

## PUBLICIDAD Y CONSUMIDORES: UNA VISIÓN DESDE IBEROAMÉRICA

Por María Laura Estigarribia Bieber\*

"Nadie puede escapar a la influencia de la publicidad"  
S.S. Pablo VI<sup>1</sup>

La intención del presente trabajo es brindar una visión, a vuelo de pájaro, del tema de la publicidad en su interacción con los consumidores, desde Iberoamérica. Para ello se ha llevado a cabo una recopilación legislativa de numerosos países, citando sus partes pertinentes, señalando similitudes y diferencias, esperando establecer un breve panorama de la temática en estudio, en este conflictivo fin de siglo y Milenio, para mostrar que existen algunas cosas, al menos, en que un número importante de países y comunidades se encuentran de acuerdo; particularmente, en el caso que nos ocupa, en la protección del "débil jurídico" (en esta órbita, el consumidor) que en la actualidad casi ha tomado el carácter de un principio general del derecho privado, informando tanto a la legislación cuanto a su interpretación jurisprudencial.

"Una ley de protección de los consumidores, desde una perspectiva económica, supone la presencia de un mercado imperfecto, en que proveedores y consumidores no pueden negociar en igualdad de condiciones o maximizar cada uno de ellos su beneficio, que los proveedores se encuentran en una posición desde la cual pueden dañar o

\* Profesora Titular de la asignatura Instituciones de Derecho Privado I, en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional del Nordeste, Argentina.

<sup>1</sup> Mensaje de la Jornada Mundial para las Comunicaciones Sociales, de 1977.

abusar de los consumidores. Uno de los problemas que claramente enfrenta todo consumidor, en dicho mercado imperfecto, es lo que se ha denominado 'el dilema de los comunes', esto es, la ineficiencia para cada uno de ellos de adoptar en forma separada o conjunta los medios para autoprotgerse, porque los costos de actuar independientemente o de concertarse son superiores a la utilidad marginal que cada uno de ellos puede obtener por dichas actuaciones<sup>72</sup>.

En la misma medida que la Economía advierte la disparidad de fuerzas de las partes que intervienen en la relación de consumo, el Derecho también lo hace. Esta diferencia de fuerzas en la contratación con consumidores, establece que los contratos que se celebran sean de carácter predispuesto o de adhesión, resultando prácticamente nula la participación de la "parte débil" en la formación del consentimiento, atento la inexistencia de negociaciones previas, dado el carácter de los actos jurídicos celebrados.

Respecto de esta nueva rama de la disciplina jurídica, denominada por algunos como "Derecho del Consumidor", el Dr. Jorge Mosset Iturraspe, realiza las siguientes consideraciones: "Derecho y economía confluyen en este nuevo Derecho, como no ocurriría antes, en el civil, que la ignoraba, ni en el comercial, que en ocasiones la priorizaba en exceso. Derecho y economía, conscientes cada uno de sus funciones, sin imperialismos absurdos y frustrantes, aportan lo suyo para concluir en una 'utilidad con justicia', en un lucro con equilibrio, en un intercambio en equidad en el cual prime, en una palabra, la solidaridad negocial"<sup>73</sup>.

Es cada vez mayor el consumo y su incidencia en la actividad económica y social tanto en la Argentina como en Iberoamérica. De allí deriva claramente la importancia de su regulación jurídica adecuada, a efectos de mantener el llamado "orden público económico de coordinación"<sup>74</sup>, mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje

<sup>72</sup> JARA AMIGO, Rony, "Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones", en *Derecho del consumo y protección al consumidor. Cuadernos de Extensión*, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Editor Hernán Corral Talciani, Santiago, 1999, p. 47.

<sup>73</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Introducción al Derecho del Consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 17.

que es imprescindible en la economía de mercado, a efectos de proteger a la parte débil de esta contratación —el consumidor— velando, con ello, por el mantenimiento del equilibrio de las posiciones contractuales.

En lo que refiere al tema de la publicidad, la misma no se halla ajena a los nuevos paradigmas de relación constituidos por la immediatez del acceso a la información, el auge de las comunicaciones y la globalización de la economía. Tampoco el consumidor puede sustraerse a esta realidad que condiciona sus conductas en forma permanente; pasando de ser quien orientaba la producción de los productos y servicios, a través de sus necesidades, gustos e inclinaciones, a ser aquél a quien va orientada la totalidad de la estrategia de los demás actores de dicha relación, quienes le generan nuevas "necesidades, gustos e inclinaciones", conforme a los productos que pretenden comercializar dentro de la lucha feroz de la competencia.

El núcleo central de la normativa del derecho a la información y de la publicidad en Argentina, está constituido, además de la Ley de Defensa del Consumidor, con aquellas atinentes a la Lealtad Comercial y la Defensa de la Competencia, por la íntima interrelación de sus disposiciones, que abordan desde distintos ángulos la tan compleja relación de consumo.

También la Constitución Argentina, en sus artículos 42 y 43, y la Española, en el artículo 51, establecen una protección de máxima jerarquía respecto de los derechos del consumidor, al referir al derecho a la información adecuada y veraz y a la libertad de elección<sup>75</sup>.

"El meridiano del derecho de información del consumidor pasa por la ley 22.802 de Lealtad Comercial, que concierne a tres aspectos fundamentales: la identificación de las mercaderías, la denominación del origen del producto, y las normas de publicidad. Dicha ley dispone

<sup>74</sup> ALTERINI, Atilio Anibal, *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 49.

<sup>75</sup> Al respecto cabe recordar la conclusión arribada por la Comisión 1 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, llevado a cabo en la ciudad de Buenos Aires, en 1995, que expresa: "La publicidad comercial irregular, tanto la engañosa como la abusiva, es susceptible de afectar derechos del consumidor reconocidos por la Constitución Nacional, entre otros, el derecho a la información adecuada y veraz, a la salud y seguridad, a la protección de los intereses económicos, a la libertad de elección, al trato digno y no discriminatorio" (artículos 42 y 43 de la Constitución Nacional).

las indicaciones que debe contener la mercadería envasada o sin envasar (art. 1°), inclusive en cuanto a su origen —nacional o extranjero— (arts. 2°, 3° y 7°); y contiene precisiones respecto de la publicidad, prohibiendo en especial la que se realiza mediante premios, concursos, sorteos o formas similares (art. 10)<sup>6</sup>.

El deber del proveedor es correlativo del derecho del consumidor a la información veraz acerca de las condiciones esenciales del negocio jurídico realizado y las características relevantes de la cosa o servicio a prestarse.

La ley argentina lo establece en su artículo 4°: "Quienes producen, importan, distribuyen o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos".

El Código del Consumidor Brasileño, determina, en su artículo 6°, "Son derechos básicos del consumidor: [...] III: La información adecuada y clara sobre los diferentes productos y servicios con especificación correcta de cantidades, características, composición, calidad y precio, así como sobre los riesgos que presenten".

La ley paraguaya, expone el tema al considerar los Derechos Básicos del Consumidor, en su artículo 6°, inciso d)<sup>7</sup>.

La Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay<sup>8</sup>, de reciente sanción, especifica en su artículo 6°: "Son derechos básicos del consumidor: [...] c. la información suficiente, clara, veraz, en idioma español y sin perjuicio de que puedan emplearse además otros idiomas [...]"

<sup>6</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, ob. cit., p. 147.

<sup>7</sup> Ley paraguaya, artículo 6°, inciso d): "La información clara sobre los diferentes productos y servicios con las correspondientes especificaciones sobre la composición, calidad, precio y riesgos que eventualmente presenten". Y en su artículo 8°, continúa: "Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz, y suficiente sobre las características esenciales de los mismos. La oferta y presentación de los productos o servicios asegurará informaciones correctas, claras, precisas y visibles, escritas en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reclamo y los riesgos que presenten para la seguridad de los consumidores, en su caso".

<sup>8</sup> Ley de Relaciones de Consumo de la República Oriental del Uruguay, N° 17.250, del 17 de agosto de 2000.

La ley chilena<sup>9</sup> define la información, al decir: "Información básica comercial: Los datos instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica"<sup>10</sup>. Por su parte, la Ley de Defensa de los Consumidores de Nicaragua<sup>11</sup> lo prevé en su Capítulo III<sup>12</sup>. Asimismo, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica<sup>13</sup>, lo establece en su artículo 29.

Como es fácil observar, en los lineamientos generales las legislaciones mencionadas resultan coincidentes en cuanto al derecho del consumidor y consecuente obligación del proveedor, en lo concerniente a la información, que resulta de suma importancia en la etapa pre-

<sup>9</sup> Ley chilena de Protección del Consumidor, N° 19.496, del 7 de febrero de 1997. Última modificación: ley 19.659, del 27 de diciembre de 1999.

<sup>10</sup> Esta regla se complementa con lo dispuesto en el artículo 3°: "Son derechos y deberes básicos del consumidor: [...] b. El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos".

<sup>11</sup> Ley de Defensa de los Consumidores de Nicaragua, N° 182, del 1° de noviembre de 1994.

<sup>12</sup> Ley de Consumidores de Nicaragua, Capítulo III, titulado: Derechos de los Consumidores, el artículo 12, establece: "Los consumidores tienen derecho a: [...] c) Una información veraz, oportuna, clara y adecuada sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado [...]" En el artículo 13 especifica los aspectos sobre los cuales debe versar la información, al expresar: "Todo proveedor de bienes brindará al consumidor información clara, veraz y suficiente al menos sobre las siguientes características: a. Composición, finalidad y aditivos utilizados; b. Cantidad de productos; c. Fecha de producción y vencimiento del producto; d. Instrucciones e indicación para su uso; e. Advertencias, riesgos e incompatibilidad con otros productos".

