

XVIII CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO DEL CONSUMIDOR - II ENCUENTRO NACIONAL DE PROFESORES DE DERECHO DE CONSUMIDOR

Comisión N° 3: Perspectiva constitucional de la información y la publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de Tutela

Autor: María Paula Arias¹

Conclusiones:

1. La constitucionalización del derecho del consumidor produce efectos directos, derogatorios, invalidatorios e interpretativos en relación al resto del ordenamiento jurídico e impacta en las decisiones judiciales que se impartan en los conflictos que se susciten en el marco de una relación de consumo.

2. La operatividad de los derechos fundamentales, el control de constitucionalidad y la interpretación de la normativa vigente en clave constitucional constituyen mecanismos de tutela eficientes que garantizan la realización de los derechos de los consumidores y usuarios consagrados en la Carta Magna.

3. Desde el punto de vista del autor del mensaje publicitario la publicidad comercial constituye una manifestación del derecho de raigambre constitucional de libertad de expresión. Sin embargo, al contener el mensaje que se transmite una finalidad comercial, constituye una subcategoría de la expresión, con una protección más tenue.

4. Desde el punto de vista del destinatario del mensaje publicitario –ya sea consumidor, usuario o expuesto-, la publicidad puede constituir una manifestación del derecho fundamental a ser informado de un modo adecuado y veraz (art. 42 CN) y, en esos casos, la protección constitucional del derecho a la información del consumidor proyecta sus efectos hacia el fenómeno publicitario. Por ello, cuando la publicidad contenga información la misma debe ser verídica y no conducir a engaño o confusión.

¹ Profesora Adjunta de Derecho Civil III y de Derecho de los Consumidores y Usuarios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario

5. Dado que se entiende que la publicidad constituye una manifestación de la libertad de expresión (arts. 14 y 32 CN) ante un supuesto de conflicto con el derecho a ser informado de un modo adecuado y veraz (art. 42 CN), el mismo se planteará en el nivel de los derechos fundamentales: libertad de contratar -vinculado a la información- vs. libertad de expresión -vinculado a la publicidad-. Ambos fundamentos constitucionales deben complementarse al momento de efectuar la debida ponderación, debiendo darse prevalencia a las normas de tutela de los consumidores y usuarios.

6. Constituyen mecanismos de tutela frente a la publicidad ilícita: a) la integración publicitaria en el contrato (art. 1103 CCyC y 8 LDC) que permite demandar el cumplimiento in natura (art. 10 bis inc. a) LDC) o, en su caso, resolver el contrato por incumplimiento (art. 10 bis inc. c) LDC); b) la imposición de daños punitivos como mecanismo disuasorio; c) la rectificación publicitaria por medios análogos a los que fue difundida como supuesto de reparación en especie (art. 1102 CCyC) y; d) la acción de cesación que constituye una herramienta preventiva y que como tal solo requiere la existencia de antijuridicidad no requiriendo que haya daño ni la concurrencia de ningún factor de atribución (arts. 1102 y 1711 del CCyC).

7. El art. 16 de la Constitución Nacional que establece la igualdad ante la ley debe ser interpretado a la luz del paradigma que preceptúa la “igualdad real de oportunidades” (art. 75 inc. 23 CN) que permite igualar entre desiguales.

8. La consagración constitucional de una tutela especial a los sujetos hipervulnerables tiene despliegues concretos en la información y en la publicidad dirigida a consumidores. Así, la obligación de informar se ve acentuada en miras al sujeto acreedor del derecho a tener una información adecuada y veraz si reviste el carácter de hipervulnerable. Por su parte, el art. 1101 que prohíbe diversos tipos de publicidades ilícitas debe ser interpretado en clave constitucional (art. 42 y 75 inc. 23 CN) cuando la publicidad está dirigida a sujetos especialmente vulnerables aplicándose en forma insoslayable las sanciones pecuniarias disuasivas y tornándose procedente la acción de cesación prevista en el art. 1102.

1. La Constitucionalización del derecho del consumidor

Con la reforma constitucional de 1994 se incorporan a la Carta Magna de manera expresa los denominados derechos de tercera generación entre los cuales se encuentran los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios. Así, el

artículo 42 reconoce y garantiza el derecho, en la relación de consumo, a la protección de la salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno.

Luego, el segundo apartado de la norma establece un mandato a las autoridades de todos los poderes del Estado -sean nacionales o provinciales-, quienes deberán proveer a la protección de los derechos enumerados en la primera parte de la norma, como así también, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios.

Por último, la tercera parte de la norma dispone un mandato a los legisladores quienes deberán establecer procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

El art. 42 se ocupó y preocupó porque su preceptiva fuese operativa y no se quedase en una operatividad débil o en la programaticidad. De ello da cuenta este último párrafo². Resulta relevante el reconocimiento que la Corte Nacional ha realizado del mandato constitucional contenido en el art. 42 de la CN, en cuanto la operatividad de los derechos de los consumidores puede y debe ser dada por los magistrados, ya que de nada valdría la incorporación constitucional de los nuevos derechos y garantías si hubiera que esperar a la ley o quedar supeditado a ella³.

