

PUBLICIDAD Y CONSUMIDORES: UNA VISIÓN DESDE IBEROAMÉRICA

MARÍA LAURA ESTIGARRIBIA BIBER¹⁾

Abogada,

Profesora del Curso Instituciones de Derecho Privado I
de la Facultad de Ciencias Económicas de la
Universidad Nacional del Nordeste, Argentina.

"Nadie puede escapar a la influencia de la publicidad"

S.S. Pablo VI²⁾

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, consideramos, 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 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 autoprotegerse, 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".³⁾

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 ocurría antes, en el Civil, que la ignoraba, ni en el Comercial, que en ocasiones la*

¹⁾ Agradecemos al Dr. Luis Mosset de Espartero por la cesión del presente artículo para su publicación.

²⁾ Mensaje de la Jornada Mundial para las Comunicaciones Sociales de 1977.

³⁾ JARA-AMIGO, Rómulo. Análisis de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones, en *Derecho del consumo y protección al consumidor*. Cuadernos de Extensión 1999. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho. Pág. 47. Editor Hernán Dorado Tapia. Santiago, Chile.

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 negociar⁵.

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"⁶ mediante el cual el Estado cumpla la función de arbitraje 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 inmediatez 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 quién orientaba la producción de los productos y servicios, a través de sus necesidades, gustos e inclinaciones, a ser aquel a quién 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^º y 43^º y la española, en el artículo 51^º, 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.⁷

*"El meridiano del derecho de información del consumidor pasa por la Ley N^º 22802 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 las indicaciones que debe contener la mercadería envasada o sin envasar (artículo 1^º), inclusive en cuanto a su origen —nacional o extranjero— (artículos 2^º, 3^º y 7^º); y contiene precisiones respecto de la publicidad, prohibiendo en especial la que se realiza mediante premios, concursos, sorteos o formas similares (artículo 10^º)."*⁸

El deber del proveedor es correlativo del derecho del consumidor a la información

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. 1986. *Introducción al Derecho del Consumidor*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. II, pág. 17. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe, Argentina.

⁶ ALTERINI, Adán Ariel. 1998. *Contratos civiles, comerciales, de consumo*. Pág. 49. Editora Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina.

⁷ Al respecto cabe recordar la conclusión arribada por la Comisión 1 del II Congreso Internacional de Derecho de Carlos, llevada a cabo en la ciudad de Buenos Aires, en 1995, que expresa: "La publicidad comercial irregular, tanto la engañosa como la proselitista, 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 (arts. 42 y 43 C.N.).

⁸ ALTERINI, Adán Ariel. Op. Cit. Pág. 147.

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 4º: "Quienes produzcan, importen, distribuyan 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 6º: "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 presentan".

La Ley Paraguaya, expone el tema al considerar los derechos básicos del consumidor, en su artículo 6º, inciso d) ⁷.

La Ley de Relaciones de Consumo de Uruguay⁸, de reciente sanción, especifica en su artículo 6º: "Son derechos básicos del consumidor: ... c.- la información suficiente, clara, veraz, en idioma español y sin perjuicio de que puedan emplearse además otros idiomas..."

La Ley Chilena⁹ 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"¹⁰. Por su parte, la Ley de Defensa de los Consumidores de Nicaragua¹¹, lo prevé en su capítulo III¹². Asimismo, la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica¹³, lo establece en su artículo 29¹⁴.

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 precontractual puesto que es la que permite la

⁷ Ley Paraguaya, artículo 6º, inciso d) "la información clara sobre los diferentes productos y servicios con las correspondientes especificaciones sobre la composición, calidad, precio y riesgos que eventualmente presentan". Y en su artículo 9º, continúa: "Quiénes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrando 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 verídicas, escritas en idioma oficial, sobre sus características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reparto y los riesgos que presentan para la seguridad de los consumidores, en su caso".

⁸ Ley de Relaciones de Consumo de la República Oriental del Uruguay, Nº 17250, de 17 de agosto de 2000.

⁹ Ley Chilena de Protección del Consumidor, Nº 19496, de 7 de febrero de 1997. Última modificación: Ley Nº 19698, de 27 de diciembre de 1999.

¹⁰ Esta regla se complementa con lo dispuesto en el artículo 1º: "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".

¹¹ Ley de Defensa de los Consumidores de Nicaragua, Nº 182, de 1 de noviembre de 1994.