<sup>13</sup> Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica, N° 7472, del 20 de diciembre de 1994, artículo 29: "Sin perjuicio de lo establecido en tratados, convenciones internacionales de las que Costa Rica sea parte, legislación interna ordinaria, reglamentos, principios generales de derecho, usos y costumbres, son derechos fundamentales e irrenunciables del consumidor, los siguientes: [...] c. El acceso a una información, veraz y oportuna, sobre los diferentes bienes y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio [...]" Y el artículo 31, al enunciar las obligaciones del comerciante y el productor, reitera: "[...] Informar, clara, veraz y suficientemente, al consumidor, de todos los elementos que incidan directamente en su decisión de consumo [...]"

contractual, puesto que es la que permite la decisión razonada y, consecuentemente, el perfeccionamiento de la relación negocial.

Ahora bien, resulta dable destacar que la identificación del concepto de *obligación de informar* requiere deslindarla del instituto de la publicidad. Tienen en común el pertenecer a la etapa precontractual y una misión concomitante con relación a las cosas y servicios ofrecidos, por lo que resulta de provecho diferenciarlas<sup>14</sup>; en lo que hace a que la finalidad de la primera es brindar información, con precisión acerca de cualidades, atributos, modo de uso, peligros que el mismo conlleva, del producto o del servicio que el productor ofrece al consumidor, para posibilitarle un consentimiento informado y, por tanto, plenamente válido; sin embargo, la segunda tiene como propósito atraer, persuadir, estimular<sup>15</sup>, captar su voluntad, dando a conocer masivamente un producto y resaltando sus cualidades propias, sin incurrir en ocultamientos, inducir a error, engaño o confusión<sup>16</sup>. En este sentido, debemos resaltar que la objetividad es requisito de la información, en cambio la publicidad se define por la subjetividad de los intereses que difunde<sup>17</sup>.

Dentro de la información que es recepcionada por el consumidor, debemos referirnos, en particular, a la que le llega a través de la publicidad.

Nos encontramos, así, ante el acto publicitario, que "se caracteriza por su finalidad instrumental respecto de la conclusión de un contrato. El anunciante persigue determinar a los destinatarios de sus mensajes a que efectúen una declaración contractual de voluntad. La actividad publicitaria se inscribe así en la esfera de la contratación de los bienes y servicios"<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Publicidad y consumidores", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 74.

<sup>15</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Información al consumidor y protección de su salud", en *Defensa del consumidor*, en coautoría con Ricardo LORENZETTI, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 79.

<sup>16</sup> AMEAL, Oscar J. - COMPANI, María F. y otros, "La obligación de informar", en *Derecho del Consumidor*, N° 10, Juris, Rosario, 1999, p. 47.

<sup>17</sup> LÓPEZ CABANA, Roberto M., "La información en los contratos de consumo", en *Derecho del Consumidor*, N° 7, Juris, Rosario, 1996, p. 48.

<sup>18</sup> DE LA CUESTA RUTE, J. M., *Régimen jurídico de la publicidad*, Tecnos, Madrid, 1974, p. 142.

Es conveniente aclarar que el proveedor no tiene la obligación de realizar publicidad de sus productos, pero sí la de proporcionar al consumidor una información adecuada y veraz. Para el caso de hacer publicidad, los contenidos de ésta integrarán el contrato, como parte de la información brindada al consumidor, y deberá responder por ellos, aunque no sean reproducidos en el contrato<sup>19</sup>.

La publicidad, en la acepción que nos interesa, según la definición del Diccionario de la Lengua Española, de la Real Academia, es la siguiente: "Divulgación de noticias o anuncios de carácter comercial para atraer a posibles compradores, espectadores, usuarios, etc."<sup>20</sup>.

De ello surge que en la misma siempre existe un espíritu de lucro, un afán de ganancias, por lo que corresponde que aquel que se beneficia con ello deba ser responsable de la veracidad de su contenido y, eventualmente, en caso de incumplimiento, afrontar las respectivas indemnizaciones por los daños y perjuicios que cause con ello, defraudando la confianza del consumidor.

Por su parte, el Dr. Juan Carlos REZZÓNICO<sup>21</sup> nos da el siguiente concepto de publicidad: "todo mensaje está dirigido al público con el fin de estimular la demanda de bienes o servicios"<sup>22</sup>.

La directiva 450/84 del Consejo de Europa, en su artículo 2.1, establece: "Publicidad es 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".

<sup>19</sup> Ya con anterioridad a la sanción de la ley argentina, la jurisprudencia ha considerado que la publicidad, integra el contrato, desde la perspectiva de generación de confianza (conf. Cámara Nacional Comercial, Sala B, LL, 1977-C-439).

<sup>20</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, t. II, Espasa Calpe, Madrid, 1992, p. 1687.

<sup>21</sup> REZZÓNICO, Juan Carlos, *Contratos con cláusulas predisuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 73.

<sup>22</sup> En las conclusiones de la Comisión I: "Control de la publicidad y comercialización", del II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Rosario, 11 al 13 de mayo de 1994), de *lege lata*, se ha brindado el siguiente concepto: "Se entiende por *propaganda* a la actividad encaminada a la difusión de ideas, referidas a fines como los políticos, económicos, sociales o religiosos. Por *publicidad*, a la actividad de divulgación de un producto o servicio con el propósito de llegar al consumidor o usuario con finalidad comercial".

"En suma, la publicidad es, en nuestros días, al mismo tiempo, la principal arma de lucha entre los competidores y el gran puente de unión entre los empresarios y sus potenciales clientes, a quienes informan sobre los bienes y servicios que ofrecen"<sup>23</sup>. Es por ello que: "La publicidad ha sido considerada 'el primer ministro en el reino de la cultura de masas' (ROSENBERG-MANNING WHITE). Es propia de la economía de mercado, y todo indica que cobrará un renovado vigor"<sup>24</sup>.

El artículo 1°, inciso 4 de la ley chilena, establece: "Publicidad: *La comunicación que el proveedor dirige al público por cualquier medio idóneo al efecto, para informarlo y motivarlo a adquirir o contratar un bien o servicio*".

Al respecto, la ley venezolana de 1992, la define en su artículo 39<sup>25</sup>. El Decreto Reglamentario de la ley de Colombia<sup>26</sup>, por su parte, entiende, en su artículo 1°, inciso d, por propaganda comercial: "Todo anuncio que se haga al público para promover o inducir a la adquisición, utilización o disfrute de un bien o servicio, con o sin indicación de sus calidades, características o usos, a través de cualquier medio de divulgación, tales como radio, televisión, prensa, afiches, pancartas, volantes, vallas y, en general, todo sistema de publicidad".

Ahora bien, ¿qué tiene que ver el tema de la publicidad con el consumidor, además de su función de promover el consumo, y por qué y cómo el derecho se ocupa de ella?

<sup>23</sup> PINO ABAD, Manuel, *La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1988*, Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Madrid, 1991, p. 25; FLORIDA, Giorgio, "La repressione della pubblicità menzognera vent'anni dopo", en *Rivista Quadrimestre*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 71. Citado por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Publicidad y Consumidores", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, t. 5, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 66.

<sup>24</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, "Control de la publicidad y comercialización", en *Derecho del Consumidor*, N° 5, Juris, Rosario, 1994, p. 29.

<sup>25</sup> La ley venezolana, en su artículo 39, manifiesta: "Publicidad: *la difusión masiva o restringida de mensajes destinados a dar a conocer las características, ventajas, cualidades o beneficios de cualquier tipo de bienes o servicios, con el fin de estimular su compra, uso o consumo, bien sean éstos fabricados o prestados por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de carácter público o privado*".

<sup>26</sup> Decreto N° 3466, del 2 de diciembre de 1982, reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor de la República de Colombia, N° 73, 1981.

Las razones resultan evidentes. A través de la publicidad se pretende promover el consumo de los bienes y servicios que el individuo necesita; pero, más allá de ello, realmente se realiza toda una inducción y estimulación a consumir. Por esto, el productor o el integrante de la cadena de comercialización que realizan el anuncio deben asumir la responsabilidad que importa la presentación del mismo en el modo que se hace a través de la publicidad; es decir, destacando ciertos aspectos del producto, del precio, de su sistema de financiación, de su superioridad respecto de otro, etc. Ello en virtud del riesgo que asume en su actividad productiva o comercial y al decidir realizar esta presentación persuasiva, y también del lucro que obtiene o pretende obtener con ellas, más allá de la culpa que haya acompañado su acción.

La sociedad de consumo en que nos encontramos inmersos nos incita permanentemente a adquirir cosas y contratar servicios nuevos, muchos de ellos superfluos, en una desenfrenada carrera por tener lo que está de moda, lo que es de última generación, lo que marca determinado status, etc., aun a pesar de tener otros que cumplan en forma adecuada la función a la que están destinados.

En este sentido, se crean ilusiones por las que el marketing promueve los deseos, haciéndolos instalarse como necesidades. Sin embargo, "la necesidad se dirige hacia un objeto específico con el cual se satisface [...] El deseo es irreductible a la necesidad puesto que en su origen no es relación con un objeto real sino con el fantasma [...]".<sup>27</sup> Es decir que "la lógica del consumo es la lógica del deseo. Un deseo instalado en una dimensión simbólica que es la esencia del marketing estratégico y que se constituye en la clave real del negocio"<sup>28</sup>. "Esto nos enseña que el sujeto humano siempre habrá de estar detrás de objetos-señuelos, de semblantes o apariencias de un objeto satisfactor definitivo de la necesidad que no consistirá en ninguno y no por ello dejará de buscarlo en alguna parte"<sup>29</sup>. Estas pautas son

<sup>27</sup> LACAN, Jacques, "Las formaciones del inconsciente", citado por RISEMBERG, Germán, en *Derecho del Consumidor*, N° 10, Juris, Rosario, 1999, p. 92.