Asimismo, el art. 42 emplazado en la primera parte de la Constitución Nacional resulta complementado por los tratados internacionales que adquirieron jerarquía constitucional en virtud del art. 75 inc. 22.

En consecuencia, tomando como punto de partida algunos de los derechos concretos enunciados por el art. 42 de la CN se puede enumerar, a modo de ejemplo, las normas de los tratados de derechos humanos que los complementan. En cuanto al “trato equitativo y digno” el art. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en relación a la “protección de la salud” el art. 3 de la Declaración Universal

² CARNOTA, Walter F., *Los despliegues del art. 42 de la Constitución Nacional*, Revista Derecho Público. Año III, N° 9, enero 2015, Ediciones Infojus, p. 137, <http://www.saij.gob.ar/walter-carnota-despliegue-art-42-constitucion-nacional-dacf150095-2015-01/123456789-0abc-defg5900-51fcanirtcod>

³ JUNYENT BAS, Francisco, *La relevancia de la tutela del consumidor*, 19/02/2016, <https://comercioyjusticia.info/blog/leyes-y-comentarios/la-relevancia-de-la-tutela-del-consumidor/>.

de los Derechos Humanos, los arts. 1 y 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica y el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; con respecto a “la educación para el consumo” el art. 26 de la Declaración Universal de Los Derechos Humanos, el art. 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en relación a “la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios” el art. 22 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el art. 16 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en cuanto a la “tutela Judicial Efectiva” el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 23 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por su parte, la Convención sobre los derechos del niño recepta el derecho de información en su art. 13; el derecho a la salud en los arts. 24 y 25 y el derecho de educación en el art. 29. En otro orden, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer receptiona el derecho a la educación y a la información en sus arts. 10 y 14 inc. h y la protección a la Salud en los arts. 11 y 12.

Estas normas constitucionales tienen una eficacia directa, derogatoria, invalidatoria e interpretativa, informadora o directiva⁴.

La eficacia directa implica que el sujeto que demanda la tutela jurisdiccional de una garantía o derecho constitucionalmente establecido, puede hacerlo invocando derechamente la norma constitucional si no hubiere norma legal que desarrolle la garantía o derecho de que se trate. En otras palabras, la norma constitucional es operativa y si existe una ley que desarrolle la garantía constitucional, ésta no debe invocarse en abstracto sino con relación a esa ley; pero si no hay ley, ello no impide invocar el principio constitucional directamente⁵. Verbigracia, si bien “las condiciones de trato equitativo y digno” han sido desarrolladas en algunos aspectos en el art. 8 bis de la ley 24.240 modificada por la ley 26.361 y en los arts. 1097 y 1098 del CCyC,

⁴ ARCE Y FLOREZ-VALDES, Joaquín, *El Derecho Civil constitucional*, Madrid, 1986 cit. por RIVERA, JULIO CESAR, “El derecho privado constitucional”, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, 1994, *El Derecho Privado en la reforma Constitucional*, pág. 27.

⁵ RIVERA, JULIO CESAR, *El derecho privado constitucional*, *Revista de Derecho Privado y Comunitario* N° 7, 1994, *El Derecho Privado en la reforma Constitucional*, pág. 27.

pueden tener otras manifestaciones y dicha norma constitucional debe ser aplicada directamente en aquellas situaciones que se susciten en la realidad social en que se vulnere la mentada garantía a pesar de no encontrarse reglamentado expresamente por la legislación.

Por su parte, la eficacia derogatoria importa afirmar que la Constitución deroga la legislación anterior que se le contraponga; ello se sostiene en dos principios relativos a la vigencia de las leyes: el de la jerarquía y el cronológico. De modo que la norma de mayor jerarquía posterior en el tiempo deroga a la norma de menor jerarquía que la precedía en su vigencia⁶. Ejemplo de lo dicho lo constituye la vía prevista en el art. 39 del decreto ley 15348/46 ratificado por la ley 12.962 sobre prenda con registro –anterior a la reforma constitucional de 1994 y a la ley 24.240-, que establece la posibilidad de secuestro prendario no bilateralizado -inaudita parte- y que afecta derechos reconocidos constitucionalmente al consumidor o usuario del servicio financiero como el derecho a la información y al trato digno. En tal sentido, secuestrar al consumidor el bien prendado sin darle siquiera oportunidad de explicarle al juez que -por ejemplo- ha abonado lo que se le reclama pero por un error administrativo de su acreedor el pago no ha sido compatibilizado, constituye sin lugar a dudas un trato poco digno. Ello se agrava aún más si se tiene en cuenta que el acceso a la información relativa a los expedientes de secuestro prendario está restringido en el sistema de consultas de la página web del fuero comercial⁷. En este caso, el art. 42 de la Constitución Nacional produce un efecto derogatorio. Así, el acreedor prendario no podrá ejecutar el crédito en caso de mora de su deudor mediante el remate del bien prendado, sino que para hacerlo debe cumplir con los principios rectores de la ley de orden público que rige las relaciones de consumo, en un procedimiento que respete el derecho de defensa del consumidor, bilateralizado y sustanciado ante los jueces de su domicilio real.

