunicación —que ante sus ojos es un tercero imparcial— que en aquella información que proviene de los anuncios publicitarios propiamente dichos, cuya carga persuasiva es percibida directa y conscientemente por este consumidor».

4.1.4. Experiencia Müsli⁸⁷

Ya durante la vigencia del D. Leg. 1044, una asociación de defensa de consumidores y usuarios interpuso denuncia contra *Kellogg del Perú S.R.L.* por presunta comisión de actos de engaño (art. 8 del D. Leg. 1044). Según la denunciante, *Kellogg* estaba comercializando en el mercado peruano productos denominados «*Müsli*», en los que en la parte posterior del empaque se ofrecía la promoción «*Experiencia Müsli*», consignándose la siguiente información: «*Entra y regístrate en www.musli.com.co con el código que viene en el interior de esta caja, y participa mensualmente en el sorteo de artículos seleccionados. Al final del año podrás ser tú quien gane toda la experiencia Müsli*». La denunciante alegó que la publicidad contenida en el empaque daba a entender que cualquier consumidor, ingresando y registrándose en el sitio web indicado, podría participar en el sorteo. Sin embargo, los consumidores peruanos no podían inscribirse en el sorteo porque la promoción estaba dirigida exclusivamente al público colombiano, lo cual constituía un acto de engaño pues la denunciada omitió informar o advertir claramente respecto de qué país era válida la promoción o, en todo caso, que ésta no

⁸⁷ Res. INDECOPI N.º 238-2009/CCD-INDECOPI de 02.12.2009.

sería aplicable en el Perú. Por su parte, la denunciada indicó que por un error en el despacho de un número determinado de cajas de «Müsli» no se había colocado en ellas la advertencia de que el sorteo no era aplicable al mercado peruano.

La Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal declaró infundada la denuncia señalando que, luego de una análisis integral del anuncio bajo controversia, se observaba que en él se informaba a los consumidores que para acceder al sorteo se debía ingresar y registrar en un sitio web que estaba dirigido al público colombiano, conforme a la referencia electrónica del dominio territorial «co» y lo informado en el propio sitio web. Asimismo, la Comisión indicó que:

«(...) para la Comisión la indicación “co” en la denominación y registro del dominio electrónico del sitio web de Kellogg, tiene como finalidad delimitar el ámbito sobre el cual se aplica el mensaje publicitario de la promoción cuestionada, por lo que un consumidor razonable, al momento de apreciar el referido registro, puede caer en la cuenta que en la publicidad imputada no se habría omitido informar o advertir que la promoción “Experiencia Müsli” no era aplicable en el Perú. En este punto, la Comisión considera pertinente precisar que en el contexto de la actual economía mundial, los consumidores son capaces de distinguir y diferenciar las diversas denominaciones de los registros electrónicos de cada uno de los sitios web que existen en la Internet, ya sea a través de la utilización de dominios genéricos como “org”, “net” (...) que develan un alcance o nivel internacional para un determinado sitio web o con dominios territoriales como “ar”, “cl” (...) que tienen por finalidad identificar la nacionalidad o procedencia del sitio web.

En ese orden de ideas, la Comisión aprecia que de acuerdo a la descripción y lo informado en el sitio web www.musli.com.co, los consumidores entienden que la promoción “Experiencia Müsli” es aplicable al territorio sobre el cual el anunciante, en este caso Kellogg, ha decidido delimitar o establecer el dominio electrónico de su sitio web».

4.2. Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial⁸⁸

Si bien los Lineamientos datan de 2001 y están referidos a la legislación sobre la materia que estuvo vigente hasta la dación del D. Leg. 1044, continuarían siendo de aplicación actualmente, por lo menos en lo que a nuestro tema se refiere. Los Lineamientos recogen los criterios que han sido usados por el INDECOPI para resolver casos sobre competencia desleal y publicidad, entre algunos de ellos, los que hemos aludido en el punto anterior.

Resaltando que el papel del consumidor es esencial para el desarrollo de una economía social de mercado y el fortalecimiento de la competencia, en los Lineamientos se señala que, precisamente por la función que cumplen en el mercado (una especie de árbitro en la lucha por clientela), los consumidores deben tener un comportamiento activo, «requiriendo

⁸⁸ Res. N.º 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI de 05.07.2001, Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial.

de los proveedores más y mejor información, a fin de que éstos mejoren la calidad de sus productos o servicios y, en consecuencia, contribuyan al desarrollo de los mercados y a la consolidación del sistema competitivo»⁸⁹. Y en contrapartida, corresponde al Estado generar las condiciones para que los competidores brinden a los consumidores información veraz.