<sup>28</sup> WILENSKY, Alberto, "Marketing Estratégico", citado por RISEMBERG, Germán, en *Derecho del Consumidor*, N° 10, p. 93.

<sup>29</sup> RISEMBERG, Germán, "Marketing a la inversa", en *Derecho del Consumidor*, N° 10, Juris, Rosario, 1999, p. 93.

tenidas en cuenta por la publicidad, quien se ocupa de exacerbar ese "deseo insaciable" por el consumo.

Esto se patentiza en el fomento del exagerado de la moda, que lleva a desechar algunas cosas que resultan suficientes, útiles y cubren adecuadamente nuestras necesidades.

"Ahora bien, en este ocaso de siglo agitado y turbulento existen numerosos dispositivos que son empleados con sutileza para acicatearnos, para sobreestimularnos, para exacerbar esa energía deseante expandiéndola y direccionándola hacia determinados objetivos específicos. Avisos publicitarios plagados de promesas ilusorias desfilan uno a uno frente a nosotros desplegando sus proclamas grandilocuentes. [...] El deseo ya está presente, el hombre siempre desea algo, pero ahora se lo hace desear más, se lo hace desear más rápido, se lo hace desear con mayor intensidad y se lo hace desear determinados objetos y marcas, y no otros. Así el pasaje de la etapa de encantamiento hacia la de decepción se da cada vez con mayor celeridad. No terminamos de desentusiasmarlos con nuestra última adquisición que ya nos seducen con una nueva alternativa superadora de la misma. Y entonces haremos lo imposible por comprarla, para aferrarnos a la desgastante esperanza de que la felicidad es posible, para no ser menos que nuestros semejantes, para no resultar expelidos del seno de nuestro grupo de pertenencia"<sup>30</sup>.

En tal sentido, opina el Dr. Atilio Aníbal ALTERINI<sup>31</sup>: "Ahora, en cambio, el productor procura crear las necesidades en el público, orientándolo para que compre productos que, unilateralmente, ha decidido poner en el mercado. A tal fin, provoca una estimulación de la demanda mediante la publicidad; de modo que, en la realidad de los hechos, quien decide qué va a ser consumido es el productor y no el consumidor. Frecuentemente, dicha necesidad es condicionada por mecanismos tendientes a influir los comportamientos de compra, como la manipulación de novedades y de modas, 'con sus incasantes metamorfosis, sus sacudidas, sus extravagancias' (LIPOVETSKY), que insta a la actitud del 'yo también', y a la que contribuye la provocación de la obsolescencia acelerada de ciertos productos, que acorta prematura-

<sup>30</sup> RISEMBERG, Germán, ob. cit., p. 96.

<sup>31</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, "El consumidor en la sociedad postmoderna", *Libro de ponencias del Congreso Internacional sobre "La persona y el derecho en el fin de siglo"*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 424.

mente su ciclo de vida útil por el mecanismo de lograr convertirlos en desechos psicológicos, no obstante que todavía conservan sus principales cualidades propias".

"Aún más, se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información; el consumidor se encuentra en una situación de incerteza que le impide seleccionar racionalmente el producto o servicio, res-tringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar"<sup>32</sup>.

"Consecuencia misma de la actividad publicitaria es la afectación de los intereses colectivos, dado el efecto expansivo que alcanza a una infinidad de destinatarios procurando modelar hábitos que motiven una mayor demanda de bienes y servicios. [...] Así pues, y como en todo capítulo del derecho del consumidor, el sistema de protección debe apoyarse en dos pilares: la prevención del daño y el reconocimiento del carácter grupal o colectivo de los intereses tutelados. Sólo en esta línea han de quedar a salvo dos de los derechos básicos del consumidor: el de ser informado y el de elegir libremente"<sup>33</sup>.

"La primera dificultad que entraña el control de la publicidad es la de su expansión cada vez más ilimitada a través de todo tipo de soportes, respondiendo tanto al avance de la tecnología (internet se ha sumado a la televisión y radio), como a la pervivencia y ampliación de métodos tradicionales (carteles, folletos, etc.). El objeto de la publicidad apenas tiene límites, afectando a prácticamente todos los productos que se pueden comercializar legalmente"<sup>34</sup>.

La publicidad siempre ha tenido defensores y detractores, más allá de la realidad que nos demuestra que forma parte activa de nuestras vidas. Al respecto, la Dra. Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, en una conferencia dictada en ocasión de la celebración del Congreso Internacional sobre "La Persona y el Derecho en el Fin del Siglo"<sup>35</sup>, men-

<sup>32</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Publicidad y consumidores", ob. cit., 1996, p. 67.

<sup>33</sup> ZENTNER, Diego H., "La publicidad: la oferta y la ejecución del contrato", en *Derecho del Consumidor*, N° 6, Juris, Rosario, 1995, p. 25

<sup>34</sup> Los Derechos del Consumidor y sus mecanismos de Protección, en el Acuerdo del Pleno del Consejo Económico y Social de España, publicado como Informe I/1999. Los Derechos del Consumidor y la Transparencia del Mercado, p. 105. Colección Informes, editado por el Consejo Económico y Social, Madrid.

cionaba dos valoraciones respecto de la publicidad: "[...] se cuenta que estando Kipling de vacaciones, recibió un paquete de revistas de un amigo, quien para economizar gastos, había arrancado todas las páginas de publicidad; Kipling agradeció el envío, pero expresó su decepción al remitente y afirmó que él mismo hubiera podido escribir las historias que las revistas contenían, mientras que los anuncios entrañaban la verdadera información, el interés humano de toda la publicación". En el otro extremo, Paul VALERY, expresaba que la publicidad es "uno de los grandes males de este tiempo; insulta nuestra vista, falsifica todos los epítetos, arruina los paisajes, corrompe toda calidad y toda crítica"<sup>36</sup>.

En un párrafo anterior nos interrogábamos acerca de cómo el Derecho interviene en el tema de la publicidad. Lo hace de diferentes maneras y en distintas áreas; pero la que nos interesa a efectos del presente artículo es aquella que tiene que ver con la protección de los derechos del consumidor, desde el ángulo de la responsabilidad por su difusión por parte del productor o comercializador<sup>37</sup>. Ello sin desmerecer la función que le compete en cuanto a la publicidad afecte a los demás productores, cuestión que se encuentra legislada en las leyes de Defensa de la Competencia y las de Lealtad Comercial.

"Hemos de indagar acerca de la naturaleza jurídica que le es asignable al acto publicitario en su vinculación funcional con el contrato. En otras palabras, cuál es el valor que debe acordarse a las manifestaciones emanadas de la publicidad comercial y en qué medida tales declaraciones obligan a quien las ha formulado. Sobre el particular, y

<sup>36</sup> El Congreso Internacional sobre "La persona y el Derecho en el fin del siglo" se llevó a cabo en la ciudad de Santa Fe, en septiembre de 1996.

<sup>37</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "La Publicidad y los Consumidores en el Fin del Siglo", *Libro de ponencias del Congreso Internacional. La persona y el Derecho en el fin de siglo*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 470.

<sup>38</sup> BARRERA GRAF ha expresado que "así como ayer se protegió con las normas del derecho laboral a los trabajadores contra los excesos de los patrones, hoy se tiende a proteger a los consumidores en contra de empresarios que ponen en circulación mercaderías defectuosas, las que por distintos medios de publicidad y propaganda imponen a aquéllos" (citado por ALTERNI, Atilio Aníbal, "Control de la publicidad y comercialización", en *Derecho del Consumidor*, N° 5, Juris, Rosario, 1994, p. 23).

con anterioridad a la Ley de Defensa del Consumidor (argentina), diversas teorías intentaban expedirse sorteando los obstáculos de los artículos 1148 del Código Civil y 454 del Código de Comercio. Así se sostuvo, entre otras, que se trata de actos preparatorios del contrato, invitación a ofertar, oferta al público, declaración unilateral de voluntad, etc. Lo cierto es que, aún en los supuestos de máxima indeterminación, la publicidad genera en el consumidor una razonable expectativa, que actúa supliendo las tratativas preliminares. Ello se traduce en la credibilidad del público, que puede ver afectado su interés de confianza basado en la continuidad de la negociación frustrada. Por lo tanto, el entender que las alegaciones vertidas en el marco de la publicidad no siempre representan una declaración de voluntad contractual completa —por no aglutinar todos los elementos constitutivos de un futuro contrato—, no conduce a sostener que aquéllas no implican una voluntad negocial en sentido amplio. Todo acto de publicidad encierra inequívocamente una intención negocial, esto es, la finalidad de concluir negocios masivamente<sup>38</sup>.

En dicho sentido, el artículo 8° de la Ley de Defensa del Consumidor argentina, establece: "Efectos de la Publicidad: Las precisiones u formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor". Ello significa que este último podrá, eventualmente, reclamar como si estuviera incluido en el contrato, a aquel productor, importador, distribuidor o comercializador de cosas o prestador de servicios, por la falta de cumplimiento de aquellas cuestiones que hubiera utilizado para inducir al consumo de aquéllos<sup>39</sup>. Coincidentemente, el artículo 8° de la ley del consumidor española de 1984, establece que el contenido de los anuncios integra la

<sup>38</sup> ZENTNER, Diego H., *La publicidad: la oferta y la ejecución del contrato*, Juris, Rosario, 1995, p. 26.