En otro orden la eficacia invalidatoria significa que la ley que contradice a la Constitución debe ser declarada inconstitucional por los jueces, a pedido de parte y con efecto para ese caso bajo juzgamiento⁸. De este modo, el decreto de necesidad

⁶ RIVERA, J., *op. cit.*

⁷ <https://www.fiscales.gob.ar/fiscalias/dictaminaron-que-las-normas-de-defensa-del-consumidor-prevalecen-frente-a-las-de-un-secuestro-prendario/>

⁸ RIVERA, J., *op. cit.*

y urgencia 27/2018 en su art. 169⁹ que modifica el art. 4 de la LDC y que otorga el derecho a las empresas de imponer el medio de comunicación que ellas prefieran y no el que el consumidor necesite resulta inconstitucional por violentar flagrantemente el derecho constitucional a ser informado en forma adecuada. Dicha norma afecta especialmente a los consumidores más vulnerables sin acceso a los medios electrónicos: los adultos mayores, los consumidores de localidades más relegadas y lejanas a los centros urbanos, así como los de menos recursos.

Es el consumidor –y no el proveedor–, el que según su rango etario y dentro del mismo, conforme su capacidad intelectual y cognoscitiva, debe decidir el soporte y mecanismo a través del cual recibir la información, a fin de hacer realmente efectivo un derecho trascendental de nuestro ordenamiento jurídico. Invertir la carga de la gestión en pos del acceso a la información, imponiendo al consumidor que sea él quien deba realizar trámites a fin de encontrarse con el dato en caso de no saber utilizar la nueva tecnología, resulta palmariamente contrario a lo dispuesto por el art. 42 de la CN. Es decir, trasladarle al neófito, el deber de comunicar su voluntad de recibir un derecho esencial como lo es el de ser informado, en soporte papel, contraría el principio de tutela efectiva del consumidor¹⁰.

Por último, la cuestión de la eficacia interpretativa implica que quien interpreta la ley para aplicarla debe hacerlo de la manera que aquélla resulte conforme a la norma constitucional; en otras palabras, la norma constitucional dirige la interpretación de todos los textos comprendidos en la materia a que ella se refiere¹¹.

Una aplicación de la eficacia interpretativa de la norma constitucional se puede advertir en un caso en que un adolescente efectuó compras en un supermercado con el objeto de participar en el sorteo de un automóvil 0 Km y resultó beneficiario del premio. Sin embargo, bajo el pretexto que el ganador no había alcanzado la mayoría de edad los organizadores se negaron a entregar el premio ya que en las bases y condiciones de la promoción constaba que sólo podían participar personas mayores

⁹ “ARTÍCULO 169.- Sustitúyese el artículo 4° de la Ley N° 24.240, por el siguiente: “ARTÍCULO 4°.- Información. El proveedor está obligado a suministrar al consumidor en forma cierta, clara y detallada todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, y las condiciones de su comercialización. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada en el soporte que el proveedor determine, salvo que el consumidor opte por el soporte físico. En caso de no encontrarse determinado el soporte, este deberá ser electrónico”.

¹⁰ ALVAREZ LARRONDO, Federico M., *Las reformas en el campo del derecho del consumo*, Sup. Esp. Decreto de desburocratización y simplificación 2018 (febrero), 147; La ley Online AR/DOC/407/2018.

¹¹ RIVERA, J., *op. cit.*

y dichas bases habían sido publicadas en todos los locales del supermercado organizador y promotor del sorteo.

En el mencionado precedente¹² se decidió que como lo impone el art. 42 de la Constitución Nacional, el consumidor tiene derecho a una información adecuada y veraz: debe darse la suficiente cantidad de información como para que el sujeto tenga capacidad de discernimiento libremente intencionado hacia la finalidad perseguida en el contrato... El deber de información debe plantearse a través de un diálogo entre el sujeto activo y el sujeto pasivo, diálogo donde el sujeto pasivo debe ponderar debidamente quién es el destinatario de su mensaje, extremando los recaudos en situaciones donde pueda evidenciarse la presencia de sujetos con mayor vulnerabilidad. Tal es el supuesto de autos ya que por el supermercado de la codemandada circulan diariamente adultos mayores, personas con capacidades diferentes y menores que contratan la prestación de bienes y servicios dentro del local comercial y que en muchos casos no saben o no pueden leer. Se entendió que dicha información (la que reza en el folleto de la promoción), al no haberse acreditado que las bases y condiciones fueron debidamente informadas a los participantes, no se había proporcionado; supuesto en el cual, conforme los términos del art. 37 2da. parte de la ley 24.240 (y con sustento en el carácter de orden público de la norma -art. 65-) permiten declarar la nulidad parcial del acuerdo en relación al recaudo vinculado con la exigencia de que el participante sea mayor de edad. En definitiva, se consideró que el actor había resultado acreedor del premio prometido y, por ende, se condenó a la demandada a entregar el automóvil 0 km y a indemnizar el daño moral ocasionado por el incumplimiento contractual.

En el fallo citado al encontrarse el proveedor ante un sujeto hipervulnerable se le exigió una obligación de informar adecuada a su destinatario.