Siguiendo esa línea de ideas y en lo que al perfil de consumidor se refiere, en los Lineamientos se indica que:

«(...) en diversos precedentes administrativos se ha establecido que el ámbito de protección de las normas que reprimen los actos de competencia desleal y de las que regulan la publicidad comercial, está circunscrito a los consumidores que se desenvuelven en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes. Se considera consumidores razonables a los que antes de tomar decisiones de consumo, adoptan precauciones comúnmente razonables y se informan adecuadamente acerca de los bienes o servicios que les ofrecen los proveedores.

*El consumidor razonable actúa en el mercado con la diligencia ordinaria con que se desenvuelve en la vida diaria, juzgando la información a la cual tiene acceso, principalmente a partir de su experiencia, atendiendo al significado usual de las palabras, frases y oraciones, prefiriendo, de varias interpretaciones, aquella que surge naturalmente a sus ojos».*⁹⁰

Por otro lado, los Lineamientos de la Comisión de Protección al Consumidor (2006)⁹¹ también hablan del «consumidor razonable» asociado a la «diligencia ordinaria» para delimitar las expectativas de los consumidores frente a los productos o servicios que le son ofrecidos en el mercado y, principalmente, para delimitar qué es lo que se debe entender por información relevante, idoneidad de los productos y servicios, garantía expresa, entre otros.

Finalmente, en lo que a la aplicación del principio de veracidad se refiere, los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial señalan que los anunciantes deben contar con el sustento probatorio que acredite la veracidad de las afirmaciones sobre las características de los productos y servicios promocionados, antes de difundir la publicidad («principio de sustanciación previa»)⁹². Así, tratándose de afirmaciones que, por la forma como han sido presentadas, contienen información que puede ser calificada como objetivamente verificable por un consumidor razonable, el principio de veracidad y la obligación de sustanciación previa son de aplicación. Contrariamente, las afirmaciones que son percibidas por un consumidor razonable como opiniones subjetivas y, en consecuencia, no verificables, no están sujetas a comprobación⁹³.

⁸⁹ *Ídem*, punto 1.3.3.

⁹⁰ *Ídem*.

⁹¹ Res. N.º 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI de 30.11.2006, Lineamientos 2006 de la Comisión de Protección al Consumidor.

⁹² Lineamientos sobre Competencia desleal (...). Ob. cit., p. 46.

⁹³ *Ídem*, nota 278.

4.3 El Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor

Este Anteproyecto publicado en octubre de 2009 y que aún está abierto a debate público, comentarios y eventuales modificaciones, constituye un proyecto bastante ambicioso y complejo, que procura ser —como en el propio documento se señala— un «*cuerpo normativo moderno y eficaz que regulará de manera coherente y sistemática los nuevos mecanismos de protección al consumidor*». A lo largo de los 150 artículos del Anteproyecto (versus los 51 artículos de la Ley de Protección al Consumidor aún vigente) con gran detalle se desarrollan los temas relativos a los derechos de los consumidores propiamente dichos (derecho a la información, a la idoneidad de los productos, protección de sus intereses económicos, protección contra la publicidad engañosa, derecho a la reparación de daños y perjuicios, entre otros) y se recoge el tema publicitario dentro del Título II relativo a la relación consumidor-proveedor, Capítulo I (Información a los consumidores). El documento también contiene disposiciones relativas a la idoneidad de los productos y servicios⁹⁴, salud y seguridad⁹⁵, derechos del consumidor en relación a productos y servicios específicos⁹⁶, contratos⁹⁷ y métodos comerciales coercitivos⁹⁸. Los Títulos subsiguientes tratan de la «responsabilidad y sanciones» (Título III), y la creación y regulación del «Sistema Nacional de Protección de los Consumidores» (Título IV). Sin perjuicio del análisis que amerita este Anteproyecto sobre sus alcances e implicancias, así como su relación y/o eventual yuxtaposición con otras leyes, por razón del objetivo y extensión de este trabajo sólo mencionarnos algunas de las disposiciones que se pretende consagrar y que tienen que ver con el consumidor de referencia para evaluar la ilicitud de una práctica comercial.

Como «novedades» frente a la legislación vigente tenemos por ejemplo que se establece que para interpretar el comportamiento de los agentes económicos en el mercado «*se tomará como referencia el parámetro de un consumidor ordinario, no especializado y que el proveedor haya actuado conforme al principio de buena fe y razonabilidad*»⁹⁹. Se alude a los principios que inspirarían la protección al consumidor, entre ellos, el principio de veracidad¹⁰⁰ y dentro de un artículo relativo a políticas públicas se señala que el Estado «*prioriza su labor de protección, con especial énfasis, en los sectores más vulnerables de la sociedad, que dadas sus condiciones de desinformación, capacidad física, edad u otros factores, resultan más propensos a ser víctimas de algunas prácticas en el mercado*»¹⁰¹.