<sup>39</sup> "En los casos en que promedia la afirmación de alguna cualidad determinada del producto —por lo general, a través de la publicidad—, va de suyo que no sólo rige la solución del art. 1338 del Código Civil y art. 456 del Código de Comercio, sino que dicha afirmación concierne al contenido obligatorio y vincula al emisor en la medida en que sea inexacta, como ahora surge en forma expresa del art. 8° de la ley 24.240". (LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel, "Responsabilidad por daños en la ley 24.240, de Defensa del Consumidor", en *Derecho del Consumidor*, N° 5, Juris, Rosario, 1994, p. 18.)

trama obligacional aunque no haya sido reproducido en el contrato singular.

Esta solución era requerida intensamente en Argentina, tanto por la doctrina como por los Congresos y Jornadas, y recepcionada en la Jurisprudencia con anterioridad al dictado de la ley 24.240<sup>40</sup>.

"La información que reciben los consumidores y usuarios sobre los productos y servicios, la adquieren casi siempre en forma de soportes publicitarios. La publicidad constituye por tanto un nexo entre consumidores y oferentes, que además influye claramente en las pautas de los primeros. Es un sector que se revela, pues, especialmente sensible a desviaciones de los principios de transparencia, veracidad y competencia leal"<sup>41</sup>.

Lo antedicho remite a lo ya expuesto sobre derecho a la información, máxime teniendo presente que la publicidad pretende persuadir, no informar; incitar al consumo e incluso crear necesidades alrededor de nuevos productos. Esto implica que quien la realiza, así como se beneficia debe responder por las consecuencias que pueda traer la misma, como elemento decisivo del establecimiento de una relación de consumo de un producto determinado.

La Ley de Protección del Consumidor brasileña, en su artículo 30, reza: "*Toda información o publicidad, suficientemente precisa, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación, con relación a productos o servicios ofrecidos o presentados, obliga al proveedor que*

<sup>40</sup> Así el Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en Buenos Aires, del 19 al 22 de junio de 1991, en su comisión 4: tutela jurídica del consumidor, concluyó: "En el marco de los contratos de consumo, la protección de los intereses del consumidor depende, en gran medida, de la equidad de las condiciones generales y del carácter vinculante para el empresario que asume la información y la publicidad efectuadas. Las manifestaciones suficientemente precisas, realizadas por el empresario a través de técnicas de información y publicidad, son vinculantes, forman parte integrante del contenido de cada contrato celebrado por los consumidores sobre los bienes y servicios promocionados, y obligan al empresario a brindarlos en los términos anunciados. Caso contrario, incurre en responsabilidad por incumplimiento".

<sup>41</sup> Los derechos del consumidor y sus mecanismos de protección, en el Acuerdo del Pleno del Consejo Económico Social de España, publicado como informe 1/1999, ya citado, p. 104.

la hizo transmitir o la utilice, e integra el contrato que resulte ser celebrado"<sup>42</sup>.

El artículo 37 manifiesta: "*Es prohibida toda publicidad engañosa o abusiva. 1. Es engañosa cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, total o parcialmente falsa, o, que de cualquier otro modo, incluso por omisión, sea capaz de inducir en error al consumidor al respecto de la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio o cualesquiera otros datos sobre productos y servicios.*

2. *Es abusiva, entre otras, la publicidad discriminatoria de cualquier naturaleza, la que incite a la violencia, explote el miedo o la superstición, se aproveche de la deficiencia de juzgamiento y experiencia de niños, infrinja valores ambientales, o que sea capaz de inducir al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.*

3. *Para los efectos de este Código, la publicidad es engañosa por omisión cuando deja de informar sobre datos esenciales del producto o servicio"*<sup>43</sup>.

En referencia a las previsiones de este artículo han recomendado las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal: "Derecho brasileño: Debe enfatizarse el principio de prevención de los

<sup>42</sup> También, en el Capítulo IV: De calidad de productos y servicios, de prevención y de reparación de los daños; en la Sección III: De la publicidad, en su artículo 36, expresa: "*La publicidad debe ser transmitida de tal forma que el consumidor, fácil e inmediatamente, la identifique como tal. El proveedor, en la publicidad de sus productos o servicios, conservará en su poder, para información de los legítimos interesados, los datos fácticos, técnicos y científicos que dan sustento al mensaje*".

<sup>43</sup> Las conclusiones de la Comisión I: "Control de la publicidad y comercialización", del II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Rosario, 11 al 13 de mayo de 1994), de *lege lata*, han brindado los siguientes conceptos: "*Publicidad engañosa. Es la que, mediante inexactitudes u ocultamientos, puede inducir a error, engaño o confusión, menoscabando la voluntad jurídica del consumidor o usuario. Publicidad abusiva. Es la que atenta contra la dignidad de la persona o vulnera los valores o derechos resultantes, explícita o implícitamente, de la Constitución. En ese ámbito, debe ser considerada en especial la situación del designado como consumidor particularmente débil*".



daños en materia de publicidad abusiva" (art. 37, Código de Defensa del Consumidor)<sup>44</sup>.

También se ha expedido la jurisprudencia argentina, al resolver: "El fin que se persigue con la ley 22.802 (Adla, XLIII-B-1346) es evitar que los consumidores, mediante publicidad engañosa, sean inducidos a la adquisición de mercaderías o la contratación de servicios, protegiéndose el derecho de aquéllos a una información adecuada y veraz con relación al consumo, así como también preservar el derecho de los consumidores"<sup>45</sup>.

El Proyecto de Reglamento del Mercosur para la Defensa del Consumidor, establece en su art. 33: "Está prohibida cualquier publicidad considerada engañosa. Se entenderá por publicidad engañosa cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa o que de cualquier otro modo, incluso por omisión de datos esenciales, sea capaz de inducir a error al consumidor, cuando se proporcionen informaciones respecto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedad, origen, precio, condiciones de comercialización y cualesquiera otros datos esenciales sobre productos y servicios que sean necesarios para definir la relación de consumo"<sup>46</sup>.

Tanto la ley paraguaya<sup>47</sup> como la ley chilena<sup>48</sup> poseen previsiones específicas respecto de la publicidad engañosa, al tratar de los Derechos Básicos del Consumidor.

<sup>44</sup> Las VI Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal se desarrollaron en la ciudad de Junín, provincia de Buenos Aires, del 27 al 29 de octubre de 1994.

<sup>45</sup> Cámara Nacional Penal Económico, Sala B, julio 3 de 1997, "Promark de Argentina SRL", LL, 1997-F-408. Doctrina Judicial 1998-1-598.

<sup>46</sup> Proyecto de Reglamento del Mercosur para la Defensa del Consumidor - Comisión de Comercio Mercosur Comité Técnico N° 7, 07/03/97.

<sup>47</sup> Artículo 6° de la ley paraguaya: "Constituyen derechos básicos del consumidor: [...] e. La adecuada protección contra la publicidad engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales, y las cláusulas contractuales abusivas en la provisión de productos y la prestación de servicios".

<sup>48</sup> Artículo 28 de la ley chilena: "Comete infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induce a error o engaño respecto de: a. Los componentes del producto y el porcentaje en que concurren; b. La idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuida en forma explícita por el anunciante; c. Las características relevantes del bien o servicio destacadas por

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor del Perú, en su artículo 4° establecen: "Los anuncios no deben contener informaciones ni imágenes que directa o indirectamente, o por omisión, ambigüedad o exageración, puedan inducir al error al consumidor, especialmente en cuanto a las características del producto, el precio y las condiciones de venta [...]". La ley colombiana también contiene disposiciones similares<sup>49</sup>.

La Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1°, al establecer los principios básicos en las relaciones de consumo, en su inciso VII expresa: "La protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos y desleales, así como contra prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el abastecimiento de productos y servicios"<sup>51</sup>. En igual

el anunciante o que deban ser proporcionadas de acuerdo a las normas de información comercial; d. El precio del bien o la tarifa del servicio, su forma de pago y el costo del crédito, en su caso, en conformidad a las normas vigentes; e. Las condiciones en que opera la garantía, y f. Su condición de no producir daño al medio ambiente, a la calidad de vida y de ser reciclable o reutilizable".

<sup>49</sup> Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo 691, del 5 de noviembre de 1991, de la República del Perú.

<sup>50</sup> La ley colombiana, en su artículo 14, decreta: " Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrezcan al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidas, por lo tanto, [...] y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como las que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, los usos, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empleo, las características, las propiedades, la calidad, la idoneidad o la cantidad de los bienes o servicios ofrecidos. Tratándose de productos (bienes o servicios) cuya calidad e idoneidad hayan sido registradas [...], o que estén sometidos a registro o licencia legalmente obligatorios, o cuyas condiciones de calidad e idoneidad se deriven de la oficialización de una norma técnica, aunque no haya habido registro, las marcas o leyendas que se exhiban en dichos productos, al igual que toda propaganda que se haga de ellos, deberá corresponder íntegramente a lo registrado o contenido en la licencia o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso".

<sup>51</sup> Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 24 de diciembre de 1992, en su Capítulo III trata: "De la información y publicidad"; en su artículo 32, establece: "La información o publicidad relativa a bienes o servicios que se difundan por cualquier medio

sentido se expide el Decreto Reglamentario de la ley de Costa Rica,<sup>52</sup> y también la ley Uruguaya<sup>53</sup>.

Este deber de veracidad tiene su fundamento en el principio de la buena fe, que debe presidir todos los actos de los individuos y más concretamente, conforme lo establecido en el artículo 1198 del Código Civil argentino, aquellos relacionados con la contratación. El mismo dice: "Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión [...]".