En tal sentido, el ejercicio del deber de información se confronta en un dialogo entre los sujetos que intervienen en la relación, y si bien la responsabilidad que genera es objetiva, se torna un deber subjetivo, dado que debe adecuarse a las necesidades de las partes en cada caso. De ahí la importancia de determinar si nos encontramos, o no, en presencia de un subconsumidor. El cumplimiento de este deber procura recomponer el equilibrio contractual, dado que una de las partes (al carecer de la información necesaria) se encuentra en una situación de disvalía en relación a la

¹² Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 14ta. Nom. de Rosario, "D'Arrigo, Alejandro David c/ Supermercados La Gallega SA y otros s/ ordinario (CUIJ 21-01557880-4).

contraparte. Este esquema (aplicable a cualquier situación de derecho común) se acentúa en el ámbito de las relaciones de consumo y vuelve a incrementarse si el sujeto activo del deber de información es un subconsumidor¹³. En esta línea debe interpretarse el último apartado del art. 1100 del CCyC que dispone que “La información debe ser ... proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión”.

Esta cuestión de la consagración de una tutela especial a los hipervulnerables se desarrollará in extenso en el punto 4) de este trabajo.

En definitiva, debe darse a los derechos fundamentales una posición nuclear en el sistema de derecho privado. Este movimiento del derecho privado de aproximación hacia la Constitución conocido como “constitucionalización del derecho privado” resulta relevante en tanto y en cuanto se extraigan consecuencias en el ámbito de las decisiones, que no podrían obtenerse sin la referida constitucionalización. Bajo esta perspectiva, lo que se destaca es cómo se produce la conexidad entre derechos fundamentales y derecho privado, es decir, como se transforma la técnica de resolución de casos de derecho privado a partir de nuevas tecnologías propias del derecho constitucional, como el juicio de ponderación, la regla de proporcionalidad o los procedimientos de cierre de cláusulas generales¹⁴.

2. La publicidad como manifestación del derecho a la libertad de expresión

En primer término, resulta necesario preguntarse si el derecho a realizar publicidad comercial tiene raigambre constitucional o si se trata de un derecho de jerarquía menor.

Desde el punto de vista del autor del mensaje publicitario, puede afirmarse que la publicidad comercial integra la libertad de expresión lo cual favorece la ausencia de límites so riesgo de caer en censura previa.

La propaganda y la publicidad, de cualquier clase que sean, y cualquiera sea la materia sobre la que recaigan, son formas de expresión. Se dirá que la propaganda y la publicidad comercial no expresan ideas, y seguramente es así, pero sólo si tomamos el término “ideas”, en el sentido de ideologías o creencias. Sin embargo, no

¹³ QUAGLIA, Marcelo M. *El subconsumidor y el deber de información*, en Protección jurídica de los subconsumidores, Consumidores especialmente vulnerables, Coord. Arias – Urrutia, Juris, Rosario, 2017, pág. 76 y ss

¹⁴ SOZZO, Gonzalo, *La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil de 2012*, en Revista de Derecho Privado, Reforma del Código Civil III, año II, N° 4, Infojus, pág. 79

cabe duda que hay una idea que se trasmite: es la idea que va inmersa en la apología del producto, para insinuar al público que lo compre, lo use, lo tome en cuenta de modo favorable, etc. La libertad de expresión abarca la de transmitir información de toda índole, y alberga a la publicidad comercial. Cuenta, por eso, con la protección que en el derecho argentino le deparan tanto la Constitución como los tratados internacionales sobre derechos humanos¹⁵. Así, el artículo 14 de la Constitución Nacional dispone que “todos los habitantes de la Nación gozan del derecho de publicar sus ideas en la prensa sin censura previa” y el artículo 32 establece que “el congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

Importante doctrina constitucionalista¹⁶ ha expresado su opinión favorable en el sentido de considerar a la publicidad como una manifestación del derecho de raigambre constitucional de libertad de expresión. Asimismo abonando esta tesitura, el decreto 1144/96¹⁷ reconoce en sus fundamentos que de acuerdo a los artículos 14, 32 y 42 de la Constitución Nacional, los ciudadanos gozan del derecho a publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, y tienen el derecho a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección; a cuyo fin las autoridades deben proveer lo necesario para la defensa de la competencia y al control de los monopolios naturales y legales.

No obstante, es necesario señalar que si bien coincido en afirmar que la publicidad es una faceta del derecho constitucional de libertad de expresión, al contener este mensaje una finalidad comercial, constituye una subcategoría de la expresión, con una protección más tenue¹⁸.

Este es el sentido interpretativo que ha tenido la CSJN cuando ha afirmado que “la prohibición de publicitar el tabaco contenida en la ley de la provincia de Santa Fe 12.432 no afecta la libertad de expresión de las tabacaleras, pues el discurso que la actora dice afectado no tiene una estrecha relación con el funcionamiento del sistema republicano y democrático, por lo que no hay fundamento constitucional para otorgarle una protección tan intensa como a otras manifestaciones de ideas que forman parte

¹⁵ BIDART CAMPOS, Germán J., *Publicidad comparativa, libertad de expresión y censura*, publicado en E.D. T. 159, pág. 14.

¹⁶ BIDART CAMPOS, German, *Publicidad...*, *op.cit.*, pág. 14 y EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, *¿La publicidad comercial es una forma del ejercicio de la libertad de expresión?*, en *El Derecho* Tomo 159, pág. 15.