En lo referente a la «información relevante», el Anteproyecto establece que los consumidores tienen derecho a recibir del proveedor de manera simple y comprensible toda la información relevante para su decisión de consumo. Asimismo señala que «*al evaluarse*

⁹⁴ Título II, Capítulo II.

⁹⁵ Título II, Capítulo III.

⁹⁶ Título II, Capítulo IV.

⁹⁷ Título II, Capítulo V.

⁹⁸ Título II, Capítulo VI.

⁹⁹ Anteproyecto, art. 1.3.

¹⁰⁰ Art. 5.2.

¹⁰¹ Art. 6.6.

esta información deben considerarse los problemas que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja a fin de evitar que se genere confusión»¹⁰².

Vemos entonces que el Anteproyecto no alude ni al «consumidor razonable» de la jurisprudencia administrativa del INDECOPI, ni al consumidor que «*actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias*» de la ley vigente sobre protección al consumidor (nociones que se entienden como equivalentes). El Anteproyecto habla del «*consumidor ordinario, no especializado*», y también habla de «*protección a los sectores más vulnerables de la sociedad*». Nuevamente salta la inevitable pregunta: ¿qué se debe entender por «*consumidor ordinario*»? Y las derivadas: ¿«*ordinario*» quiere decir «*real*»?; si se quiere tener como consumidor de referencia al consumidor «*real*», ¿será un criterio estadístico?; ¿se está teniendo en cuenta que la delimitación debería ser efectuada dependiendo del tipo de producto o servicio, el tipo de afirmaciones contenidas en la publicidad, los medios de difusión empleados, el grupo o sector de consumidores a quien va dirigido o puede alcanzar, entre otros factores, no del también hipotético «*consumidor ingenuo*» (tan hipotético como el criterio del consumidor razonable)?

V. LA REGULACIÓN DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN LOS EE.UU.

A nivel federal, la *Federal Trade Commission Act (FTC Act)* regula la publicidad engañosa¹⁰³. La Sección 5 de esta norma declara ilegales los actos o prácticas engañosas o desleales. La Sección 12 prohíbe específicamente la publicidad falsa que induce o es susceptible de inducir a la adquisición de alimentos, medicamentos, dispositivos, servicios o cosméticos. La Sección 15 define la publicidad falsa —para los efectos de lo dispuesto en la Sección 12— como aquella que es engañosa en un aspecto o aspectos relevantes o esenciales («*in a material respect*»). Para determinar si un anuncio es engañoso o no, la Sección 15 requiere que la *FTC* tome en cuenta las afirmaciones efectuadas o sugeridas así como en qué medida el anuncio no cumple con informar hechos esenciales o relevantes con vista a dichas afirmaciones, o relevantes en relación a las consecuencias que pueden resultar del uso del bien o servicio anunciado.

El denominado *FTC Policy Statement on Deception (PSD)*, adoptado en 1983, contiene los estándares o principios de la *FTC* de aplicación general a la publicidad engañosa¹⁰⁴, entre ellos el estándar del «*consumidor razonable*». En su momento, la adopción del *PSD* generó una gran controversia. Una mayoría de tres a dos de los comisionados aprobaron el documento y los dos comisionados de la minoría presentaron una fuerte oposición. Aun cuando la mayoría sostenía que el *PSD* era una «*síntesis*» del desarrollo efectuado por la *FTC* en la aplicación de las disposiciones sobre prácticas engañosas, la minoría acusó a

¹⁰² Art. 8.

¹⁰³ Cabe resaltar que la Sección 43(a) de la *Lanham Act* (relativa a marcas y competencia desleal) también trata de publicidad falsa.

¹⁰⁴ Es pertinente señalar que la *FTC* también tiene otro conjunto de directrices sobre publicidad de productos o servicios específicos.

la mayoría de haber abandonado los estándares largamente establecidos en la protección de los consumidores¹⁰⁵.

Según el *PSD*, una afirmación, práctica u omisión será engañosa cuando lleve a error al consumidor que actúa razonablemente dependiendo de la circunstancias («*consumer acting reasonably in the circumstances*»), en perjuicio del consumidor. La afirmación, práctica u omisión debe ser esencial o relevante.

