

GABRIEL STIGLITZ

Director

•A. ALTERINI •J. ALTERINI •BENJAMÍN •BOURGOIGNE
•CALAIS AULOY •CHRISTIANOS •DOMONT NAERT •HARLAND
•L'HEUREUX •LÓPEZ CABANA •MORELLO •REICH •R. STIGLITZ
•TRIGO REPRESAS •WOODROFFE y otros

DEFENSA DE LOS

CONSUMIDORES

DE PRODUCTOS

Y SERVICIOS

DAÑOS - CONTRATOS

Ley de defensa del consumidor. Derecho del consumidor. Control de la publicidad y comercialización. Cláusulas contractuales abusivas. Daños a consumidores y usuarios. Reparación civil. Tutela penal. Solución de conflictos. Acceso a la Justicia. Comercio internacional y protección del consumidor (Mercosur)



Ediciones La Rocca

**DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES
DE PRODUCTOS Y SERVICIOS
(DAÑOS - CONTRATOS)**

NÓMINA DE COLABORADORES

Atilio A. Alterini	David Harland (Australia)
Jorge H. Alterini	Nicole L'Heureux (Canadá)
Jean M. Arrighi (Uruguay)	Roberto López Cabana
Antonio H. Benjamín (Brasil)	Augusto M. Morello
Thierry Bourgoignie (Bélgica)	Norbert Reich (Alemania)
Jean Calais-Auloy (Francia)	Jean M. Rothman (Francia)
Vassili Christianos (Grecia)	Enrique F. Solsona
Jaime Delgado Zegarra (Perú)	Gabriel Stiglitz
Françoise Domont-Naert (Bélgica)	Rubén S. Stiglitz
Carlos A. Echevesti	Félix A. Trigo Represas
Axel Edling (Suecia)	Geoffrey Woodroffe (Inglaterra)
Manual Fernández Allende (México)	

GABRIEL STIGLITZ

(DIRECTOR)

A. ALTERINI - J. ALTERINI - BENJAMÍN - BOURGOIGNE
CALAIS AULOY - CHRISTIANOS - DOMONT NAERT - HARLAND
L'HEUREUX - LÓPEZ CABANA - MORELLO - REICH - R. STIGLITZ
TRIGO REPRESAS - WOODROFFE Y OTROS

Defensa de los consumidores de productos y servicios

DAÑOS - CONTRATOS

Ley de defensa del consumidor. Derecho del consumidor.
Control de la publicidad y comercialización. Cláusulas
contractuales abusivas. Daños a consumidores y usuarios.
Reparación civil. Tutela penal. Solución de conflictos.
Acceso a la justicia. Comercio internacional y protección
del consumidor (MERCOSUR)



Ediciones La Rocca

BUENOS AIRES

1994

B) TÉCNICAS DE COMERCIALIZACIÓN Y PUBLICIDAD*

Hoy en día los mercados son cada vez más competitivos, y por ende van surgiendo permanentemente nuevas estrategias de comercialización, cuyo objeto principal es lograr el favor de los consumidores, desplazando a los competidores, quienes a su vez tendrán que innovar nuevas tácticas.

En medio de todo esto se encuentra el público consumidor, que es precisamente el objeto a cautivar, el que sin saberlo va siendo condicionado y a veces manipulado por el vendedor.

Es razonable el interés que se tiene en el público consumidor, pues él, con su decisión de compra, habrá de determinar el éxito o fracaso de cualquier negocio. De ahí que se justifique el permanente interés del vendedor en encontrar la mejor forma de lograr que el público adquiera sus productos o servicios.

Pero he ahí el problema, porque las técnicas suelen diferir enormemente unas de otras. Van desde las más sencillas hasta las más complejas, desde las más seductoras hasta las más agresivas.

Siendo una justa aspiración de todo vendedor el colocar sus productos o servicios, es plenamente válido que se preocupe por aplicar las más convenientes técnicas, siempre que éstas no atenten contra los derechos del consumidor; básicamente, su derecho de ser bien informado y el de elegir libremente.

* Trabajo elaborado por el doctor JAIME DELGADO ZEGARRA (Perú).

El problema radica en que mientras el vendedor sí está capacitado, informado y asesorado sobre todas estas técnicas, el consumidor vive en la ignorancia más absoluta.

Las técnicas de comercialización buscan principalmente elevar las ventas, condicionando una decisión positiva de compra por parte del cliente potencial; pero no nos olvidemos que también buscan servir mejor al cliente, satisfaciendo sus necesidades de manera más eficaz, ya que con esto el vendedor está consiguiendo desplazar a su competencia.