¹⁷ El decreto 1144/96 establece el Régimen de Normalización de Emisoras de Frecuencia Modulada.

¹⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis, *Consumidores*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 153.

de la necesaria participación y deliberación en toda sociedad democrática, ni tampoco para evaluar las limitaciones que las leyes le impongan con el escrutinio particularmente estricto que suele aplicarse en la materia”¹⁹.

Además, debe tenerse presente que el derecho a la libertad de expresión – como tantos otros- no es absoluto, por lo tanto, admite ser reglamentado. Sin embargo, dicha reglamentación no puede producir consecuencias jurídicas - responsabilidad civil o penal- sino recién a posteriori de la publicación. En caso contrario, nos encontraríamos ante un supuesto de censura previa. Así, el constitucionalista Miguel Ángel Ekmekdjian sólo estima viable la censura previa cuando se cumplen los siguientes requisitos: 1) que sea ordenada por un juez en una acción de amparo o en un proceso penal, 2.1) cuando el daño sea absolutamente irreparable, o 2.2) cuando la lesión al derecho sea anterior a la divulgación de la noticia y 3) contra la publicación de noticias, nunca contra la publicación de ideas u opiniones²⁰.

3. La proyección de la constitucionalización del derecho a la información del consumidor al fenómeno publicitario: La publicidad como manifestación del derecho-deber de información

Desde la perspectiva del destinatario del mensaje publicitario, es decir el consumidor o usuario, existe el derecho de raigambre constitucional a ser informado de un modo adecuado y veraz (art. 42 CN) y, por lo tanto, le asiste el derecho a recibir publicidad cuando ésta tiene dicha finalidad. Sólo en cada caso concreto se podrá determinar si la publicidad tiene finalidad informativa, netamente persuasiva o ambas. En tal sentido, debe asumirse que la publicidad comercial es un medio idóneo para la información del consumidor.

La información está dirigida a racionalizar las opciones del consumidor o usuario y tiene por objetivo la transparencia. Es decir, permite ilustrar para decidir con conocimiento acabado acerca de la existencia o no de las cualidades y atribuciones de los servicios puestos a disposición. Hace a otros derechos fundamentales cual es la libertad de contratación y la libertad de elección.

En este sentido, se ha afirmado que el fundamento del deber de información generado en el ámbito precontractual es la libertad de contratar y contractual, ya que

¹⁹ CSJN, “Nobleza Piccardo S.A.I.C. y F. c. Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 27/10/2015, DJ30/12/2015, 2; La ley Online: AR/JUR/39861/2015.

²⁰ EKMEKDJIAN, M. A., *op. cit.*, pág. 13.

la información mejora el discernimiento para arribar a la libre decisión, libertad tutelada por nuestra Constitución Nacional de manera implícita y por el art. 42 al garantizar al consumidor la libertad de elección²¹. En cambio, la publicidad es costeadada por el productor, generalmente, como una manifestación de la libertad de empresa; dada su finalidad predominante, pone de resalto las ventajas de los bienes o servicios ofrecidos y trata de disimular sus aspectos menos favorables²².

Sin embargo, si bien la publicidad apunta a la captación o atracción de adquirentes o consumidores mostrando aspectos positivos del bien o servicio, no puede desconocerse que la misma cumple un rol informativo, llegando hasta a considerársela como "una comunicación de carácter informativo-persuasivo"²³. En efecto, la publicidad contiene y transmite información, aunque con una finalidad específica: comunicar, pero también persuadir. La vinculación entre publicidad e información es incontestable; y la publicidad (en función de su natural tendenciosidad) debe comulgar aún más con los rasgos de la información (veracidad y completitud)²⁴.

En otras palabras, resulta indudable la estrecha vinculación de la publicidad con el derecho del consumidor a ser informado ya que la información encuentra en la actividad publicitaria un canal de expresión natural. No obstante, debe reconocerse que sus funciones y finalidades son esencialmente diversas. La información, como se señaló, apunta a ilustrar, a iluminar, al discernimiento, a aportar datos objetivos, veraces y suficientes al consumidor respecto de los bienes y servicios ofrecidos. La publicidad, por su parte, orienta sus esfuerzos hacia la persuasión, la seducción y la captación del público. La finalidad de la publicidad es seducir, persuadir al consumidor de las bondades del bien ofrecido, captar al público para su marca y movilizarlo a fin de concretar el consumo. Tal objetivo no se satisface necesariamente con el suministro de información. Por ello, se entiende que la información que necesariamente deberá suministrar el proveedor tendrá otro momento, en que la decisión del acto de consumo sea difícilmente removible²⁵.

²¹ SOZZO, Gonzalo, *Publicidad y período precontractual*, en el comentario al fallo Cám. Nac. Com., Sala C, 01/01/1998, "Superintendencia de Administradoras de Fondos de Jubilaciones y Pensiones c. Máxima AFJP" (ED, 15-3-1999), en Revista de Derecho Privado y Comunitaria n° 20 "Seguros II", pág. 299.

²² APARICIO, Juan Manuel, *Contratos 1. Parte General*, Ed. Hammurabi, 1997, págs. 290 y ss.