¹² Ley de Consumidores de Nicaragua, capítulo II, título: Derechos de los Consumidores, artículo 12º, establece: "Los consumidores tienen derecho a: ... c) Una información veraz, oportuna, clara y adecuada sobre los bienes y servicios ofrecidos en el mercado...". En el artículo 13º especifica los aspectos sobre los cuales debe venir 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 atributos asociados; b.- cantidad de productos; c.- fecha de producción y vencimiento del producto; d.- instrucciones e indicaciones para su uso; e.- advertencias, riesgos e incompatibilidades con otros productos".

¹³ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica, Nº 3472, de 20 de diciembre de 1994, artículo 29º: "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 inalienables 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 31º, al enumerar las obligaciones del comerciante y el productor, refiere: "...informar, claro, veraz y suficientemente, al consumidor, de todos los detalles que influyen directamente en su decisión de consumo...".

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 diferenciarlas¹⁴, 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, estimular¹⁵, captar su voluntad, dando a conocer masivamente un producto y resaltando sus cualidades propias, sin incurrir en ocultamientos, inducir a error, engaño o confusión¹⁶. 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.¹⁷

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"*¹⁸.

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 contrato¹⁹.

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."*²⁰

De ello surge que en la misma siempre existe un espíritu de lucro, un afán de ganancias, por lo que corresponde que aquél 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.

¹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aldo: 1995, *Publicidad y Consumidores*. Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 3, pag. 74. Editorial Rubinzal Cultroni. Santa Fe, Argentina.

¹⁵ MOSSIST ITURRASPE, Jorge: *Información al consumidor y protección de su salud*, en *Defensa del Consumidor*, en coautoría con Ricardo Lorenzetti. Pág. 79. Editorial Rubinzal Cultroni. Santa Fe, Argentina.

¹⁶ AMEAL, César J., María F. Compiani y otros: 1999, *La obligación de informar*. En *Derecho del Consumidor*, N° 10, Pág. 47. Editorial Juris. Rosario, Argentina.

¹⁷ LÓPEZ CABANA, Roberto M.: 1996, *La información en los contratos de consumo*. En *Derecho del Consumidor* N° 7, pag. 48. Editorial Juris. Rosario, Argentina.

¹⁸ DE LA CUESTA RUIFE, J. M.: 1974, *Regimen jurídico de la publicidad*. Pág. 142. Editorial Tecnos, Madrid, España.

¹⁹ 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 II, L.L., t. 1377-C, pag. 429).

²⁰ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 1992. Tomo II, p. 1687. Editorial Espasa Calpe. Madrid.

²¹ REZZONICO, Juan Carlos: 1987, *Contratos con cláusulas predatorias*, p. 73. Editorial Astrea. Buenos Aires, Argentina.

Por su parte, el Dr. Juan Carlos Rezzónico²¹ nos da el siguiente concepto de publicidad: *"todo mensaje dirigido al público con el fin de estimular la demanda de bienes o servicios"*.²²

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"*.

"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".²³ 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."*²⁴

El artículo 1º, 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 39²⁵. El Decreto Reglamentario de la Ley de Colombia²⁶, por su parte, entiende, en su artículo 1º, 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?

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

²¹ En las conclusiones de la Comisión: "Control de la publicidad y comercialización", del I Congreso Argentino de Derecho del Consumidor (Rosario, 11 al 13 de mayo de 1994), delegata, 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.

²² PNU ABAD. Manuel, La disciplina jurídica en la actividad publicitaria en la Ley de Publicidad de 1989, Ed. del Ministerio de Sanidad y Consumo de España, Madrid, 1991, p. 25. Fiorini, Giorgio, La espressione della pubblicità mercantile e veritativa dopo, in Rivista Quadimestre, Giuris, Milano, 1988, n. 71. Citado por Keesenmayer de Carlucci, Aldo, 1990, "Publicidad y Consumidores", Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 5, pag. 66. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina.

²³ ALTERINI, Aldo Anibal, 1994, Control de la publicidad y comercialización, en: Derecho del Consumidor, Nº 5, pag. 20. Editorial Juris, Rosario, Argentina.

²⁴ 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 estos fabricados o prestados por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de carácter público o privado".

²⁵ Decreto Nº 3485, de 2 de diciembre de 1992, reglamentario de la Ley de Defensa del Consumidor de la República de Colombia, Nº 73 de 1991.