Las técnicas de comercialización han variado sustancialmente en las últimas décadas. Antes, el empresario se preocupaba por la parte de comercialización una vez que el producto ya estaba elaborado, se diseñaba la campaña de publicidad y comercialización, y recién entonces se preocupaba de persuadir al público para que comprara. En otros términos, no interesaba lo que se producía, pues una buena campaña publicitaria y comercial podía hacer que el producto se vendiera.

Ahora, en cambio, el empresario tiene una ventaja importante, pues con el desarrollo del *marketing* se ha afianzado el concepto de que antes de sacar cualquier producto se debe saber, por las pertinentes investigaciones de mercado, cuáles son las preferencias del público, y qué es lo que está dispuesto a recibir con mayor complacencia.

La psicología ha puesto a disposición del vendedor los más variados elementos para conocer cómo actúan los consumidores y cuál es la mejor manera de cautivarlos. De este modo se ha comprendido que hay una serie de factores intrínsecos o extrínsecos al producto o servicio, que pueden resultar determinantes para que el público tome una decisión de compra. Por ejemplo, las formas y los colores de los productos tienen una gran incidencia sobre sus preferencias.

El hecho de que el vendedor conozca cada vez con más profundidad al consumidor, tiene su ventaja ya que sabrá cómo satisfacerlo de la mejor manera, pero esto a su vez resulta peligroso, ya que ese mismo conocimiento es usado frecuentemente para manipularlo y engañarlo.

A veces parece instintiva la actitud del vendedor de sacarle provecho al comprador más allá de lo permisible. Hasta en los más sencillos comerciantes se despierta ese ingenio popular.

En una oportunidad nos vimos obligados a interponer una denun-

cia contra un grupo de establecimientos dedicados a brindar servicios de fotocopiado. Resulta que un día nos acercamos a sacar unas fotocopias; al momento de pagar nos pidieron el doble del precio que aparecía en el cartel fijado en el exterior del establecimiento, y al efectuar el reclamo correspondiente nos respondieron desautorizando la publicidad en cuestión. Claro que con esa táctica de engaño atrapaban ingenuamente a muchos clientes.

Otro caso muy sencillo es aquel que consiste en vender algunas frutas, como naranjas o manzanas, en bolsas de plástico trasparente de color rojo, de tal modo que al trasluz las frutas tomen una apariencia y un color mucho más agradables que el que realmente tienen en ese momento.

Pero así como existen esas técnicas tan sencillas, se han desarrollado también complejos mecanismos para estimular determinadas reacciones de consumo en el público. Hoy sucede eso por ejemplo con la publicidad, en donde existe una gran dosis de persuasión que resulta invisible para el público.

Esa persuasión está presente en la publicidad de la misma forma en que lo está el iceberg: *tres cuartas partes sumergidas bajo el agua*.

Una de las técnicas de venta en la que se ejerce más presión en el público es la venta directa o a domicilio. En este caso el vendedor es adiestrado para rebatir todas las objeciones y persuadir sutilmente al comprador, que normalmente son amas de casa o empleados de oficina. Ustedes no se imaginan lo magníficamente preparado que cada vendedor tiene su discurso; sabe ensalsar al comprador y ponerlo en una posición tal que es muy difícil que se resista a la compra.

Una vez nos llamaron por teléfono de una supuesta institución internacional para decirnos que tenían referencias de que éramos magníficos profesionales, y que tenían interés en que los asesoráramos en un interesante proyecto. No nos quisieron dar mayores detalles por teléfono, y más bien nos pidieron una entrevista, a lo cual accedimos gustosamente, pues a quién no le gusta que una institución internacional lo tome en cuenta. A los pocos días nos visitaron en nuestras oficinas dos señores de muy buena presencia, diciendo ser representantes de la mencionada institución internacional.

Luego del saludo protocolar y de las respectivas alabanzas a nuestras personas, nos pidieron que leyéramos un escrito, con el objeto de conocer nuestra opinión. La escritura era un poco compleja y resul-

taba difícil entenderla. Al terminar nos dijeron que habíamos tomado tres veces más del tiempo necesario para leer esa hoja. Pero además querían saber si habíamos comprendido su contenido, motivo por el cual nos hicieron cuatro preguntas; las contestamos y nos dijeron que sólo una respuesta era correcta; conclusión, nuestra capacidad de lectura-comprensión también era deficiente. Preguntaron entonces, si no nos gustaría triplicar nuestra rapidez de lectura y comprensión; les dijimos que sí, por supuesto, pero eso ya nos estaba oliendo a venta, así que nos pusimos serios.