²³ SANTAELLA, M., *Introducción al derecho de la publicidad*, Civitas, Madrid, 1982, p. 151.

²⁴ C. Fed. Rosario, sala A, 09/09/1999, "Bordachar, Hugo L. c. Galavisión S.A.", JA, 2000-III-384.

²⁵ JAPAZE, Belén, *La publicidad comercial y las prácticas comerciales*, en Manual de Derecho del Consumidor, Rusconi, Dante D. (coord.), Abeledo Perrot, Bs. As., 2009, pág. 258.

En este sentido, nuestros tribunales han señalado que la publicidad incompleta, tendenciosa o engañosa vulnera el derecho del potencial consumidor o usuario a ser debidamente informado en los términos del art. 42 de la Constitución. Dichas prácticas afectan el consentimiento que puede prestar ese consumidor o usuario, parte débil de la relación de consumo²⁶.

En definitiva, dado que se entiende que la publicidad constituye una manifestación de la libertad de expresión (arts. 14 y 32 CN) –como se señaló ut supra– ante un supuesto de conflicto con el derecho a ser informado de un modo adecuado y veraz (art. 42 CN), el mismo se planteará en el nivel de los derechos fundamentales: libertad de contratar -vinculado a la información- vs. libertad de expresión -vinculado a la publicidad-.

Como se ha afirmado acertadamente, ambos fundamentos constitucionales deben complementarse al momento de efectuar la debida ponderación, debiendo darse prevalencia a las normas de tutela de los consumidores y usuarios²⁷.

Por todo lo expuesto, el ordenamiento jurídico proporciona mecanismos de tutela del consumidor que garantizan que el derecho a ser informado y a elegir libremente no resulten vulnerados a través de publicidades ilícitas. En consecuencia, si en la publicidad comercial se efectúan precisiones o se transmite información de cualquier tipo, esta debe ser necesariamente verdadera y adecuada, integrará el contrato que se celebró y obligará al oferente (art. 8 LDC y art. 1103 CCyC).

Como se sabe todo derecho tiene como contrapartida un deber que en este caso pesa sobre el proveedor de bienes o servicios. En consecuencia, puede decirse que la publicidad comercial debe contribuir a realizar este derecho-deber de información de raigambre constitucional.

De esta manera, un supuesto concreto en que se proyecta el derecho de información en el fenómeno publicitario lo constituye la denominada publicidad comparativa. Así, en algunas oportunidades se la ha incentivado en virtud de que si la comparación es verdadera puede ilustrar al consumidor. En este sentido, se ha sostenido que la publicidad comparativa es lícita si reúne las siguientes condiciones:

a) Que la publicidad sea real o verídica, y no sea de naturaleza de inducir a error al

²⁶ C. Fed. Salta, "Mansilla, Albina c. Banco de la Nación Argentina" (Expte. N° 124/07), del 06/11/2008 y jurisprudencia allí citada.

²⁷ QUAGLIA, Marcelo C., *¿Promoción y publicidad vs. oferta e información?*, La Ley 03/11/2011, 3; La Ley 2011-F, 101; La Ley Online: AR/DOC/4193/2011.

consumidor; b) que consista en una comparación objetiva, dirigida a las características esenciales, significativas, pertinentes y verificables de bienes o servicios de la misma naturaleza y disponibles en el mercado; c) que no se base en opiniones o apreciaciones individuales o colectivas; d) que cuando la comparación se refiera a precios, se aplique a productos idénticos, vendidos en las mismas condiciones y con indicación del plazo durante el cual registrarán los precios anunciados como propios²⁸.

Y justamente en esta línea debe interpretarse el art. 1101 inc. b) del CCyC que prohíbe “toda publicidad que efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor”. En otras palabras, lo que la norma prohíbe no es la publicidad comparativa sino la publicidad que utiliza la comparación para inducir a error al consumidor. La disposición legal tiene por finalidad proteger al consumidor y no a la empresa de la competencia que eventualmente puede verse afectada con la publicidad comparativa.

Otro ejemplo en que el derecho de información impacta en el fenómeno publicitario lo constituye el art. 1 de la Ley N° 26.104 sobre “Publicidad con fines Turísticos”. Dicha norma establece que *“quienes publiciten con fines turísticos, utilizando imágenes que exhiban atractivos turísticos, por cualquier medio, deberán hacer constar la denominación del atractivo y de la localidad reproducida, seguida de la provincia a la que pertenece. Estos requisitos deberán hacerse extensivos a toda información de cuya omisión resulte que el mensaje publicitario de que se trate, pueda inducir a error, engaño o confusión acerca del origen del sitio turístico ofrecido”*.