Algunos años después de la adopción del *PSD*, un autor comentó:

«Los casos decididos bajo el nuevo estándar proporcionan mayor evidencia de la actual orientación de economía de libre mercado de la Comisión, más notoriamente, en el énfasis puesto en el estándar del “consumidor razonable”. La preocupación de la minoría de los comisionados, por otro lado, se centró más en la habilidad de la Comisión de proteger a los consumidores sobre una base más individualizada. La minoría declinó establecer un estándar de conducta único para los consumidores, prefiriendo en su lugar dejar el rango de aplicación abierto para cada situación que se presentase.»¹⁰⁶

La mayoría de la Comisión concluyó que un acto o práctica sería engañoso de existir una afirmación o representación relevante o esencial que fuese susceptible de llevar a engaño a un consumidor que actúa razonablemente bajo las circunstancias. Por el contrario, la minoría consideró que un acto o práctica sería engañoso si tenía la capacidad de engañar a un número substancial de consumidores sobre un aspecto o factor esencial o relevante¹⁰⁷.

Las principales directrices de la *PSD* para determinar si un acto o práctica es engañoso son: (i) Debe haber una afirmación, omisión o práctica susceptible de engañar al consumidor. En los casos de afirmaciones expresas, la propia afirmación o representación establece el significado del mensaje. Tratándose de afirmaciones o representaciones implícitas o insinuadas, la *FTC* será capaz de determinar su significado —en la mayoría de ocasiones— basada en el examen de la propia afirmación o representación, incluyendo la evaluación de otros factores (la naturaleza de la afirmación, integridad del anuncio, entre otros). Sin embargo, en otras ocasiones la *FTC* podrá requerir de evidencia extrínseca que demuestre que los consumidores razonables perciben o detectan la afirmación implícita. (ii) El acto o la práctica debe ser considerada desde la perspectiva del consumidor razonable. Para que una afirmación sea engañosa, debe ser susceptible de engañar consumidores razonables, actuando de acuerdo a las circunstancias. El análisis es si la interpretación o reacción del consumidor es razonable con vista a la afirmación. Cuando las afirmaciones están dirigidas a una audiencia específica (como por ejemplo niños, ancianos, enfermos

¹⁰⁵ En relación a dicha controversia ver: C. Weber Scherb. “Trade Regulation—The FTC Policy Statement on Deception: a New Standard, or a Restatement of the Old?”, 10 J. Corp. L. 805, 1985 y C. Lance Oxendale. “The FTC and Deceptive Trade Practices: a Reasonable Standard?”, 35 Emory, L.J. 683, 1986.

¹⁰⁶ C. Lance Oxendale. Ob. cit., p. 688 (citas omitidas y traducción libre).

¹⁰⁷ V. J. H. Beales & T. J. Muris. “State and Federal Regulation of National Advertising”. 1993, p. 25.

terminales, etc.), la *FTC* determina el efecto de la práctica en un miembro razonable¹⁰⁸ de ese grupo. (iii) La afirmación u omisión debe ser relevante, esencial o importante, y será engañosa si es susceptible de afectar la decisión o la conducta del consumidor respecto del producto. Hay presunción que las afirmaciones expresas son esenciales o relevantes.

Otras directrices o principios, más específicos, están referidos a ciertas prácticas que no son susceptibles de engañar a consumidores que actúan razonablemente. Así, por ejemplo, la *FTC* generalmente no iniciará acción contra casos de publicidad basados en afirmaciones subjetivas (sabor, gusto, apariencia, olor, etc.) o en opiniones, en la medida que los consumidores entiendan la fuente y limitaciones de la opinión. Tampoco iniciará acción (generalmente) en casos que tengan que ver con afirmaciones o representaciones obviamente exageradas que el «consumidor ordinario» no suele tomar seriamente. Sin embargo, algunas afirmaciones exageradas pueden ser tomadas en serio por los consumidores, y en consecuencia dar mérito a acción¹⁰⁹.

5.1. La aplicación de la noción del «consumidor razonable» por Cortes Federales norteamericanas

5.1.1. *Kraft*¹¹⁰

En este caso, la *FTC* consideró que una campaña publicitaria de los quesos pasteurizados «*Kraft Singles*» transmitía un mensaje engañoso sobre el contenido de calcio de cinco onzas de leche y de las rebanadas de dicho queso. Por ello ordenó el cese de esa afirmación.