El Proyecto de Nuevo Código Civil, en la República Argentina, en su artículo 920, establece: "Las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta. El incumplimiento de este deber genera responsabilidad por daño al interés negativo"<sup>54</sup>.

También el Código del Consumidor brasileño refiere a ello, en su artículo 4°, en que señala la Política Nacional de las Relaciones de

*o forma, deberán ser veraces, comprobables y exentas de textos, diálogos, sonidos, imágenes y otras descripciones que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su inexactitud".*

<sup>52</sup> La ley de Costa Rica, en su artículo 29 lo establece como derecho fundamental e irrenunciable del consumidor, en su inciso e). Y el artículo 34 reza: "La oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios debe realizarse de acuerdo con la naturaleza de ellos, sus características, condiciones, contenido, peso cuando corresponda, utilidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor. No pueden omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor. Deben prevalecer las cláusulas estipuladas en los contratos, si son más beneficiosas que el contenido de la oferta, la promoción o la publicidad de los bienes y servicios. [...] Al productor o al comerciante que, en la oferta, la promoción, la publicidad o la información, incumpla con las exigencias previstas en este artículo, se le debe obligar a rectificar la publicidad, costearla y divulgar la información veraz y omitida, por el mismo medio y forma antes empleados".

<sup>53</sup> Ley de Relaciones de Consumo uruguaya, artículo 6°, inciso d).

<sup>54</sup> En el año 1999 se ha presentado a la Cámara de Diputados el Proyecto de Nuevo Código Civil de la República Argentina, unificado con el de Comercio, que se encuentra en estado de trámite parlamentario. Los firmantes del mismo, integrantes de la Comisión designada por Decreto 685/95, son los prestigiosos juristas Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

Consumo, y expresa que *deben atender a los siguientes principios: "[...] inciso III, armonización de los intereses de los participantes en las relaciones de consumo y compatibilización de la protección del consumidor con la necesidad de desarrollo económico y tecnológico, de modo de viabilizar los principios en los cuales se funda el orden económico (art. 170 de la Constitución Federal), siempre con base en la buena fe y el equilibrio en las relaciones entre consumidores y proveedores [...]"*.

Refiriéndose al rol de la buena fe, el Dr. Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA<sup>55</sup> manifiesta: "Entre sus funciones, la buena fe, cumple un papel integrador con fuerza jurígena, ampliando el conjunto de obligaciones propias de todo negocio jurídico en particular. De esta forma, la buena fe amplía el marco de las pretensiones más allá de lo estrictamente estipulado por las partes. [...] De esta forma, la buena fe, en su función que analizamos, acuerda al consumidor o usuario el derecho a exigir no sólo las calidades propias genéricas del bien o servicio de que se trate, sino también todo lo que se ha ofrecido en la actividad promocional, aunque no se haya particularizado individualmente en el contrato".

Es decir que no bastará que el productor o el comerciante manifiesten lo que ellos creyeron decir, al poner en conocimiento del público un anuncio, sino lo que verosímilmente pudo interpretar el consumidor al que va dirigido, obrando con cuidado y previsión normales. En cuanto a ello, cabe también hacer una consideración respecto de los ámbitos en que se realiza la publicidad, atento que será diferente la comprensión de la misma conforme se la presente en un programa de televisión de las cinco de la tarde o en una revista altamente especializada de informática, cuando hablamos de las características de un ordenador y las utilidades que el mismo ofrece.

"La publicidad se ha convertido, lisa y llanamente, en la industria de la persuasión"<sup>56</sup>. Ésta existe "principalmente para crear demanda

<sup>55</sup> VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "Publicidad, buena fe y protección al consumidor", en *Derecho del Consumidor*, t. 1, Juris, Santa Fe, 1991, p. 128.

<sup>56</sup> VANZETTI, Adriano, "La repressione della pubblicità 'menzognera'", en *Rivista di Diritto Civile*, anno X, Cedam, Padova, 1964-I-589; FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, N° 148, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 235; conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., "Primeras reflexiones sobre el contrato de patrocinio publicitario o esponsorización", en *Derecho de Daños*, segunda parte, libro homenaje al Dr. Félix A. Trigo Represas, La Rocca, Buenos Aires,

entre los consumidores, manipulando los impulsos motivacionales de los mismos, mezclando realidad y fantasía, creando un espectáculo mágico que hace difícil trazar una línea clara entre comportamiento racional y despreocupada autoindulgencia.<sup>57</sup>

Resulta paradigmático como caso de publicidad engañosa el de los "remedios mágicos", promovidos a través de las ventas televisivas; más precisamente aquel que sostiene que "reduce el contorno muscular en 19 centímetros en apenas veinte minutos". Realmente, lo prometido se cumple, pero lo que la publicidad no aclara es que, como este gel tiene un efecto vasoconstrictor, apenas en media hora el músculo vuelve a su tamaño habitual<sup>58</sup>. Ahora bien, el consumidor al ver el aviso publicitario, compra el "remedio" pensando que la reducción obtenida perdurará. No resultaría lógico que alguien lo hiciera para lograr una efímera reducción por una escasa media hora. Pero el fraude existe, a pesar de que el productor podría decir que en ningún momento prometió que la reducción sería duradera; pero ello no lo eximirá de su responsabilidad por emitir una publicidad engañosa, aunque más no sea por omisión de haber consignado dicha circunstancia tan trascendente, máxime teniendo presente la percepción superficial que tiene el consumidor del mensaje publicitario.

Si bien tal vez puede sostenerse que dichos remedios "mágicos" no producen un daño a la salud, puesto que son generalmente suplementos dietarios con agregados de hierbas, y aunque fueran realmente inocuos, la publicidad engañosa debe ser sancionada puesto que afecta el principio de la buena fe, de la veracidad y honestidad de la información, y los sentimientos de los consumidores que, actuando con la ligereza propia de estos casos, ven frustradas las expectativas que la misma les generara, habiendo incurrido en un gasto considerable, la mayoría de las veces.

1993, p. 652; BARO Y BALLBE, María José, "Publicidad engañosa: sistema de responsabilidad", en *Revista Directiva*, N° 4, P.P.U., Barcelona, 1990, p. 25. Citados por KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Publicidad y consumidores*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 67.

<sup>57</sup> RISEMBERG, Germán, "Marketing y publicidad: una reflexión ética", en *Derecho del Consumidor*, t. 11, Juris, Rosario, 2000, p. 52.

<sup>58</sup> Editorial de Diario Norte, Resistencia, Chaco, del día sábado 6 de mayo de 2003, p. 6.

El consumidor, al observar una publicidad, lo hace superficialmente, con la posibilidad que tiene en el breve lapso que dura el flash de televisión, el aviso de radio o la observación de una publicación de un diario o revista, y con la ponderación que puede hacer una persona que podría resultar el comprador del producto, aquel a quien el mensaje va dirigido, un hombre de conocimientos medios, salvo contadas excepciones. Esto debe ser tenido en cuenta por los jueces cuando se les plantea un caso derivado de publicidad que ha llevado a engaño, prometiéndole calidades o cualidades que posteriormente no se cumplieron. Ello no exime al destinatario de la misma de poner atención y prudencia al receptarla, ni le posibilita interpretaciones personales alejadas de los cánones medios.

Un tribunal de la ciudad de San Pablo, Brasil, ha resuelto un caso en que un comerciante hizo oferta al público, a través de propaganda en periódicos y otros medios de publicidad, con fotografías de un conjunto de aparatos electrónicos de sonido, destacando la diferencia entre el precio de mercado, en contraste con el de su oferta. Cuando el consumidor concurre a realizar la compra, fue informado que el precio era superior, si quería todo el conjunto, atento que el ofertado abarcaba sólo una parte del mismo. El tribunal consideró, sin embargo, que la fotografía inserta en la publicidad reproducía todas las piezas que componían el conjunto que al pie de las mismas se daba el precio por el "conjunto"; que la propaganda se dirige al comprador típico, o sea la persona que probablemente va a querer aquella mercadería y que el reclamante era el comprador típico, la persona que, ciertamente, ante el anuncio ofertando el producto, será motivada a adquirirlo por el precio y condiciones de la propuesta. Sostuvo, así mismo, que "no hay que confundir, por tanto, habilidad para vender (*salesmanship*) con la propaganda engañosa, con un artificio ilusorio, con una trampa para atraer al incauto. Siempre que la propaganda, la divulgación pública, la oferta, incide en ese error, se caracteriza el *dolus malus*, el engaño. No se cuida de simples alabanzas, pero sí de la mala fe del vendedor. Ahora, el hombre medio, leyendo el anuncio y la oferta divulgada por la demandada y que atrajo al actor, no tendrá dudas que allí se ofrece un conjunto de sonido, con los accesorios enumerados, por el precio y las condiciones ofertadas. La sentencia decidió que correspondía que la demandada entregara al consumidor reclamante el equipamiento completo por el precio y condiciones publicitadas, o si resultaba imposible cumplir el contrato,

MEMEROTECA  
CAMPUS

indemnizara al mismo con el pago de una suma correspondiente al precio de la mercadería, debidamente actualizado<sup>59</sup>.

"Para averiguarse el carácter engañoso, lo correcto es, como hace la decisión, buscar, fijar y comprender como el 'comprador típico' del producto o servicio anunciado, esto es, el consumidor básico por el anuncio o su público ingenuo, entendería el mensaje publicitario. Hecho eso, entonces podría llegarse a la conclusión, como fue el caso de la decisión comentada, de que el anuncio es (o no) engañoso<sup>60</sup>.