En un reciente precedente, se ha hecho lugar a una acción preventiva a través de una medida autosatisfactiva a los fines que diversas empresas de turismo remuevan, rectifiquen y aclaren la publicidad engañosa efectuada en sus portales web en la cual se utilizaba una imagen de la Provincia de Jujuy pero identificándola bajo el nombre de “Salta” y/o “Provincia de Salta”. En dicha sentencia se ordenó establecer que la foto indicada corresponde a la Provincia de Jujuy y la localidad pertinente y abstenerse de realizar nuevas publicaciones engañosas, bajo apercibimiento de continuar con los daños ocasionados a la Provincia de Jujuy. Para tomar dicha decisión se entendió que dicha publicidad induce a error a los turistas (consumidores)

²⁸Juzgado Nacional Federal Civil y Comercial N° 6, “Cervecería y Maltería Quilmes S.A. c/ C.A.S.A. Isenbeck”, 08/06/2004, La Ley 2004-D, pág. 378.

al creer equivocadamente que aquel paisaje se encuentra en la Provincia de Salta y, además, lesiona económicamente a la Provincia de Jujuy²⁹.

Como se advierte, la información que puede contener una publicidad puede ser escrita o a través de imágenes. En el caso que se menciona el engaño al consumidor se produce a través de una fotografía y de ese modo se violenta el derecho fundamental a ser informado.

El art. 1102 del CCyC establece que “Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria”.

La acción de cesación que prevé el art. 1102 del C.C.yC. constituye una herramienta preventiva que como tal solo requiere la existencia de antijuridicidad y no exige que haya daño ni la concurrencia de ningún factor de atribución concordantemente con lo establecido por el art. 1711 del C.C.yC. para la procedencia de la acción preventiva. Puede ser planteada por cualquier sujeto que tenga legitimación para reclamar en base a las normas de defensa del consumidor y quien acredite un interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 del C.C.yC.). Asimismo, cualquier ciudadano se encontraría legitimado para promover una acción de amparo, conforme a la extensión que le ha otorgado el art. 43 de la CN, reclamando el cese de la emisión.

Por su parte, la rectificación publicitaria por medios análogos a los que fue difundida constituye un supuesto de reparación en especie.

A lo dicho debe agregarse que en los supuestos de publicidad abusiva o engañosa en donde pueden verse afectados derechos de incidencia colectiva constitucionalmente protegidos, la aplicación de daños punitivos al anunciante puede constituir una herramienta eficaz para evitar que se realicen publicidades de dicha naturaleza en el futuro.

Por otro lado, la publicidad comercial puede ser un medio para la realización de los derechos fundamentales a la salud y seguridad del consumidor. De este modo, el artículo 4 del decreto 1798/94 reglamentario de la ley 24.240 reconoce implícitamente la finalidad informativa de la publicidad con sentido tuitivo del consumidor al disponer que *“Los proveedores de cosas o servicios que, posteriormente a la introducción de*

²⁹ C. Civ. y Com. Sala I, Jujuy, “Estado Provincial- Fiscalía de Estado c/ DLP Group SRL y otros s/ acción preventiva de daños” (Expte. C-106022-2018), 9/03/2018.

los mismos en el mercado de consumo, tengan conocimiento de su peligrosidad, deberán comunicar inmediatamente tal circunstancia a las autoridades competentes y a los consumidores mediante anuncios publicitarios suficientes”.

Nuevamente el derecho del consumidor a ser informado se proyecta en el fenómeno publicitario ya que en este caso es la ley la que escoge la vía publicitaria para transmitir información.

4. Consagración constitucional de una tutela especial a los hipervulnerables. Despliegues respecto la obligación de informar y las desviaciones publicitarias

Como es sabido la Carta Magna en su art. 16 garantiza el derecho a la igualdad al preceptuar que *“La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”.*

El contenido del derecho a la igualdad de raigambre constitucional ha sido delineado por la propia Corte Suprema como último interprete de la Constitución Nacional señalando que deberán ser tratados del mismo modo quienes se encuentren en iguales situaciones, es decir, igual tratamiento de los iguales en iguales circunstancias³⁰. Ello significa el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias y condiciones³¹. Se juzgó que las distinciones establecidas por el legislador son valederas, en tanto no sean irrazonables o inspiradas en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio a persona o grupos de personas³², y que la garantía de igualdad no exige la uniformidad de la legislación que se dicte, en tanto las distinciones que se puedan establecer no traduzcan propósitos persecutorios o de hostilidad hacia personas o grupos de personas³³.

En consecuencia, el Poder Legislativo podría efectuar distinciones o clasificaciones que se basen en diferencias razonables y no en propósitos arbitrarios³⁴. En esta línea, la propia ley fundamental en el art. 75 inc. 23 dispone que

³⁰ Fallos: 227:25; 229:428, entre otros.

³¹ Fallos: 303:1580; 304:710, entre otros.

³² Fallos: 294:343; 301:1094; 327:5118, entre otros.

³³ Fallos: 293:26; 293:235; 310:1162, entre otros.

³⁴ MORENO, Romina Soledad, *La jurisdicción y la maleable igualdad*, en Revista de Derecho Procesal 2015-1, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, pág. 11 y ss.