En la revisión judicial del caso, la Corte se apoyó en casos anteriores (que a su vez se basaron en las directrices establecidas en el *PSD*), resaltando que en la aplicación del estándar del «consumidor razonable» la *FTC* examina la impresión integral del anuncio y realiza un análisis de tres cuestiones: (1) ¿qué afirmaciones son transmitidas mediante el anuncio?; (2) ¿son esas afirmaciones falsas o engañosas? y; (3) ¿dichas afirmaciones son relevantes o esenciales para posibles clientes?

El debate se centró principalmente en la primera cuestión (es decir, qué afirmaciones eran transmitidas en la publicidad) y si era necesario o no recurrir a evidencia extrínseca para resolver el caso. La *FTC* alegó que en la publicidad de *Kraft* se hacían dos afirmaciones implícitas, ninguna de la cuales era verdadera: la primera, que una rebanada de queso *Kraft Singles* contenía la misma cantidad de calcio que cinco onzas de leche; la segunda,

¹⁰⁸ En el desarrollo de este punto en el *PSD* se señala, por ejemplo, que si una empresa comercializa una “cura” para una enfermedad terminal, la práctica tendrá que ser evaluada desde la perspectiva de cómo ella afecta a un “miembro ordinario” de ese grupo: los enfermos terminales pueden ser particularmente susceptibles a afirmaciones exageradas de cura. En el mismo sentido, una afirmación o representación dirigida a un grupo instruido de consumidores (por ejemplo, publicidad de un medicamento de venta bajo receta médica, dirigida a doctores), deberá ser juzgada a la luz del conocimiento y sofisticación de ese grupo.

¹⁰⁹ Como ejemplo se cita la expresión “milagro electrónico” usada en un anuncio para describir una antena de televisión. Se consideró que, debido al contexto en que fue empleada, dicha afirmación podía inducir a creer que esa antena era superior a otros tipos de antenas.

¹¹⁰ *Kraft, Inc. vs. FTC*, 970 F. 2d 311 (1992).

que *Kraft Singles* contenía más calcio que la mayoría de quesos de ese tipo. *Kraft*, por su parte, si bien reconoció que dichas afirmaciones, «de haber sido efectuadas», serían falsas, argumentó que dado que la *FTC* no se había basado en evidencia extrínseca para demostrar un eventual engaño de los consumidores, no contaba con una base objetiva para determinar si la publicidad realmente contenía tales afirmaciones implícitas. *Kraft* también señaló que la *FTC* debía basarse en evidencia extrínseca en vez de basarse en su propio análisis subjetivo en todos los casos que involucrasen supuestas afirmaciones implícitas ya que, ese tipo de afirmaciones, por definición, no se desprenden con evidencia de los anuncios. Ello, en opinión de la empresa, sumado al hecho que la percepción de los consumidores está condicionada por diversas variables externas —incluyendo educación, proveniencia social, el ambiente en que la publicidad es vista o leída y las experiencias previas con el producto publicitado— hace que el análisis de afirmaciones implícitas efectuado por una comisión de cinco miembros (léase, la *FTC*) sea «inherentemente poco fidedigno».

Aunque la Corte consideró que el argumento de *Kraft* sobre la necesidad de evidencia extrínseca podría tener cierta fuerza «*as a matter of policy*», en términos legales no tenía utilidad porque las Cortes, incluyendo la Corte Suprema, uniformemente habían rechazado la imposición de tal requisito a la *FTC*. Así, la Corte sostuvo que la *FTC* podía basarse en su propio análisis razonado para determinar qué afirmaciones, incluyendo las implícitas, se desprenden del anuncio, en la medida que esas afirmaciones se desprendan de forma «razonablemente clara».

5.1.2. *Patron*¹¹¹

En la publicidad efectuada por *Patron* de su producto «Helsinki Fórmula», se afirmaba que éste detenía la caída de cabello y que hacía crecer cabello nuevo en personas con problemas de calvicie. También se señalaba que «reconocidos estudios científicos» apoyaban la efectividad del producto. La *FTC* consideró que la publicidad era falsa.

En la revisión del caso, la Corte resaltó que no existía discusión sobre el mensaje de la publicidad: en el anuncio se afirmaba que el producto era efectivo. Siguiendo la línea del *PSD*, la Corte consideró que tampoco había discusión sobre si las afirmaciones eran esenciales o de importancia («*material*») toda vez que, al ser afirmaciones expresas, se presumía su importancia. El punto que quedaba entonces por determinar era si la afirmación sobre la efectividad del producto era susceptible de engañar a los consumidores. Si existe una afirmación expresa (que es falsa o engañosa), se puede presumir que los consumidores razonables serán engañados por la publicidad, sin que sea necesario un análisis más exhaustivo.