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., aún 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 irreducible a la necesidad puesto que en su origen no es relación con un objeto real sino con el fantasma..."*³⁷ 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"*.³⁸ *"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"*³⁹. Estas pautas son 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 sobreestimarnos, 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".⁴⁰

En tal sentido, opina el Dr. Atílio Anibal Alterini⁴¹: *"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*

³⁷ LACAN, Jacques. *Las formaciones del inconsciente*, citado por Germán Reenberg, en *Derecho del Consumidor* Nº 10, pág. 92. 1999. Editorial Juris Rosario. Argentina.

³⁸ WLENSKY, Alberto. *Marketing Estratégico*, citado por Germán Reenberg, en *Derecho del Consumidor* Nº 10, pág. 93.

³⁹ RESEMBERG, Germán. *Marketing a la medida*, en *Derecho del Consumidor* Nº 10, pág. 93. Editorial Juris Rosario. Argentina.

⁴⁰ RESEMBERG, Germán. *Cobra citada*, pág. 98.

⁴¹ ALTERINI, Atílio Anibal. 1996. *El Consumidor en la Sociedad Postmoderna*. Libro de Ponencias del Congreso Internacional sobre "La Persona y el Derecho en el Siglo XXI". p. 424. Editores: Rubén Calzavara. Santa Fe. Argentina.

los comportamientos de compra, como la manipulación de novedades y de modas, "con sus incesantes 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 prematuramente su ciclo de vida útil por el mecanismo de lograr convertirlos en desechos psicológicos, no obstante que todavía conservan sus principales cualidades propias³².

"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, restringe la espontaneidad de su elección, relativiza su poder de decisión y disminuye su libertad de contratar"³³.

"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. Solo en esta línea han de quedar a salvo dos de los derechos básicos del consumidor: el de ser informado y el de elegir libremente"³⁴.

"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"³⁵.

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. Aida 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"³⁶, mencionaba 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 Valéry, 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"³⁷.

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

³² KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. 1996. "Publicidad y Consumidores". *Otra mirada*, pág. 67.

³³ ZENTNER, Diego R. 1996. La publicidad: la claridad y la ejecución del contrato, en: *Derecho del Consumidor*, N° II, pág. 25. Editorial Jurs, Rosario, Argentina.

³⁴ Los Derechos del Consumidor y sus mecanismos de Protección, en el Acuerdo del Pleno del Consejo Económico y Social de España, publicado como informe 1/1989. Los Derechos del Consumidor y la Transparencia del Mercado, pág. 105. Colección Informes. Editado por el Consejo Económico y Social, Madrid, España.

³⁵ El Congreso Internacional sobre "La Persona y el Derecho en el Fin del Siglo" se llevó a cabo en la ciudad de Santa Fe, Argentina, en septiembre de 1998.

³⁶ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. 1998. La Publicidad y los Consumidores en el Fin del Siglo. Libro de Ponencias del Congreso Internacional "La Persona y el Derecho en el Fin del Siglo", p. 476. Editorial Nacional Cuzco, Santa Fe, Argentina.

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.³⁷ 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 con anterioridad a la Ley de Defensa del Consumidor (argentina), diversas teorías intentaban expedirse sorteando los obstáculos de los artículos 1.148 del Código Civil y 454º 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, aun 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".*³⁸

En dicho sentido, el artículo 8º de la Ley de Defensa del Consumidor argentina, establece: *"Efectos de la Publicidad: Las precisiones 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 aquellos.³⁹ Coincidentemente, el artículo 8º de la Ley del Consumidor española de 1984 establece que el contenido de los anuncios integra la 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 N° 24240.⁴⁰

³⁷ Barrera Gial ha expresado que "así como ayer se protegió con las normas del Derecho laboral a los trabajadores contra las exacciones de los patronos, 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 Alarín, *Alfaro Anibal*, 1984. Control de la Publicidad y Comercialización, en: *Derecho del Consumidor* N° 5, pág. 22. Editorial Juris, Rosario, Argentina).

³⁸ ZEHNER, Diego H. 1996. La publicidad: la oferta y la ejecución del contrato. Obra citada, pág. 26. Editorial Juris, Rosario, Argentina.

³⁹ "En los casos en que prevalece la afirmación de alguna cualidad determinada del producto —por lo general, a través de la publicidad—, se da lugar que no sólo rige la aplicación del art. 1208 del Código Civil y art. 456 del Código de Comercio, sino que dicha afirmación concierne al contenido obligatorio y resulta al exterior en la medida en que sea inexacta, como ahora surge en forma expresa del art. 8º de la ley 24240" (López Cabana, Roberto Manuel, 1994. Responsabilidad por daños en la ley 24240, de Defensa del Consumidor, en: *Derecho del Consumidor*, N° 5, pág. 18. Editorial Juris, Rosario, Argentina).