Nos dijeron que ellos no eran vendedores, aunque su institución estaba por lanzar un método de lectura veloz y estaban interesados en que nosotros, luego de comprobar su eficacia, les firmáramos un testimonio de la bondad del servicio para ser utilizado como presentación ante terceros. Los hemos seleccionado a ustedes —adujeron— como beneficiarios de una beca para seguir este curso, a cambio del testimonio escrito. Nos pareció razonable, si el método era bueno, por qué se no habría de dar fe de ello.

Se nos ocurrió entonces, por seguridad, preguntar: ¿queda claro entonces que no pagaremos un solo centavo?; efectivamente respondieron, el curso lo damos gratis, pero eso sí, sólo tendrán que pagar por los materiales; preguntamos: ¿cuánto?; eso es lo de menos, contestaron; además, les podríamos dar grandes facilidades de pago. Insistimos: ¿cuánto?, entonces respondieron: sólo U\$S 300; pero podemos conversar. Y la trama se fue desarrollando hasta que nos sentimos acorralados; se nos acabaron los argumentos para decir ¡NO! Por un momento pensamos en aceptar, pero reaccionamos y nos dijimos: cómo, nosotros, que decimos defender al consumidor, vamos a caer tan fácilmente en las manos de estos señores que han hecho toda esta trama para atrápanos, ¡NO!

Estos sistemas de venta, que en cierto modo constituyen una forma de coacción psicológica, hacen caer al consumidor en una momentánea sugestión, para que decida la compra.

Ésta y muchas otras técnicas de comercialización ponen al consumidor en desventaja, pues su falta de preparación lo hace fácilmente manipulable.

El vendedor está jugando su papel y lo hace correctamente, como cualquier otro profesional en su área; el error está en un sistema que muy poco se ocupa de educar e informar a los consumidores para que

puedan por sí mismos protegerse y ser soberanos en sus decisiones.

Las promociones comerciales son otra forma tentadora para los consumidores, pues nos gustan las ofertas, las gangas, los descuentos, los premios, los regalitos. En épocas de recesión es cuando más se desarrollan estas promociones, pues ante la falta de demanda se trata de incentivar la compra con alguna bonificación.

Es muy común que en estas promociones se trate de burlar la buena fe del público. No dudamos que en algunos casos sí existe un real beneficio para el comprador, pero en muchos otros sólo es apariencia. Pero lo más grave es que con estos sorteos, concursos, canjes, etc., el mercado, donde se debe competir principalmente con precio y calidad, termina convirtiéndose en un salón de juegos y manipulaciones; ¿es consciente de esto el público?

Recordamos el caso del "Álbum de Bugs Bunny", promocionado por un autoservicio llamado *Monterrey*. Lanzó la promoción diciendo *reclamá tu álbum*, comprá tus figuritas en Tiendas Monterrey, una vez lleno participá en un sorteo y ganá fabulosos premios. Pero resulta que el álbum no lo entregaban gratis, con sólo reclamarlo, sino que había que acreditar un monto de compras mínimo. Una vez que el niño comenzaba a coleccionar las figuritas de *Bugs Bunny*, se encontraba con la sorpresa de que había figuritas que no se vendían, sino que se tenían que canjear por la compra de determinados artículos, por ejemplo: figura nº 1: 2 bolsas de detergente marca "Ariel" y 1 de "Salvo"; nº 8: 5 kilos de arroz marca "Del Norte"; nº 15: tres focos "Philips", etc., etcétera.

Esta promoción abusaba de la susceptibilidad del público infantil y ponía en una condición difícil a los padres, quienes se sentían obligados a comprar productos que probablemente no deseaban ni necesitaban, pero lo tenían que hacer sólo con el fin de satisfacer el deseo de sus niños de llenar su álbum.

Es muy frecuente que en este tipo de promociones se muestren las cosas más fáciles de lo que son realmente, pues de esta manera el público se sentirá más atraído hacia ellos. Lamentablemente, éste tarda en darse cuenta de que el acceso a los premios no es tan fácil como se pinta.

Hace poco hubo una promoción que consistía en juntar 4 envolturas de "Chiclets Adams" marcadas con parte de la figurita de un premio (auto, bicicleta, TV, etc.). Al completar la figura —decían

los anuncios— la persona se hacía acreedora a dicho objeto. Resulta que no bastaba juntar las 4 partes, sino que además en una de ellas debía aparecer la palabra *felicidad*, situación que no fue informada previamente al público, lo que generó malestar entre las personas que creyeron ganarse el premio y no era así según los organizadores.