En este sentido, las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor del Perú, en su artículo 2° expresan: "*Las normas deben interpretarse y aplicarse de buena fe, en armonía con los principios de la ética o deontología publicitaria generalmente aceptados. Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario. Las normas se aplican a todo el contenido de un anuncio, incluyendo las palabras y los números, hablados y escritos, las presentaciones visuales, musicales y efectos sonoros*".

En cuanto a los alcances del análisis superficial de los anuncios publicitarios se ha expedido la jurisprudencia peruana, constituyendo un precedente de observancia obligatoria de aplicación, teniendo presente el segundo párrafo del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 691, que establece: "*Los anuncios deben ser juzgados teniendo en cuenta el hecho que el consumidor queda influenciado mediante un examen superficial del mensaje publicitario*"<sup>61</sup>.

"SOLARI BRUMANA ha dicho, con razón, que 'el uso o práctica toleran cierta inocente exageración, como, por ejemplo, afirmar que un

<sup>59</sup> AC 142.976-1/3, 4° Cámara Civil. Relatoría Des. Alves Braga, J., 17-19-1991, publicado en *O Código de Defesa de Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial*, Editorial Saraiva, San Pablo, 1997, p. 247.

<sup>60</sup> RIZZARRO NUNES, Luiz Antonio, *O Código de Defesa de Consumidor e sua Interpretação Jurisprudencial*, Editorial Saraiva, San Pablo, 1997, p. 250.

<sup>61</sup> "En el extremo que, interpretando el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 691, establece que el término 'análisis superficial' no debe entenderse como un análisis descuidado o irresponsable, sino, por el contrario, como el reflejo del hecho de que el consumidor no hace un análisis exhaustivo y profundo del anuncio, no siendo exigible un análisis experto y detallado del mismo. Así, los anuncios deberán ser juzgados atendiendo a su contenido y al significado que el consumidor les atribuiría, al sentido común y usual de las

producto muy bueno es excelente, lo que importa el grado sumo de calificación. Pero de ahí a disimular, ocultar o desvirtuar circunstancias importantes, hay un largo trecho". La Corte Suprema de Justicia de la Nación (LL, 1981-B-550, 35.841-S) ratifica la exigencia de veracidad<sup>62</sup>.

Es decir que, al menos en la Argentina, la utilización de publicidad engañosa dará derecho al consumidor o usuario, a las asociaciones de consumidores constituidas como personas jurídicas, a la autoridad de aplicación nacional o local y al ministerio público, a iniciar acciones administrativas y judiciales a efectos de obtener el cese de la misma, con el objeto de evitar la propagación del engaño; la aplicación de sanciones al anunciante, y la eventual indemnización de los daños y perjuicios que la contratación motivada por dicha publicidad le acarrea. Del mismo modo, aquel consumidor que realizara una denuncia o acción judicial maliciosa o sin justa causa también podrá ser sancionado por dicha actitud, todo en el marco de la buena fe-probidad, que debe constituir parámetro informativo de la conducta de las partes.

La publicidad irregular, en cuanto sea causa adecuada de daños al consumidor, genera el deber de reparar, tanto en el ámbito contractual, precontractual o aquiliano, según los casos<sup>63</sup>.

palabras, frases y oraciones, y lo que éstas sugieren o afirman sin tener que recurrir a interpretaciones alambicadas, complejas o forzadas prefiriéndose de varias interpretaciones posibles, aquella que surge más naturalmente a los ojos del consumidor. Esto debe hacerse sin dejar de considerar que el consumidor asume, frente al anuncio publicitario, una posición prudente antes que ingenua al considerar las expresiones en él contenidas como testimonio de parte de quien pretende inducirlo a consumir un bien o servicio, siendo válida la exageración publicitaria siempre que no vulnere el principio de buena fe comercial" (Resolución N° 052-96-TRI-SDC, expediente N° 187-95. CCD, publicado el 3 de octubre de 1996, Perú. Obtenido de la página web [indecopi.gob.pe](http://indecopi.gob.pe) (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú), sitio: Principales casos resueltos.

<sup>62</sup> Citado por ALTERINI, Atilio Anfál, "Control de la publicidad y comercialización", en *Derecho del Consumidor*, N° 5, Juris, Rosario, 1994, p. 28.

<sup>63</sup> Conclusión de la Comisión 2 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor de la República del Perú, en su artículo 13, disponen: "Tratándose del contenido de los anuncios se considera responsable a la persona natural o jurídica anunciante [...]".

Por su parte, la Ley de Protección al Consumidor de la República de dicho país establece: "Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde"<sup>64</sup>.

La publicidad tiene carácter precontractual, atento que se trata de "extremos informativos orientados a la prestación del consentimiento"<sup>65</sup>, sin embargo, para el caso de incumplimiento de prestaciones, calidades o cualidades ofrecidas en la misma, al considerarse la parte integrante del contrato de consumo, evidentemente, la responsabilidad del productor derivada de ella, va a revestir el carácter de contractual. Será de tal carácter toda vez que se haya celebrado el contrato, atento que conforme lo establecido en las disposiciones al respecto ya citadas, su contenido integra éste, aun cuando no haya sido reproducido.

"Las condiciones generales previstas por los catálogos, tarifas, circulares y otros documentos publicitarios deben vincular al comerciante que las ha utilizado", y tales documentos impersonales son considerados por la doctrina como una "oferta permanente" (BERLIOZ). Mucho antes de ser sancionada la Ley de Defensa del Consumidor argentina, la jurisprudencia entendió que los catálogos o prospectos forman parte integrante de la oferta (Cámara Nacional Civil, Sala E, LL, 130-616), y computó la propaganda previa desde la perspectiva de

<sup>64</sup> Ley de Protección al Consumidor, Decreto Legislativo 716, del 7 de noviembre de 1991, de la República del Perú.

<sup>65</sup> ORTI VALLEJO, Antonio, "Derecho a la información", en BERCOVITZ, Rodrigo - SALAS, Javier (coordinadores), "Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", Civitas, Madrid, 1992, p. 403, citado por LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel, "La información en los contratos de consumo", en *Temas de Derecho*, Año XI, N° 1 y 2, Edición Especial de la Facultad de Derecho, Departamento de Investigación Jurídica, Universidad Gabriela Mistral, Santiago, 1996, p. 140.

generación de confianza (Cámara Nacional Comercial, Sala B, LL, 1977-C-439<sup>66</sup> [...]). Así también, "hay que hacer constar que, con anterioridad a su consagración legal el Tribunal Supremo (español) había ya establecido en algunas sentencias la exigibilidad de las prestaciones anunciadas en la publicidad, bien por aplicación del artículo 1258 del Código Civil que obliga a los contratantes a todas aquellas consecuencias que se derivan de la buena fe (STS 27/01/77), bien considerando la publicidad como un elemento a tener en cuenta en la interpretación del contrato ex artículos 1281 - 1282 del Código Civil (STS 09/02/81; STS 20/03/82)<sup>68</sup>.

Las precisiones publicitarias integran el contenido contractual (art. 8° de la Ley de Defensa del Consumidor Argentina), aun en los casos en que la publicidad en sí misma no constituya jurídicamente oferta (por ejemplo, por falta de competitividad), en los términos del artículo 7° de la mencionada ley. Coinciden con dicha postura la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica<sup>69</sup>, la Ley de Relaciones de Consumo de la República Oriental del Uruguay<sup>70</sup>.

En dicho fallo se trató la demanda contra un sindicato de trabajadores por los daños derivados del incumplimiento de la obligación de construir un inmueble, la cual se hizo imposible por la quiebra de la empresa constructora; el tema en discusión fue si el sindicato, que había difundido el plan de construcción del grupo de viviendas y había participado en el proceso de formación de la voluntad de quienes aspiraron a obtener unidades en los edificios cuya construcción se les prometió, era responsable o no. La respuesta fue afirmativa, en virtud de la confianza generada por ese sindicato.

<sup>67</sup> ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos civiles, comerciales, de consumo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 308.

<sup>68</sup> BOTANA GARCÍA, Gema - RUIZ MUÑOZ, Miguel, *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, p. 140.

<sup>69</sup> La ley de Costa Rica, en su artículo 31 establece: "[...] Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos o servicios por prestar, transmitida por cualquier medio o forma de comunicación, vincula al productor que la transmite, la utiliza o la ordena y forma parte del contrato".

<sup>70</sup> La Ley de Relaciones de Consumo uruguayo, en su artículo 14, reza: "Toda información, aun la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor".

En consecuencia, el incumplimiento de las precisiones publicitarias genera responsabilidad civil contractual<sup>71</sup>.

La Ley General de Consumidores de España, en su artículo 8º establece: "La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprprobante recibido"<sup>72</sup>.

Para Bercovitz, el artículo 8º, al establecer en su primera frase que la oferta, promoción y publicidad se ajustarán a la naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad de los productos o servicios, "viene a imponer a los empresarios la obligación de informar a los consumidores sobre los datos esenciales que puedan determinar su voluntad en orden a la adquisición del producto o servicio. La actividad de promoción debe tener un contenido mínimo forzoso: la información veraz al consumidor sobre las características esenciales (en orden a su valoración por los consumidores) del producto o servicio", que precisamente serían las indicadas por el artículo 13 de la misma ley, lo que le lleva a "interpretar ampliamente el ámbito de aplicación de la exigencia de veracidad de la ley: no se limita a los productos o servicios en sentido estricto (sus cualidades), sino que se extiende a todos los aspectos relevantes de su adquisición por los consumidores y, consecuentemente, del contrato correspondiente"<sup>73</sup>.