⁴⁰ Así el Segundo Congreso Internacional de Derecho de Daños, realizado en Buenos Aires, del 10 al 22 de junio de 1991, en su resolución 4. *Íntegro jurídico 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 a la publicidad efectuada. Las manifestaciones suficientemente precisas, realizadas por el empresario

"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".⁴¹

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 quién 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^º, 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 la hizo transmitir o la utilizó, e integra el contrato que resulte ser celebrado"*.⁴²

El artículo 37^º 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."*⁴³

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 daños en materia de publicidad abusiva (artículo 37^º, Código de Defensa del Consumidor).⁴⁴

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.

⁴¹ Los Derechos del Consumidor y sus mecanismos de Protección, en el Acuerdo del Pleno del Consejo Económico Social de España, publicado como informe 1/1993, ya citado, pág. 104.

⁴² También, en el Capítulo IV, De calidad de Productos y Servicios, de provisión y de operación de los datos, en la Sección III: De la Publicidad, en su artículo 30, expresa: La publicidad debe ser tomada de tal forma que el consumidor, al ser inmediatamente, la identifique como tal. El proveedor, en la publicidad de sus productos o servicios, consentirá en su poder, para información de los legítimos interesados, los datos facticos, técnicos y científicos que den soporte al mensaje.

⁴³ 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, explícitos o implícitos, de la Constitución. En ese ámbito, debe ser considerada en especial la situación del designado como consumidor por la ley.

⁴⁴ 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.

También se ha expedido la Jurisprudencia argentina, al resolver: "El fin que se persigue con la ley 22.802 (Adla, XLIV/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 aquellos a una información adecuada y veraz con relación al consumo, así como también preservar el derecho de los consumidores".⁴⁵

El Proyecto de Reglamento del MERCOSUR para la Defensa del Consumidor, establece en su artículo 33º "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, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización y cualesquiera otros datos esenciales sobre productos y servicios que sean necesarios para definir la relación de consumo"⁴⁶

Tanto la Ley Paraguaya⁴⁷ como la Ley Chilena⁴⁸ poseen previsiones específicas respecto de la publicidad engañosa, al trivir de los Derechos Básicos del Consumidor.

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor del Perú, en su artículo 4º 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..."⁴⁹ La Ley Colombiana también contiene disposiciones similares.⁵⁰

La Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 1º, 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".⁵¹ En igual sentido

⁴⁵ Cámara Nacional Penal Económico, sala B, julio 3 de 1997/ Premark de Argentina S.R.L., La Ley, 1997/F, pág. 405. Doctrina Judicial 1998/I, pág. 503.

⁴⁶ Proyecto de Reglamento del MERCOSUR para la Defensa del Consumidor - Comisión de Comercio MERCOSUR Comité Técnico número 7, 7/997.

⁴⁷ Artículo 6 de la Ley Paraguaya: "Constituyen derechos básicos del consumidor ... a.- 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".

⁴⁸ Artículo 29 de la Ley Chilena: "Constituye infracción a las disposiciones de esta ley el que, a sabiendas o debiendo saberlo y a través de cualquier tipo de mensaje publicitario induzca a error o engaño respecto de: a.- los componentes del producto y el porcentaje no que concuerdan; b.- la idoneidad del bien o servicio para los fines que se pretende satisfacer y que haya sido atribuido en forma explícita por el anunciante; c.- las características relevantes del bien o servicio destacadas por el anunciante o que debían 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 reusable".

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

⁵⁰ La Ley Colombiana, en su artículo 14 establece: "Toda información que se dé al consumidor acerca de los componentes y propiedades de los bienes y servicios que se ofrecen al público deberá ser veraz y suficiente. Están prohibidos, por lo tanto, ... y la propaganda comercial que no corresponda a la realidad, así como así que induzcan o puedan inducir a error respecto de la naturaleza, el origen, el modo de fabricación, los componentes, las veces, el volumen, peso o medida, los precios, la forma de empaque, 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 igualmente obligatorios, o cuyos 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 Acta o a las condiciones de calidad e idoneidad derivadas de la norma técnica oficializada, según el caso".