Sabemos también que en otros países se han producido fraudes con las chapas marcadas de gaseosas y otro tipo de promociones.

Ante esta situación debemos mantenernos muy alertas y pedir la intervención de las autoridades para verificar la autenticidad de cada promoción. Adicionalmente debemos formular una adecuada reglamentación que evite determinadas prácticas que resultan perjudiciales al público.

1. LA PUBLICIDAD

La publicidad, como cualquier forma de comunicación al público que tiene por objeto venderle un producto o servicio, sirve como un medio de información sobre la aparición de nuevas mercancías, sus cualidades, precios, etc. Obviamente, el interés comercial que encierra la publicidad hace que ésta muchas veces exagere las bondades del producto, oculte defectos o engañe sobre alguna característica del bien.

Como consecuencia de ello el mercado se ve perturbado, pues no existe transparencia en la información, y por tanto el público con frecuencia toma decisiones equivocadas, basadas precisamente en una afirmación falsa o engañosa.

Para evitar que esto suceda, la mayor parte de los países han establecido reglamentaciones generales o específicas en materia de publicidad. Esto no deja de tener adversarios, pues con frecuencia se alega que cualquier regulación de la publicidad constituye un atentado contra la libertad de expresión; nada más absurdo, pues la libertad de expresión garantiza a las personas emitir libremente sus pensamientos o ideas. En la publicidad no se busca eso, sino *vender y ganar*, ya que ésta es sólo un instrumento del que se vale el industrial o comerciante para colocar su producto en el mercado.

Nadie puede, bajo el argumento de la libertad de expresión, irrogarse el derecho de engañar al público.

Vamos a analizar rápidamente los principios básicos que debe respetar la publicidad.

Principio de legalidad, mediante el cual se debe respetar el conjunto de leyes vigentes en una Nación.

Principio de veracidad, que consiste en que la publicidad no debe inducir a error al público sobre la naturaleza y demás características del producto o servicio anunciado.

Principio de autenticidad, que determina que los anuncios deben ser reconocibles como tales, distinguiéndose de las informaciones o programaciones noticiosas o de otra índole.

Principio de libre y leal competencia, que consiste en el uso de medios lícitos en la competencia; por tanto, no es necesario llegar a la ofensa o ridiculización del adversario.

2. MANIFESTACIONES ILÍCITAS DE LA PUBLICIDAD

He aquí algunas de las más frecuentes prácticas ilícitas en la publicidad.

a) *Publicidad abusiva*.— Bajo esta denominación hemos ubicado a la publicidad ofensiva, discriminatoria, antisocial, etcétera.

El art. 5º del decreto legislativo 691 de la ley peruana dice al respecto: “Ningún anuncio debe favorecer o estimular cualquier clase de ofensa o discriminación racial, sexual, social, política o religiosa. Los anuncios no deben contener nada que pueda inducir a actividades antisociales, criminales o ilegales o que parezcan apoyar, enaltecer o estimular tales actividades”.

Por su parte, el art. 37 del Código de Defensa del Consumidor, de Brasil, dice: “Es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite a la violencia, explote el miedo, la superstición, se aproveche de la deficiencia de juicio y experiencia del niño, no respete los valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud y seguridad”.

Un caso típico de esta clase de publicidad lo tenemos con la mar-

ca *Benetton*, la misma que ha generado una gran controversia en los países donde se ha difundido.

Esta campaña consta de varias piezas publicitarias, entre ellas:

—un cura besando a una monja;

—un bebé recién nacido al que todavía no cortan el cordón umbilical;

—una pareja de niños que la misma empresa describe como blanca niña angelical y oscuro y misterioso niño negro.

Seguramente todos habremos visto algunos anuncios publicitarios protagonizados por niños y jóvenes vestidos de bandoleros pintando paredes en la vía pública. ¿Quién podría decir que esa actitud no es antisocial?

Dentro de este concepto de publicidad abusiva, está la publicidad sexista, es decir aquella que ataca la dignidad de las personas en relación con su sexo, ya sea representándolas en una situación de inferioridad o utilizando su imagen como un objeto sexual de venta.

b) *Publicidad engañosa*.— Ésta es la práctica más cotidiana en la publicidad y por cierto la más seria, puesto que el público generalmente basa sus decisiones de compra en la información que se recibe del anunciante.

La publicidad engañosa está dada por cualquier información o forma de presentación que pueda inducir a error al público sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio, y cualquier otra característica. El engaño también se da frecuentemente por la omisión de algún dato relevante del producto o de la oferta en sí.

