

Las Promociones y la "publicidad engañosa"

UN CAMBIO DE CRITERIO ADMINISTRATIVO

por Marcelo Gallo⁽¹⁾

* La publicidad de las promociones.

Es frecuente que las empresas que realizan promociones de venta con entrega de premios o regalos las hagan conocer mediante avisos publicados en medios gráficos. Normalmente tales anuncios describen el mecanismo promocional y difunden los premios y regalos a los que se puede acceder comprando los productos o contratando los servicios promovidos. Una recorrida por diarios y revistas servirá para comprobar que, en la enorme mayoría de los casos, no se dan a publicidad las "bases" de las promociones anunciadas ni -tampoco- el modo en que el público puede participar en las mismas sin necesidad de adquirir los productos o servicios objeto de promoción, generalmente establecido en las "bases". Casi sin excepción, los anunciantes hacen saber al público que la participación en los sorteos o concursos, mediante los cuales se repartirán los premios, puede concretarse gratuitamente mediante la frase: "Sin obligación de compra", u otra similar.

Esa verdadera costumbre comercial, vigente por más de 10 años, desde la sanción de la ley 22.802, de Lealtad Comercial -que amplió las posibilidades de efectuar promociones de venta con premios-, parece estar en peligro por lo que luce como un cambio de criterio de la Dirección de Defensa del Consumidor y Lealtad Comercial, autoridad nacional de aplicación de la ley.

* El aviso cuestionado.

Para dar a conocer una promoción de venta de una conocida bebida, que distribuía premios en dinero efectivo y en automóviles, la empresa organizadora publicó un aviso en un diario de circulación nacional.

El anuncio explicaba someramente el mecanismo promocional, ponía en conocimiento del público la existencia de una línea telefónica de uso gratuito mediante la cual se podía obtener información adicional relacionada con la misma, describía su ámbito territorial de validez, remitía a la búsqueda de las "bases" en los comercios y difundía que podía participarse "sin obligación de compra".

¹

Marcelo Gallo es abogado. Socio del Estudio Abeledo Gottheil Abogados, se ha especializado en los aspectos legales de la publicidad y el marketing.

A raíz de ese aviso, la autoridad nacional de aplicación de la Ley de Lealtad Comercial, en lo que aparece como un cambio de criterio en relación al sostenido -al menos tácitamente- hasta ahora, imputó a la empresa organizadora de la promoción la comisión de una presunta infracción al art. 9º de la Ley 22.802, que prohíbe la denominada "publicidad engañosa". La imputación se fundó en el hecho de no haberse consignado en el anuncio las bases de la promoción o, cuanto menos, cuál era el modo en que el público podía concretar la participación en la promoción "sin obligación de compra" de los productos promovidos.

* El art. 9º de la Ley 22.802.

La norma que la autoridad administrativa reputa violada dice textualmente:

"Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios".

Como dije, la autoridad de aplicación imputó a la empresa organizadora la difusión de "publicidad engañosa", por no haber consignado en el aviso de marras el modo en que los no consumidores podían participar en la promoción. Ello, en la hipótesis del funcionario actuante, configuraría un "ocultamiento" que podría inducir a error, engaño o confusión respecto de ciertas "características" o "propiedades" de la promoción de ventas en cuestión.

* La publicidad engañosa.

El término "engañosa" viene de "engañar" que significa falso, contrario a la verdad, no verdadero, que implica engaño.

La publicidad engañosa, como conducta punible, se encuentra incluida en muchas legislaciones nacionales y supranacionales. En la Convención de París, según el texto de la Revisión de Estocolmo en su art. 10 bis, 3, N° 2, cuando acentúa que los países de la Unión se obligaron a asegurar protección efectiva contra la competencia desleal, debiendo consecuentemente prohibir particularmente: "las falsas alegaciones en el ejercicio del comercio, susceptibles de desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor.

También, como vimos, se encuentra prohibida en nuestro país por el art. 9º de la ley 22.802.

La "falsa afirmación" puede concernir al producto propio del anunciante que, "entre otros motivos, podrá alegar que su producto contiene determinados ingredientes; que tiene materia prima de primerísima calidad; que es manipulado a través de un proceso patentado y/o bajo secreto de fabricación; que por estos y otros motivos, su producto final obtuvo un resultado imprevisto, etc. (J.C.Tinoco Soares, "La Competencia Desleal en América Latina y en Otros Países", en "Derechos Intelectuales", 4, Edit. Astrea, Bs.As., 1989, págs. 135 y sgtes.). También puede concernir a productos del competidor.

Nuestra ley, además de las falsas alegaciones incluye como publicidad engañosa el "ocultamiento" en tanto pueda inducir a error respecto de ciertas particularidades que enuncia.

* Inexistencia de publicidad engañosa.

Creo que el criterio de la autoridad de aplicación al imputar la existencia de una infracción al art. 9º de la ley 22.802, por haberse omitido en la publicación la explicación del modo en que podía concretarse la participación gratuita, es erróneo.

Porque para que tal omisión fuera punible debería configurar un "ocultamiento" capaz de inducir a error respecto de la posibilidad de participar en la promoción sin necesidad de adquirir los productos promovidos. Y habida cuenta de que del propio aviso surge esa "característica" de la acción promocional, mediante la inclusión de la frase "sin obligación de compra", no se advierte cuál podría ser el engaño al público que podría provocar la omisión. Porque, insisto, el hecho de la innecesariedad de la compra surge, con toda claridad, del anuncio cuestionado.

En todo caso, la administración está todavía a tiempo de rectificarse, ya que el sumario administrativo en que se dilucidará la existencia o inexistencia de la infracción imputada se encuentra actualmente en trámite.

* Previsión.

Más allá de la sinrazón de la imputación de publicidad engañosa realizada por la autoridad de aplicación y de que la misma podría ser dejada sin efecto por la propia autoridad administrativa o, eventualmente, por la justicia, me parece necesario destacar que el criterio aplicado al caso no puede ser desatendido por aquellos que anuncian sus promociones de venta con premios, sin correr el riesgo de ser imputados por la presunta comisión de infracción al art. 9º de la Ley de Lealtad Comercial.

En otras palabras, si se desea evitar ser enjuiciado por efectuar -presuntamente- "publicidad engañosa" no parece haber otra solución que difundir en los avisos de la promoción sus bases o, cuanto menos, el mecanismo por medio del cual el público en general puede acceder a la posibilidad de obtener los premios

ofrecidos, sin necesidad de adquirir los productos o de contratar los servicios promovidos. No sería suficiente, a criterio de la autoridad nacional de aplicación -al menos por ahora-, consignar en los anuncios la conocida frase "Sin obligación de compra".