«[D]ado que este caso trata de afirmaciones expresas y objetivas sobre un producto, no se tiene que entrar a considerar si esas afirmaciones son o no tan inverosímiles que un consumidor razonable no las tomaría por ciertas. Por lo tanto, [la Corte] no tiene que decidir si la Sección 12 [de la FTC Act] requiere que el acto o práctica se

¹¹¹ *FTC vs. Patron*, 33 F. 3d 1088 (1994).

analice desde la “perspectiva de un consumidor que actúa razonablemente, de acuerdo a las circunstancias” o si sólo requiere que un número substancial de consumidores pueda ser engañado»¹¹².

Atendiendo a que la efectividad de la «Helsinki Fórmula» se presentaba sólo como resultado del efecto placebo, la Corte concluyó que la afirmación era engañosa porque el producto no era inherentemente efectivo.

5.1.3. SlimAmerica¹¹³

Este caso trata sobre una campaña publicitaria a nivel nacional (en prensa) de un programa para perder peso denominado «Super-Fórmula», que consistía en tres pastillas: «Slim Again», «Absorbit-ALL» y «Absorbit-ALL PLUS». Según la anunciante SlimAmerica, las pastillas contenían cuatro ingredientes diferentes que provocaban la pérdida de peso.

La Corte consideró que la publicidad transmitía el falso mensaje —expreso o insinuado— que: (i) las pastillas producían una reducción específica y sustancial de peso en un corto y específico período, sin necesidad de ejercicios o dieta; (ii) el programa reducía significativamente el tamaño de cintura, caderas y muslos, sin necesidad de ejercicios o dieta; (iii) la efectividad del programa había sido científicamente validado con estudios clínicos confiables. Basándose en casos anteriores la Corte señaló que una afirmación o representación es esencial o importante si es del tipo de afirmación en la que una persona «razonablemente prudente» confía. Se presume que son esenciales o relevantes las afirmaciones expresas o deliberadamente implícitas que suelen inducir a la adquisición de un producto o servicio en particular.

VI. CONCLUSIÓN COMPARATIVA Y CONSIDERACIONES FINALES

6.1. El detalle de los casos aludidos a lo largo de este trabajo sirve para ilustrar la complejidad y la particular ambigüedad de la tarea de interpretación en esta materia y también los aspectos o puntos coincidentes de preocupación. Queda en evidencia que el recurso que se hace en el derecho de la publicidad y de la represión de la competencia desleal a cláusulas generales y a ciertas nociones más o menos indeterminadas concede al «intérprete-aplicador» una muy considerable discrecionalidad¹¹⁴.

6.2. En términos generales se puede afirmar que la regla principal de interpretación del mensaje publicitario en la UE, Perú y los EE.UU. (que denominaremos en adelante «sistemas») es bastante similar: para determinar si una publicidad es engañosa, la autoridad competente supuestamente toma en cuenta la perspectiva de un consumidor hipotético dotado de cierto grado de atención y/o diligencia.

6.3. Los sondeos de opinión y otro tipo de evidencia extrínseca son permitidos, pero no son obligatorios. En la UE y en los EE.UU. es un tema sobre el que existe pronuncia-

¹¹² *Idem.* p. 1096, n. 21 (citas omitidas, traducción libre).

¹¹³ FTC vs. SlimAmerica, Inc. 77 F. Supp. 2d, 1263 (1999).

¹¹⁴ V. A. Menezes Leitão. “A Concorrência Desleal e o Direito da Publicidade”. En: *Concorrência Desleal*, Coimbra, 1997, p. 144.

miento expreso en la jurisprudencia. En todo caso, en los tres «sistemas» la interpretación de la publicidad se apoya principalmente en lo que la autoridad competente considera o presume son las expectativas de ese consumidor hipotético.

6.4. En la UE el estándar remite al «*consumidor medio*», que es «*normalmente informado y es razonable atento y perspicaz*» (Directiva 2005/29/CE, Considerando 18, arts. 5.2 inciso b y 6 a 8). Tratándose de publicidad dirigida a un «*grupo concreto de consumidores*» (art. 5.2 inciso b) o de publicidad que pueda distorsionar el comportamiento económico únicamente de un «*grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables*» (art. 5.3), el consumidor de referencia será el «*miembro medio del grupo*». Dicha noción aún no ha sido desarrollada ni confrontada con la del «*consumidor medio*» por el TJCE.