Para juzgar un anuncio como engañoso hay que tomar en cuenta una serie de consideraciones, por ejemplo, no siempre una afirmación falsa es engañosa, pues hay situaciones en las que el público la toma como simple exageración, y no se guía por ella para tomar su decisión. En otros casos una afirmación que en sí misma es verdadera, puede resultar engañosa para el público en relación con el contexto publicitario en que se trasmite.

Para analizar un anuncio hay que tomar en cuenta todos sus elementos y el efecto de conjunto, y no aisladamente una frase o una imagen. Podría resultar que cada uno de sus elementos sea inofensivo considerado individualmente, pero unido a los otros, en ciertos casos genera un concepto errado en el público.

Por ejemplo, se puede presentar un refresco en polvo, hecho con saborizantes y colorantes artificiales con *sabor a piña* o *sabor a naranja*, pero si en las presentaciones visuales aparecen frutas naturales como ingredientes básicos del producto, el anuncio obviamente resultará engañoso.

Otra regla importante es que debemos tener en cuenta que el público no es minucioso ni analítico frente a los anuncios publicitarios. Por ello, para hacer una correcta evaluación del anuncio nos tenemos que poner en esa misma situación que el público promedio, esto significa hacer una apreciación superficial del anuncio, ver el efecto que nos produce a primera vista.

Hemos dicho que se puede engañar por acción o por omisión. Dentro de este marco existen infinidad de formas de engaño. Unas veces puede ser una afirmación sobre la naturaleza del producto o servicio, su precio, su forma de venta, sus características, etc. Pero con mucha frecuencia es más bien la omisión de datos relevantes la que induce a error. Por ejemplo, la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos de Norteamérica calificó como engañoso un anuncio de *pan profile* que decía que "cada rebanada de su pan tenía menos calorías que el resto de panes de la competencia". Lo que no decía era que sus rebanadas eran la mitad de gruesas que las otras.

c) *Publicidad encubierta*.— Ésta consiste en ocultar el carácter publicitario de una información, presentándola como parte de la redacción del medio. De esta manera se pretende que el público tome la información como objetiva e imparcial, cuando en realidad es sólo publicidad comercial.

Los publinreportajes suelen ocultar el carácter publicitario del mismo, por eso las leyes exigen que éstos se identifiquen como tales para no confundir al público. Sin embargo, es muy difícil probar si lo que dice un medio sobre determinada empresa o producto responde a un contrato publicitario o no.

En el Perú se produjo hace poco un caso de publicidad encubierta. La empresa *Graf S.A.* publicó un aviso en el suplemento de normas legales del diario oficial "El Peruano", en el que anunciaba un apremiante reconocimiento oficial a la empresa. El aviso fue redactado y

diseñado de tal forma que daba la impresión de tratarse de una norma legal, cuando en realidad era sólo un aviso comercial.

Emplazada la empresa, se logró hacer publicar tres avisos rectificatorios aclarando dicha situación.

d) *Publicidad comparativa.*— Considerada inicialmente una práctica desleal, hoy es aceptada por numerosos países. La publicidad comparativa consiste en cotejar el producto o servicio con el de la competencia.

Si bien este tipo de publicidad le facilita al público una serie de información adicional, las reglas deben ser muy claras para evitar que la comparación sea engañosa, denigratoria y subjetiva, ya que ello podría perturbar el mercado y confundir al público.

La publicidad comparativa genera una gran controversia en los países donde se aplica. Las experiencias que hemos tenido nos indican que generalmente son las marcas pequeñas las que buscan compararse publicitariamente con las marcas líderes.

Referimos a cada una de las manifestaciones publicitarias sería muy amplio. Lo que interesa precisar en este momento es que al margen de una adecuada regulación de la publicidad y de algunas prácticas comerciales, lo más importante es desarrollar una ardua labor de educación e información al consumidor.

Ninguna ley, ningún sistema de control, será capaz de brindar protección al público respecto de sus propias susceptibilidades y de la avalancha de técnicas de comercialización del proveedor.

Lamentablemente, la mayor parte de los consumidores es indiferente e inconsciente del importante papel que juega en el mercado. Por esta razón está sumida en una actitud pasiva y ante las prácticas comerciales da por sentado que las cosas son de esta manera y hay que aceptarlas.

Sólo la educación e información del consumidor podrán dotar a éste de los instrumentos necesarios para que se constituya en defensor de sí mismo. En este sentido los organismos públicos y privados vinculados a la protección del consumidor tienen una gran responsabilidad para llevar adelante esta tarea.

No olvidemos que el peor enemigo del consumidor es la desinformación en la que está sumergido.