⁵¹ Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, sancionada el 24 de diciembre de 1992, en su capítulo II título de la Información y Publicidad, en su artículo 32, establece: "La información o publicidad relativa a bienes o

se expide el Decreto Reglamentario de la Ley de Costa Rica,⁵² y también la Ley Uruguaya⁵³.

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 N° 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 verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión..."

El Proyecto de Nuevo Código Civil, en la República Argentina, en su artículo 920⁵⁴, 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".⁵⁵

También el Código del Consumidor brasileño refiere a ello, en su artículo 4º, en que señala la Política Nacional de las Relaciones de 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 (artículo 170º 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 Ferreyra⁵⁶ manifiesta: "Entre sus funciones, la buena fe, cumple un papel integrador con fuerza jurídica, 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 verosíblemente 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

servicios que se difundan por cualquier medio o forma, deberán ser veraces, comprobables y dignos de fe, dadas las razones, sus fines, sus fines y otras circunstancias que induzcan o puedan inducir a error o confusión, por su naturaleza".

⁵² La Ley de Costa Rica, en su artículo 29 lo establece como derecho fundamental e inalienable del consumidor, en su inciso II. 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 correspondiera, cantidad o finalidad, de modo que no induzca a error o engaño al consumidor, no puedan omitirse tales informaciones, si de ello puede derivarse daño o peligro para la salud o la seguridad del consumidor. Deben presentarse las calidades 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, contenido y divulgar la información veraz y correcta, por el mismo medio y forma antes empleados".

⁵³ Ley de Relaciones de Consumo Uruguaya, artículo 6, inciso d.

⁵⁴ En el año 1999 se le presentó 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 68596, son los prestigiosos Justos Héctor Negro, Aldo Anibal Alberini, Jorge Horacio Alberini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Bivarey y Héctor Rodman.

⁵⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., 1991. "Publicidad, buena fe y protección al consumidor. En Derecho del Consumidor 1. 1. p. 128. Editorial Juris. Santa Fe, Argentina.

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"⁹⁵. Ésta existe "principalmente para crear demanda 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"⁹⁶.

Resulta paradigmático como caso de publicidad engañosa el de los "remedios mágicos", promovidos a través de las ventas televisivas; más precisamente aquél 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.⁹⁷ 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 que el productor podría decir que en ningún momento prometió que la reducción sería duradera; pero ello no lo eximirá de su responsabilidad por 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.

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 plantee un caso derivado de publicidad que ha llevado a engaño, promoviendo calidades o cualidades que posteriormente no se cumplieron. Ello no exime al destinatario de la misma de poner atención y prudencia al aceptarla, 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

⁹⁵ VANZETTI, Adriano. La repressione della pubblicità "maneggiata", en *Rivista di Diritto Civile*, anno X, Cedam, Padova, 1964, I (58). FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 225, Nº 148; conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aldo R., Primeras reflexiones sobre el contrato de patrocinio publicitario o esponsorización, en *Delito de Daños*, 2ª parte, libro homenaje al Dr. Félix A. Trigo Represas, La Rocca, Buenos Aires, 1993, p. 852. BARD Y BAULBE, María José, Publicidad engañosa: sistema de responsabilidad, en *Rev. Directiva*, PPLJ, Barcelona, 1990, Nº 4, p. 25. Citada por Kemelmajer de Carlucci, Aldo. 1996 "Publicidad y Consumidores". Obra citada, pág. 67. Editorial Rubinzal Cuccini, Santa Fe, Argentina.

⁹⁶ REISEMBERG, Carmen. 2000. Marketing y publicidad: una reflexión ética, en *Derecho del Consumidor*, Tomo 11, pág. 52. Editorial Jurs Rosario, Argentina.

⁹⁷ Tribunal de São Paulo, Residência, Chico, Argentina, del día cobrado 6 de mayo, pag. 11.

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 concurrió 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, asimismo, 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 dolo malo, 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 ofertados"*. 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, indemnizara al mismo con el pago de una suma correspondiente al precio de la mercadería, debidamente actualizado⁸⁰.

*"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."*⁸¹

En este sentido, las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor del Perú, en su artículo 2º 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 2º 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"*.⁸²

⁸⁰ AC 142.596-10, 4ª Cámara Civil, Releitoría Des. Alvaro Braga, J. - 17-19-1991, publicado en O Código de Defesa de Consumidor e sua interpretação Jurisprudencial. Página 247. 1997. Editorial Saraiva. San Pablo. Brasil.