6.5. En el Perú, el consumidor de referencia es el «*consumidor razonable*», que es un «*consumidor que se desenvuelve en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes*»; que «*analiza la publicidad de forma superficial, que no es sinónimo de descuidado, sino antónimo de profundo*»; que es consciente que «*el mensaje publicitario es un testimonio de parte interesada*» y que asume una «*posición prudente y reflexiva, antes que ingenua*» (jurisprudencia INDECOPI). Y la Ley de Protección al Consumidor también contempla ese estándar al referirse al «*consumidor que actúa en el mercado con diligencia ordinaria, de acuerdo a las circunstancias*» (art. 3, inciso a). A nivel normativo, no habría una referencia específica a «*consumidores especialmente vulnerables*» (por razones de edad, salud, credulidad, etc.), como en el caso de la UE, y la mención a las «*circunstancias*» parece más bien referida a las circunstancias de tiempo, modo y lugar del caso concreto (la publicidad en sí misma, el producto publicitado, medio de difusión, etc.) y no tanto así a las circunstancias o características propias de ciertos grupos de consumidores vulnerables. Por otro lado, el Anteproyecto de Código de Protección y Defensa del Consumidor habla del «*consumidor ordinario, no especializado*» (art. 1.3) y señala que el Estado prioriza su labor de protección y defensa de los consumidores, «*con especial énfasis, en los sectores más vulnerables de la sociedad, que dadas sus condiciones de desinformación, capacidad física, edad u otros factores, resultan más propensos a ser víctimas de algunas prácticas en el mercado*» (art. 6.6.). De ser aprobado el Anteproyecto, será en la jurisprudencia administrativa del INDECOPI donde se interpretará y se dará contenido a estas disposiciones. Sólo entonces se podrá apreciar si realmente se trata o no de un estándar diferente.

6.6. En los EE.UU., el consumidor de referencia también es denominado «*consumidor razonable*». Se trata de un consumidor que «*actúa razonablemente de acuerdo a las circunstancias*». Cuando la publicidad está dirigida a un grupo particular (niños, ancianos, enfermos terminales, etc.), la razonabilidad se examina desde la perspectiva de ese grupo (PSD de la FTC). Cabe resaltar que en la PSD también se habla indistintamente, dentro del mismo contexto, del «*miembro razonable del grupo*» y del «*miembro ordinario del grupo*».

6.7. Aunque el fraseo es diferente, se puede considerar que el estándar o criterio empleado en los tres «sistemas» es muy similar, por no decir prácticamente el mismo.

En los tres se asume un consumidor ideal o teórico, que es «*normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz*» (UE), o que «*se desenvuelve en el mercado con diligencia ordinaria a fin de tomar decisiones prudentes*» (Perú) o que «*actúa razonablemente de acuerdo a las circunstancias*» (EE.UU.). En otras palabras, se impone a los consumidores un estándar de conducta o actitud (razonable/diligente) o una especie de deber de actuar razonablemente/diligentemente.

6.8. De la revisión de los casos se desprende que tales nociones son bastante ambiguas tan pronto son aplicadas en concreto, en casos reales. Ninguno de los tres sistemas ofrece una clara definición de lo que significa o implica una «interpretación razonable». Y no puede ser de otro modo porque estamos frente a nociones que por esencia son indeterminadas. Es decir, no tienen un significado real o contenido fijo en sí mismas. Su significado o contenido depende necesariamente de las particularidades de cada caso bajo análisis. No hay una fórmula matemática para determinar si un mensaje publicitario es engañoso o no. Las circunstancias de cada caso controlan el análisis legal y ello dependerá de lo que el juzgador considere como razonable o diligente.

6.9. En los EE.UU., las Cortes Federales y el *FTC* emplean una distinción que en cierta forma atenúa la ambigüedad o incertidumbre aludida: dado que en los casos de afirmaciones o representaciones expresas la propia afirmación o representación establece su significado, la razonabilidad se vuelve un factor sólo cuando el consumidor es expuesto a interpretar afirmaciones implícitas o insinuadas. Sin perjuicio de lo anterior, existen situaciones en las que, a pesar de tratarse de afirmaciones expresas, el estándar «razonable» es empleado. Es el caso de las exageraciones publicitarias. Las Cortes tienen que evaluar si dichas afirmaciones exageradas pueden ser tomadas en serio por los consumidores. Esto implica que se deba evaluar cuáles podrían ser las expectativas de un consumidor razonable en ese contexto.