"Según una interpretación probable del artículo 8º de la Ley de Consumidores (española), el vendedor incumple (y responde) cuando la cosa entregada no se ajusta a la publicidad ofrecida por el vendedor, aunque los elementos de ésta no figuren en el contrato. Igual-

<sup>71</sup> Conclusión de la Comisión 1 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.

<sup>72</sup> Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios del Reino de España, ley 26/1984, del 19 de julio.

<sup>73</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, "La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Estudios jurídicos sobre la protección de consumidores*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 181.

mente incumple cuando la cosa no reúne los caracteres que exigen su naturaleza y finalidad. Ambas especificaciones son prestación debida, sobre las que el acreedor tiene un interés de cumplimiento, lo que no es esencial a efectos prácticos: el comprador puede pedir como interés indemnizatorio de cumplimiento todo lo que le reportaría en utilidad que la cosa tuviese especificaciones que se le ofrecieron en la publicidad, no sólo el interés de confianza por haber confiado en una publicidad engañosa"<sup>74</sup>.

Los fundamentos de derecho de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Las Palmas, Islas Canarias, España, se han expresado respecto de la claridad que deben reunir los folletos publicitarios<sup>75</sup>.

<sup>74</sup> CARRASCO PÉREZ, A., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1, Edersa, Madrid, 1989, p. 414.

<sup>75</sup> "[...] es evidente que a la actora apelante se le ofreció, previamente a la formalización del contrato, una información que carecía de la claridad necesaria para que ésta pudiera posteriormente emitir una declaración de voluntad reflexiva y libre, empleando los folletos publicitarios indistintamente las palabras club y propiedad, pudiendo ciertamente inducir a error a la actora a la naturaleza personal o real del derecho que adquiría, pues es lógico y racional que pudiera llegar a pensar, en ese contexto de confusión y precipitación, que adquiriría un derecho real, o atribución del dominio de la propiedad de un apartamiento a varios participantes en pro-indiviso y a su vez la condición de socios de un club que les permitiera intercambiar el apartamiento con los ubicados en otros complejos turísticos, cuando en realidad estaban comprando una participación de club con programa de intercambios R.C.I., y si bien en las bases del contrato ya no se emplea el término propiedad o multipropiedad sino el de participación de club, configurándose ya claramente como un derecho de carácter personal u obligaciones, el contexto de la contratación antedicha y el uso indistinto de los anteriores términos en los folletos publicitarios e informativos, la unidad del acto y la insistente presión pudo realmente distorsionar la realidad de lo contratado e inducir a la apelante a la firma de unos contratos que, en otro ámbito y circunstancias, no hubiera firmado". Sin embargo, se desestimó el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia, al haber concurrido en el caso "una circunstancia peculiar, cual es que aquélla (la actora) realizó con bastante posterioridad a la formalización del contrato actos inequívocos que acreditaban su voluntad de ejercer los derechos que le confería el mismo, por lo que la acción de nulidad aquí enjuiciada contravendría la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos" (AP Las Palmas, S 06-07-1999 (1999/27708)).

Asimismo, se ha sostenido que deben responder tanto la empresa autora del anuncio cuanto la empresa que publica dicha oferta en un boletín destinado a sus usuarios, en forma solidaria<sup>76</sup>.

"En Derecho comparado es corriente el criterio que otorga fuerza vinculante al contenido de los anuncios, y considera que integra la trama obligacional aunque no haya sido reproducido en el contrato singular: Uniform Commercial Code (2-314 [2-s]), respecto de "las promesas o afirmaciones de hecho realizadas en el envase o la etiqueta"; Restatements of Contracts 2<sup>nd</sup> (402-B, respecto de las afirmaciones inexactas hechas al público por el vendedor, "por la justificable confianza" que haya creado, aunque obre sin culpa o el consumidor no tenga relación contractual con él); artículo 8°, inciso 1, de la ley española de 1984; artículo 30 del Código de Defensa del Consumidor brasileño; artículo 20 del decreto legislativo peruano de 1991; artículo 12 de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores chilena de 1997<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Resulta oportuno traer a colación un caso resuelto en la Argentina, referente a la responsabilidad derivada de la publicidad. El 9 de noviembre de 1998, a la Empresa Diners Club le fue aplicada una multa de veinte mil pesos, por la Secretaría de Industria de la República Argentina, por violación de la Ley de Defensa del Consumidor. El caso se había planteado a raíz de una oferta de un servicio de una empresa turística, que Diners incluyó en el boletín mensual que envía a los usuarios de su tarjeta. La oferta que allí se mencionaba incluía servicios que no fueron prestados, a pesar de haberse pagado el precio y, entonces, los usuarios demandaron a Diners Club, por haber sido quien realizara la publicidad de dichos servicios.

Al reclamo, la compañía de tarjetas de crédito esgrimió en su defensa que "no se hacía responsable por los servicios de terceros que sus anuncios ofrecían". Pero esto no había sido incluido en el boletín de publicidad, por lo que la sanción fue aplicada en virtud de estimar la Secretaría de Industria que la Ley de Defensa del Consumidor protege de publicaciones engañosas de oferentes que no cumplen las prestaciones pactadas o de contratos que restringen derechos; considerando que Diners incurrió en la primera de las causas. En este sentido, debe destacarse que la doctrina ha puesto de resalto que la publicidad debe bastarse a sí misma y que quien la realiza responde por lo que ella contiene o deja de contener y los perjuicios que con ello se causa a los consumidores o usuarios. Esta resolución ha sido confirmada judicialmente; resultando alentador un antecedente de tal naturaleza, en defensa de los derechos del consumidor.

<sup>77</sup> ALTERNI, Atilio Anibal, "Contratos civiles, comerciales, de consumo", *op. cit.*, 1998, p. 307.

Resultan interesantes las conclusiones a que arriban los Dres. Augusto M. Morello, Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz<sup>78</sup>, al expresar: "En la contratación para el consumo adquiere especial trascendencia el deber 'agregado' de información que pesa sobre el empresario, sobre todo el aspecto relevante del producto o servicio ofrecido, que faciliten al consumidor una correcta valoración sobre la utilidad del contrato. Ello aparece como concretas consecuencias jurídicas: a) las precisiones realizadas por el empresario a través de técnicas de información y publicidad, son vinculantes, forman parte integrante del contenido de cada contrato celebrado por los consumidores sobre los bienes y servicios promocionados, y obligan al empresario a brindarlos en los términos anunciados; b) si el empresario contraría el deber de brindar adecuada información (vulnerando consiguientemente la prohibición de los artículos 5° y 9° de la ley 22.802 de lealtad comercial y la regla de la buena fe emergente del artículo 1198 del Código Civil argentino) incurre en responsabilidad civil por incumplimiento contractual, por los daños que tengan su causa adecuada en la falsa representación provocada al consumidor que adquirió el producto o servicio, con motivo de las deficiencias o irregularidades de las informaciones o anuncios emitidos".

De lo expuesto deviene claramente la consideración que la responsabilidad derivada de la publicidad tiene carácter contractual, por integrar la etapa precontractual y ser un deber de conducta accesorio, que se integra en el contrato como consecuencia de la buena fe, de los usos y la generación de confianza.

Así lo considera el maestro Díez Picazo, cuando opina: "Por eso, hay que entender que cualquier incumplimiento de estos deberes accesorios integrados en la relación contractual genera también una responsabilidad contractual. Entre estos deberes accesorios de conducta, integrados en la relación contractual se encuentran, muy especialmente, los llamados deberes de información (en los que podemos encuadrar la publicidad) y los deberes de protección"<sup>79</sup>. (El paréntesis nos pertenece).

<sup>78</sup> MORELLO, Augusto M. - STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., "Información al consumidor y contenido del contrato", en *Derecho del Consumidor*, t. 1, Juris, Santa Fe, 1991, p. 37.

<sup>79</sup> Díez PICAZO - PONCE DE LEÓN, Luis, *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 255.

Además de revestir el carácter de contractual, la responsabilidad derivada de la publicidad tiene un factor de atribución objetivo, deslizado de la culpa, basado en el riesgo de la actividad mercantil, de los medios utilizados para su promoción, y del lucro que con ella obtienen quienes integran la cadena de producción-comercialización.

Consideramos que el consumidor afectado podrá pedir la declaración de nulidad del contrato, en virtud que ha sido viciado su consentimiento, al haber sido inducido a error por la publicidad engañosa. El error ha atacado el discernimiento de la parte débil, que al verse sorprendido por la publicidad falaz ha visto menoscabada su voluntad jurídica<sup>80</sup>. Dicha nulidad podrá ser total o parcial. En caso de resultar parcial, el juez deberá integrar el contrato, conforme a las normas de la buena fe y la equidad. Asimismo, en caso de proceder, podrá ser solidada la correspondiente indemnización por daños y perjuicios<sup>81</sup>.

"La actividad publicitaria ha de ceñirse a los principios consagrados internacionalmente en la materia: legalidad, veracidad, autenticidad y libre competencia. A partir de estos postulados, los anuncios deben adecuarse a los pilares básicos del orden jurídico, evitando las falacias o deformaciones que induzcan a error, y aventando la posibilidad de conductas ambiguas respecto de la verdadera existencia de una intención negocial —tal el caso de la publicidad disfrazada de información común— y de todo tipo de deslealtades o difamaciones respecto de los demás concurrentes en el mercado"<sup>82</sup>.

La publicidad engañosa, por acción u omisión, y la abusiva pueden generar, por aplicación de las reglas sobre vicios del consentimiento, la nulidad por error y, en su caso, la reparación del perjuicio causado<sup>83</sup>. La posibilidad de declaración de nulidad del contrato derivada de

<sup>80</sup> Así lo han entendido las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Morón, realizada en 1994, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, al interpretar, de *lege lata* que: "Está prohibida la publicidad engañosa, es decir la que se vale de inexactitudes u ocultamientos, para inducir a error, engaño o confusión, menoscabando la voluntad jurídica del consumidor".