⁸¹ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. 1997. O Código de Defesa de Consumidor e sua interpretação Jurisprudencial. Página 250. Editorial Saraiva. San Pablo. Brasil.

⁸² "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 los atribuya, al sentido común y usual de las palabras, frases y imágenes, y lo que datos supliran o afirmen sin tener que recurrir a interpretaciones atenuantes, complejas o forzadas pretendiendo de usar interpretaciones posibles, aquella que surge en la naturaleza a través del consumidor."

Solari Brumana ha dicho, con razón, que "el uso o práctica toleran cierta inocente exageración, como, por ejemplo, afirmar que un 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 (L.L., t.- 1981-B, pág. 550, 35.841-S) ratifica la exigencia de veracidad.⁶²

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 acarreará. 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.⁶³

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor de la República del Perú, en su artículo 13º 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."⁶⁴*

La publicidad tiene carácter pre contractual, atento que se trata de *"extremos informativos orientados a la prestación del consentimiento"*⁶⁵; sin embargo, para el caso de incumplimiento de prestaciones, calidades o cualidades ofrecidas en la misma, al considerársela 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 el mismo, aún cuando no haya sido reproducido.

**Las condiciones generales previstas por los catálogos, tarifas, circulares y*

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 Nº 052-95-TRI-SOC, expediente Nº 187-95-CCO, publicado el 9 de octubre de 1995, Perú). Cfr. también la página web indecopi.gob.pe (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Perú), s/f. Principales casos resueltos.

⁶² Citado por Altieri, Alito Arbul, 1994. Control de la publicidad y comercialización, en: *Derecho del Consumidor*, N°5, pág. 28. Editorial Juris, Rosario, Argentina.

⁶³ Conclusión de la Comisión 2 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.

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

⁶⁵ CRIVALLEJO, Antonio. "Derecho a la información", en Benavente, Rodrigo y Solís-Jacir (coordinadores), 1992 "Comentarios a la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios", Editorial Civitas, Madrid, pág. 403, citado por López Cubana, Roberto Manuel (1994). La información en los contratos de consumo, en *Temas de Derecho*, Año XI, números 1 y 2, pág. 140. Edición Especial de la Facultad de Derecho, Departamento de Investigación Jurídica, Universidad Gabriela Mistral, Santiago Chile.

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, L.L. 130-616), y computó la propaganda previa desde la perspectiva de generación de confianza (Cámara Nacional Comercial, Sala B, L.L., 1977-C-439⁶⁶...).⁶⁷ 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 1.258 del Código Civil que obliga a los contratantes a todas aquellas consecuencias que se deriven de la buena fe (STS 27-1-1977), bien considerando la publicidad como un elemento a tener en cuenta en la interpretación del contrato ex artículos 1.281 – 1.282 del Código Civil (STS 9-2-1981; STS 20-3-1.982)⁶⁸.

Las precisiones publicitarias integran el contenido contractual (artículo 8º Ley de Defensa del Consumidor Argentina), aún en los casos en que la publicidad en sí misma no constituya jurídicamente oferta (por ejemplo, por falta de completitud), en los términos del artículo 7º de la mencionada Ley. Coinciden con dicha postura la Ley de Promoción de la Competencia y Defensa del Consumidor de Costa Rica⁶⁹, la Ley de Relaciones de Consumo de la República Oriental del Uruguay⁷⁰. En consecuencia, el incumplimiento de las precisiones publicitarias genera responsabilidad civil contractual.⁷¹

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, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido".⁷²

Para Rodrigo 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

⁶⁶ Es dicho fallo se trató de 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 el sindicato, que había situado el plan de construcción del grupo de viviendas, y había participado en el proceso de formación de la voluntad de quienes quisieron a obtener unidades en los edificios cuya construcción se les prometió, era responsable o no lo era. La respuesta fue afirmativa, en virtud de la confianza generada por ese sindicato.

⁶⁷ ALTERINI, Atilio Ariel. 1998. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Pág. 306. Editorial Astelero Perrot. Buenos Aires: Argentina.

⁶⁸ BOTANA GARCÍA, Germán y Miguel Ruiz Muñoz. 1999. Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores. Pág. 140. Editorial Mc Graw Hill. Madrid, España.

⁶⁹ La Ley de Costa Rica, en su artículo 31 establece: "Toda información, publicidad u oferta al público de bienes ofrecidos a 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".