6.10. Hay ciertas señales de que existe consciencia que la interpretación basada en un consumidor hipotético o ideal puede ser insuficiente, intentándose a veces tener en mente cuáles podrían ser las reales expectativas de los consumidores. Así, en la UE se debe tener en aprecio consideraciones relativas a «factores sociales, culturales y lingüísticos» así como tener en cuenta que existen ciertos grupos de consumidores especialmente vulnerables. En los EE.UU., las señales serían el recurso en ciertas ocasiones a evidencia extrínseca (aún cuando no es obligatorio), y que se debe tener en consideración en el análisis la naturaleza o características de ciertos grupos específicos, cuando la publicidad va dirigida a ellos.

6.11. Se debería intentar, en la medida de lo posible, tener en mente al consumidor real, cuya percepción está condicionada por diversas variables externas, que incluyen su contexto social y de educación, el ambiente en que el consumidor recibe la publicidad, el tipo de producto o servicio publicitado, entre otras variables.

6.12. Independientemente del aparente juego de palabras, el «consumidor de referencia» es una noción que no es (ni podría ser) inmutable, dado que su contenido se complementa con las particularidades y circunstancias de cada caso en concreto, aún cuando se puedan construir modelos o parámetros de ese consumidor de referencia (y que tales modelos eventualmente no sean representativos de los consumidores reales).

6.13. Al momento de confrontar el «consumidor de referencia» usado en la UE y en los EE.UU. con el usado en el Perú (que, como hemos visto, es prácticamente el mismo) debe recordarse el contexto del «sistema» europeo y del norteamericano. En el caso de la UE se está ante una Directiva comunitaria que busca armonizar las legislaciones sobre competencia desleal de los Estados-Miembros y que tiene por objetivo principal contribuir al buen funcionamiento del mercado interior europeo (especialmente, la libre circulación de mercancías). La Directiva es transpuesta por cada Estado-Miembro a su legislación nacional y es aplicada por las autoridades nacionales, que en todo caso deberán seguir la interpretación prejudicial que el TJCE haga de la Directiva, cuando se presente la oportunidad. En el caso de los EE.UU. tenemos la *FTC Act*, que es aplicada por la FTC y las Cortes Federales. Pero también existen las leyes de cada Estado sobre publicidad engañosa, que son aplicadas por las Cortes Estatales, con sus propios criterios.

A manera de consideración final, cerramos con el comentario del Profesor Fernando Gómez en su artículo “*The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective*”¹¹⁵ sobre el consumidor de referencia, que hacemos nuestro.

«The notion of “average consumer” remains, however, controversial. From an economic perspective, several observations are pertinent. First, the notion is a composite, in the sense that it has no immediate real world correspondence. In reality there is no average consumer, just individual consumers each with his or her own endowment of information, attention, and set of beliefs and preferences. Optimally, harm—not just for compensation purposes, also for defining standards or other normative criteria— should be assessed also individually, taking into account the specificities of each consumer. There are powerful reasons—unobservability by other agents, unverifiability by external authority, uncertainty, perverse strategic incentives for individuals—that explain the use of average benchmarks in lieu of individual ones. I am convinced that these reasons keep much of their power in the context of setting the unfairness test.

Using averages, however, requires a clear definition of the population or variable range from which the average—or whatever other statistical concept—is drawn. This is somewhat obscure in Directive 2005/29, because what is the relevant population needs to be defined. One could think, true, that it is the targeted national—or regional, or local, depending on the reach of the practice and/or product market what would provide the answer, because it would define the group of consumers at which the practice is directed (...). This impression is to a large extent neutralized by art. 5.3 (...). It seems, then, that if it is necessary to clarify that the targeted public is the relevant population in cases of vulnerable consumers, it is legitimate to think that otherwise the population is not defined as targeted audience or group. How it is defined in other fashion is not apparent in the text of the Directive.

Moreover, as recital (18) of the Preamble makes clear, following the ECJ, the average consumer test is not a statistical test, but that Courts and authorities should exercise

¹¹⁵ Fernando Gómez. “The Unfair Commercial Practices Directive: A Law and Economics Perspective”. En: *Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2006, p. 22-23 (disponible en: <www.indret.com>).

their own faculty of judgement to determine the typical reaction of the average consumer in a given case. But if it is not a statistical composite of how real individual consumers are and react, what is the average consumer? A normative aspiration? A moral claim? A social construct? An ad hoc determination based on policy or, worse, expediency to move the unfairness threshold up or down as desired by the decision-maker? From a Law and Economics perspective, harm to consumers from a commercial practice should be evaluated for the purposes of a determination of fairness or unfairness of the practice against the benchmark of how consumers really are and act, not how they could or should act, based on some external normative criterion. To take people as they are, and to use empirical techniques to know how they are, seem unavoidable requirements of economic analysis in this area»¹¹⁶.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 22-23.