<sup>81</sup> La Comisión 1 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños ha concluido: "La falsa representación inducida por la publicidad engañosa es causal de nulidad del contrato por vicios de la voluntad del consumidor (error, dolo)".

<sup>82</sup> ZENTNER, Diego H., ob. cit., p. 28.

<sup>83</sup> Conclusión de la Comisión 4: Tutela Jurídica del Consumidor, del II Congreso Internacional de Derecho de Daños.

la violación del deber de buena fe, en la etapa previa a la conclusión del contrato —a la cual pertenece la publicidad— está prevista en el artículo 37 de la ley argentina<sup>84</sup>.

La Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 42, reza: *El proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidas o implícitas en la publicidad o información desplegadas, salvo convenio en contrario o consentimiento escrito del consumidor*. Dicha normativa plantea, de este modo, la posibilidad de eximición de responsabilidad para el proveedor en los supuestos citados al final. Particularmente, consideramos que dichos convenios o consentimientos bien podrían ser considerados como cláusulas abusivas, atento que seguramente integrarán las condiciones generales del contrato o serán producto del abuso de la posición dominante y la calidad de experto del proveedor frente al consumidor, que constituye la parte débil y profana de esta relación jurídica.

Avalando esta postura se han pronunciado los Dres. Rubén y Gabriel Stiglitz, al sostener: "Por lo demás, es una cláusula abusiva (por sorpresiva) y consecuentemente nula, aquella por la que se establece que los referidos anuncios publicitarios no integran la oferta contractual o que sólo portan valor indicativo"<sup>85</sup>.

"El artículo 8° de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (española) hace prevalecer el contenido de la publicidad (así como el de la oferta) sobre el del contrato, salvo que este último contenga condiciones más beneficiosas para el consumidor. Si no fuera así la protección proporcionada por este precepto sería ilusoria puesto que cualquier empresario podría evitar el juego del artículo 8 de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios desmintiendo en el contrato lo anunciado en la publicidad"<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Artículo 37 de la ley 24.240: "En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

<sup>85</sup> STIGLITZ, Gabriel A. - STIGLITZ, Rubén S., *Derecho y defensa de los consumidores*, La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 138.

<sup>86</sup> BOTANA GARCÍA, Gema - RUIZ MUÑOZ, Miguel, ob. cit., p. 142.



Los Dres. Daniel Pizarro y Carlos Vallespinos<sup>87</sup> opinan al respecto: "La publicidad engañosa o inductiva constituye un flagelo que atenta contra los derechos del consumidor y también contra el empresario honesto. Importa una desnaturalización arbitraria de la economía de libre mercado que debe ser combatida mediante la implementación de mecanismos preventivos, resarcitorios, y sancionatorios".

Además de las sanciones que puedan aplicarse contra dichas conductas, resulta imprescindible que el consumidor se informe acerca de sus derechos para que, conocidos éstos, pueda invocarlos y ejercer su defensa a través de los medios puestos a su disposición por la legislación vigente. Su participación resulta indispensable para la implementación efectiva de la protección que desde el Estado se pretende<sup>88</sup>.

Una de las estrategias de defensa de los derechos del consumidor podría ser el conocer y entender cuáles son algunas de las reglas que gobiernan las normas del marketing, en un "paradójico movimiento que denominamos marketing a la inversa o marketing de los consumidores, ya que el campo mismo de aplicación de esta disciplina contempla la utilización de sus conceptos y acciones por los ciudadanos en resguardo de sus propios intereses"<sup>89</sup>. El conocimiento de dichas técnicas podría permitir al consumidor desarrollar una lectura más crítica de la publicidad, protegerse de sus claves para captarlo y desarrollar una conducta más consciente y previsor, al entender cuáles son las reglas que gobiernan el juego que lo tienen como uno de sus protagonistas y el funcionamiento de los procesos psíquicos que orientan su acto de compra.

La sociedad del Conocimiento y la información implica cambios que afectan a la economía, la sociedad y la cultura y con ello a todos los procesos de la vida cotidiana, entre los que, por lógica, se cuentan aquellos atinentes al consumo; en este fin de siglo dominado por la novedad, la diversidad y la transitoriedad, al decir de Alvin TOFFLER, en

<sup>87</sup> PIZARRO, Ramón Daniel - VALLESPINOS, Carlos Gustavo, "Publicidad inductiva y engañosa", en *Derecho del Consumidor*, t. 1, Juris, Santa Fe, 1991, p. 46.

<sup>88</sup> El II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, de *lege ferenda*, concluyó: Se recomienda perfeccionar los sistemas tendientes a la educación del consumidor, a fin de instruirlo para que esté en condiciones de afrontar sin desventajas las situaciones cotidianas de los actos de consumo.

<sup>89</sup> RISEMBERG, Germán, "Marketing a la Inversa", ob. cit., p. 92.

la "Tercera Ola". "El mercado y el consumo serían el punto neurálgico de expresión de un individuo libre a las puertas del Siglo XXI y la publicidad el recurso artesano, ya casi artístico de visualizar el contenido simbólico de toda una colectividad"<sup>90</sup>.

Deviene, entonces, imprescindible la elaboración y concreción de planes informales de educación del consumidor, en los que se les haga conocer los derechos que la legislación le concede, así como los procedimientos administrativos y judiciales a que puede recurrir en su defensa; la inclusión de la temática en las currículas escolares y aun en las universitarias<sup>91</sup>. Esta acción corresponde al Estado, derivada generalmente, de normas constitucionales; pero también a la sociedad que por intermedio de organizaciones no gubernamentales puede contribuir en esta tarea de formación.

### Conclusión

El carácter eminentemente tuitivo, basado en la inequidad de la relación de consumo de las legislaciones sobre derechos del consumidor adopta como principio general el "favor debilis", estableciendo que la interpretación del contrato, a los efectos de su ejecución, se hará de la manera más conveniente al consumidor. El tema de la publicidad no es una excepción dentro de este plexo normativo.

En este sentido resulta medular sostener la protección del consumidor sancionando a aquel que con artes engañosas y tendenciosas pretende inducir a la parte más débil, al profano, a realizar una contratación que en definitiva resultará perjudicial para los intereses de este último. Esto conducirá a una justa composición de una relación negocial signada por la masividad tanto del tráfico comercial cuanto

<sup>90</sup> RISEMBERG, Germán, "Marketing y publicidad: una reflexión ética", ob. cit., p. 53.

<sup>91</sup> Con referencia a ello se ha expedido la Comisión 3 de las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, llevadas a cabo en la ciudad de Buenos Aires, en el año 1994, al despachar por unanimidad: "Se deben extremar los recaudos para hacer efectiva la protección del consumidor, reglamentando la ley 24.240, educando a los consumidores, e introduciendo una materia específica en los programas universitarios".

de las condiciones generales de los contratos como de la publicidad, propios de este mundo globalizado.

De lo expuesto se deducen pautas señeras para el desarrollo de la actividad que nos ocupa. La publicidad debe ser veraz y brindar información suficiente; queda vedado inducir a engaño con redacciones o presentaciones defectuosas, por omisiones, con ocultamiento de determinadas circunstancias, con mensajes embozados o tendenciosos. La transgresión a ello determinará la existencia de una responsabilidad de carácter contractual, con factor de atribución objetivo<sup>52</sup> y las consecuentes sanciones para el transgresor.

Sólo será de carácter extracontractual, cuando el contrato aún no se hubiera celebrado y se reclamen medidas para prevenir el daño, con el cese de la propagación del anuncio, para evitar que el mismo afecte a otros sujetos; o se refiera a los daños derivados de la imposibilidad de concreción del negocio jurídico en virtud del carácter engañoso de la publicidad, si con esta última se hubiera generado alguna actividad, gasto o expectativa que corresponda indemnizar.

Párrafo aparte, por exceder las pretensiones del presente trabajo, merecería la determinación de la eventual responsabilidad del publicista, quien idea y genera el anuncio, correspondiéndole, por lo tanto, la aplicación de las normas técnicas y legales a efectos de encuadrar la misma en el marco legal correspondiente.

La globalización constituye una realidad insoslayable, máxime en el área de la economía y, consecuentemente, en el ámbito del consumo. Por ello resulta conveniente la unificación de determinados principios jurídicos generales en la materia, que ya surge en la comparación de las diversas legislaciones, y en las decisiones de las organizaciones supranacionales, que establecen cada vez más parámetros uniformes. A la vez, debemos atender a las realidades de cada país o región, como una manera de pensar este fenómeno con visión global pero con espíritu local, de idiosincracia, de pertenencia. Para ello

<sup>52</sup> "En la responsabilidad contractual, se entiende que promedia una obligación de resultado. Consiguientemente, existe una presunción de autoría del daño, sólo destruíble mediante la prueba de la fractura del nexo causal por una circunstancia idónea al efecto, discutiéndose los alcances de la fuerza mayor liberatoria." (Conf. LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel, ob. cit., p. 20).

debemos comprometer nuestro esfuerzo como operadores del Derecho, para hacer posible un mercado ágil, transparente, en una sociedad con oportunidades asignadas con equidad, en defensa de los máximos postulados de la Justicia.

Por último, tratando de desmitificar al "demonio", diremos con Roland Barthes: "El lenguaje connotado de la publicidad reintroduce el sueño de la humanidad de los compradores: el sueño, es decir, indudablemente, cierta alienación (la de la sociedad competitiva), pero también cierta verdad (la de la poseía)".