⁷⁰ La Ley de Relaciones de Consumo Uruguayo, en su artículo 14 reza: "Toda información, así la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al cliente que ordena su difusión y a todo aquel que la utiliza, en íntegro el contrato que se celebra con el consumidor".

⁷¹ Conclusión de la Comisión 1 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños.

⁷² Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios del Reino de España, Ley 26/1994, de 19 de julio.

por los consumidores) del producto o servicio⁷³, que precisamente serían las indicadas por el artículo 13º 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".⁷⁴

"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. Igualmente 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 inessential 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".⁷⁵

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 publicitarios⁷⁶.

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.⁷⁷

"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 2º (402-B, respecto de las afirmaciones inexactas hechas al público por el vendedor, "por la justificable confianza" que haya

⁷³ MIRROVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, 1997, La defensa contractual del consumidor o usuario de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en Estudios jurídicos sobre la protección de consumidores, pág. 181, Editorial Tecnos, Madrid, España.

⁷⁴ CARRASCO PERERA, A., 1989, Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XV, Vol. 1, pág. 414, Editorial Edersa, Madrid, España.

⁷⁵ "... es evidente que o la acción-pretante 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 acción 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 adquiría un derecho real, o atribución del dominio de la propiedad de un apartamento o varios participes en pro indiviso y a su vez la condición de socios de un club que les permitiera intercambiar el apartamento con sus ubicados en otros edificios y a su vez la condición de socios de un club que les permitiera intercambiar el apartamento con sus ubicados en otros edificios, cuando en realidad estaban comprando una participación de Club con programa de intercambios R.C.I., y se tenía 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 contenido de la convocatoria antecede del uso indistinto de los anteriores términos en los folletos publicitarios e informativos, la unidad del acto y la existente presión pudo realmente distorsionar la realidad de lo contratado e inducir a la acción 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 aquella (la acción) 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 contraviene la doctrina de que nadie puede ir contra sus propios actos" (AP Las Palmas, S 10-97-1999 (1999/27708)).

⁷⁶ Resulta oportuno citar a colación un caso resuelto en la Argentina, referente a la responsabilidad derivada de la publicidad. El 9 de noviembre de 1991, a la Empresa Ovea Club se le aplicó 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 Ovea incluyó en el boletín mensual que envía a los usuarios de su tarjeta. La oferta que allí se promocionaba incluía servicios que no fueron prestados, a pesar de haberse pagado el precio y, entonces, los usuarios demandaron a Ovea Club, por haber sido quien realizó la publicidad de dichos servicios.

creado, aunque obre sin culpa o el consumidor no tenga relación contractual con él); artículo 8º, inciso 1), de la Ley española de 1984; artículo 30º del Código de Defensa del Consumidor brasileño; artículo 20º del Decreto Legislativo peruano de 1991; artículo 12º de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores chilena de 1997.¹⁷

Resultan interesantes las conclusiones a que arriban los Dres. Augusto M. Morello, Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz¹⁸, al expresar: "En la contratación para el consumo, adquiere especial trascendencia el deber "agregado" de información que pesa sobre el empresario, sobre todo aspecto relevante del producto o servicio ofrecido, que faciliten al consumidor una correcta valoración sobre la utilidad del contrato. Ello apareja 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 contraria el deber de brindar adecuada información (vulnerando consiguientemente la prohibición de los artículos 5º y 9º de la Ley 22802 de lealtad comercial y la regla de la buena fe emergente del artículo 1198º Código Civil argentinos) 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"¹⁹. (El paréntesis nos pertenece).

Además de revestir el carácter de contractual, la responsabilidad derivada de la publicidad tiene un factor de atribución objetivo, desligado 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

Al reclamo, la Comisión de tarjetas de crédito esgrimió en su defensa que "no se hacía responsable por los servicios de terceros que sus servicios ofrecen". 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 ofertas que no cumplen las prestaciones pactadas o de contratos que restringen derechos, considerando que Citens incurrió en la primera de las culpables. En este sentido, debe destacarse que la doctrina ha puesto de resalto que la publicidad debe basarse 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 causan a los consumidores o usuarios. Esta resolución ha sido confirmada judicialmente, resultando alentar un antecedente de tal naturaleza, en defensa de los derechos del consumidor.

¹⁷ ALTERINI, Arlo Aribal. 1999. Contratos civiles, comerciales, de consumo. Obra citada, pág. 307.

¹⁸ MORELLO, Augusto M., RUBÉN S. STIGLITZ y GABRIEL A. STIGLITZ. 1991. Información al consumidor y contenido del contrato. En Derecho del Consumidor. I. 1, p. 37. Editorial Juris. Santa Fe, Argentina.

¹⁹ DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. 1985. Derecho de Consumo. Pág. 365. Editorial Civitas. Madrid, España.

débil, que al verse sorprendido por la publicidad falaz ha visto menoscabada su voluntad jurídica.⁸⁰ 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 solicitada la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.⁸¹

*"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 comercial –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".*⁸²

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.⁸³ La posibilidad de declaración de nulidad del contrato derivada de 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 37º de la Ley argentina.⁸⁴

La Ley Federal de Protección al Consumidor de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 42º, reza: *"El proveedor está obligado a entregar el bien o suministrar el servicio de acuerdo con los términos y condiciones ofrecidos o implícitos en la publicidad o información desplegados, 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 doctores 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"*.⁸⁵

"El artículo 8º 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

⁸⁰ Así lo han enmendado las Primeras Jornadas de Derecho Civil de Mar del Plata, realizada en 1994, en homenaje al Dr. Augusto Mario Morello, el interpretador de la ley. En la prohibida la publicidad engañosa, es decir la que se sale de necesidades o sentimientos, para inducir a error, engaño o confusión, manipulando la voluntad jurídica del consumidor.

⁸¹ La Comisión 1 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños ha concluido: La falta representación inducido por la publicidad engañosa es causal de nulidad del contrato por vicio de la voluntad del consumidor (error, dolo).

⁸² ZENTNER, Diego H. 1995. Obra citada, pág. 28.

⁸³ Conclusión de la Comisión 4: Tercera Jornada del Consumidor, del II Congreso Internacional de Derecho de Daños.

⁸⁴ Artículo 37º ley 24.240: "En caso en que el elemento viola el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgrede 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 a de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario".

⁸⁵ STIGLITZ, Gabriel A. y STIGLITZ, Rubén S. 1994. *Derecho y defensa de los consumidores*, pág. 138. Editorial La Rocca. Buenos Aires, Argentina.

*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 8º de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios desmintiendo en el contrato lo anunciado en la publicidad*⁸⁵.

Los doctores Daniel Pizarro y Carlos Vallespinos⁸⁷ 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.⁸⁸

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"⁸⁹. 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 afines al consumo; en este fin de siglo dominado por la novedad, la diversidad y la transitoriedad, al decir de Alvin Toffler, en 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"⁹⁰.

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 aún en las universitarias⁹¹. Esta acción corresponde al Estado, derivada

⁸⁵ BOTAÑA GARCÍA, Germán y Miguel TRUJILLO MUÑOZ. Obra citada. Pág. 142.

⁸⁶ PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS. 1991. Publicidad inductiva y engañosa. En *Derecho del Consumidor*, t. 1, p. 46. Editorial Jurs. Santa Fe, Argentina.

⁸⁷ El 3º Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, de lege ferenda, concluyó: Se recomienda perfeccionar los sistemas tendientes a la educación del consumidor, a fin de instrumentar para que esté en condiciones de afrontar sin desventajas las situaciones cotidianas de los actos de consumo.

⁸⁸ REISBERG, Germán. 1992. Marketing a la inversa. Obra citada. Pág. 92.

⁸⁹ REISBERG, Germán. 2000. Marketing y publicidad: una reflexión ética. Obra citada. Pág. 53.

⁹⁰ Con referencia a ello se ha expedido al Comisión 3 de las II Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, llevadas a cabo en la ciudad de Buenos Aires, Argentina, en el año 1994, al despatchar por unanimidad. Se deben extender los recursos 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.

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 éste último. Esto conducirá a una justa composición de una relación negocial signada por la masividad tanto del tráfico comercial cuanto 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 objetivo³² 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 ésta 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 y a quien le corresponde aplicar 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 debemos comprometer nuestro esfuerzo como operadores

³² "En la responsabilidad contractual, se entiende que promedia una obligación de resultado. Consecuentemente, existe una presunción de culpa del daño, sólo destruyéndose mediante la prueba de la fuerza del nexo causal por una circunstancia idónea al efecto, documentándose los alcances de la *Acción Mixta Abonatoria*" (Carr. LÓPEZ CABANA, Roberto Manuel. 1994. *Obra citada*, pág. 39).

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 posesión)".*