“corresponde al Congreso: ...23. Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Es decir, la Constitución Nacional reconoce implícitamente que determinados sujetos, por su especial vulnerabilidad resultan merecedores de una tutela especial. Es decir, la norma constitucional manda a redoblar los esfuerzos respecto de los mencionados sujetos pues reconoce la especial debilidad jurídica que padecen. Al respecto cabe señalar que, ni en el estatuto de defensa de consumidor ni en el título respectivo del nuevo Código se efectúan distinciones entre consumidores en general y subconsumidores en particular. Sin embargo, este escollo puede superarse a través del diálogo de fuentes, el cual permite conceder una protección reforzada a determinados sujetos que ostenten el carácter de consumidores especialmente vulnerables³⁵. Por ello, el art. 16 de la Constitución Nacional debe ser interpretado – como lo ha hecho la Corte Nacional- a la luz del paradigma que preceptúa la “igualdad real de oportunidades”.

Ello es así porque es la distinción la que muchas veces nos permite la operatividad de la igualdad en la realidad, y para ello resulta fundamental el rol que desempeña el legislador distinguiendo situaciones desde la creación de la norma para proteger la igualdad y aquel que desempeña la jurisdicción en las particularidades de cada caso, para permitir igualar entre desiguales cuando la garantía constitucional se encuentre vulnerada³⁶.

Así, en relación a los niños, niñas y adolescentes, las publicidades comerciales, que impliquen un aprovechamiento de su inexperiencia e inmadurez pueden ser calificadas de abusivas. En este sentido, constituye publicidad nociva aquella que se aprovecha de los niños o adolescentes que por la credulidad, falta de experiencia o madurez propias de su edad son alcanzados por anuncios que les pueden resultar perjudiciales para su salud, integridad o bienestar. Un ejemplo de publicidad promocional abusiva lo constituyen la denominada “cajita feliz” de Mac Donald u otras

³⁵ ARIAS, María Paula, *Lineamientos hermenéuticos sobre prácticas y cláusulas abusivas, con especial referencia a los sujetos hipervulnerables*, JA Número Especial XVII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor, diciembre 2017, pág. 28 y ss; SJA 06/12/2017, 06/12/2017, 26 - La ley Online: AP/DOC/1062/2017.

³⁶ MORENO, *op cit*

análogas que adicionan a la venta de comida chatarra un juguete que sirve de señuelo para que el niño desee adquirirla. Como contrapartida de estas prácticas comerciales, el legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sancionó la ley 4432 de fecha 10/12/2012 con el objeto de fomentar hábitos de alimentación saludables y de prevenir la obesidad infantil a través de la regulación de la venta de menues alimenticios que inciten a la compra mediante objetos de incentivo para consumo. De tal modo, el art. 4 de dicha ley establece que “los menues alimenticios que inciten a la compra mediante objetos de incentivo para consumo en todos los establecimientos expendedores de alimentos y bebidas, deben incluir fruta o verdura”³⁷.

Como se advierte, con el ejemplo que se menciona el legislador a través de una acción positiva estableció un límite a la publicidad comercial dirigida a niños y niñas con un fin netamente tutelar de su salud.

En otro orden, actualmente existe una tendencia a publicitar juguetes a través de internet, utilizando el fenómeno mundial denominado unboxing –canales destinados a mostrar cómo se abren juguetes regalados por empresas a los fines de publicitar-. En este novísimo fenómeno aparecen las marcas, siempre atentas a buscar nuevas formas de comercialización, de publicitarse y vender más. Así es que una buena parte de los ingresos de los youtubers son los aportes publicitarios. Algunos se limitan a recibir los productos gratis como beneficio, sin embargo, los más profesionalizados pueden cobrar entre 500 a 6.000 euros por vídeo para hacer publicidad. En las condiciones de uso de YouTube, se solicita que el creador del canal marque una casilla para etiquetar cada vídeo como patrocinado, pero eso no se cumplimenta porque si así fuere esos videos se excluirían de la plataforma YouTube Kids, justamente la plataforma donde las empresas quieren vender³⁸.

En este caso, la publicidad resulta abusiva ya que aprovecha la inexperiencia y credulidad de los niños y niñas para inducirlos al consumo y, además, engañosa ya que se oculta que se trata de una publicidad comercial. En consecuencia, estamos claramente ante publicidades prohibidas en los términos del art. 1101 del CCyC.

Si bien tales prácticas carecen de una regulación específica, efectuando una interpretación en clave constitucional del art. 1101 del CCyC se podría obtener la

³⁷ ARIAS, María Paula, *Los niños como sujetos hipervulnerables en la relación de consumo* en “Protección Jurídica de los Subconsumidores”, Coord. María Paula Arias y Liliana Aída Beatriz Urrutia, Ed. Juris, Santa Fe, 2017, pág. 105 y ss.

³⁸ GAMEN, Sebastian, *YouTube y la publicidad en los niños*, 28/04/2018, <http://www.elcordillerano.com.ar/noticias/2018/04/28/67039-youtube-y-la-publicidad-en-los-ninos>

cesación de las mismas (art. 1102 CCyC) y la imposición de sanciones pecuniarias disuasivas (art. 52 bis LDC) a la empresa que las despliega para publicitar sus productos. En otras palabras, si el art. 42 de la CN que establece que la información debe ser adecuada y veraz y el art. 75 inc. 23 que consagra una tutela reforzada a los niños iluminan la senda interpretativa de la norma del art. 1101 se puede lograr una tutela eficiente frente a esta práctica.

Al respecto no debe olvidarse que en la mayoría de los casos es la jurisdicción la que posibilita la realización de la igualdad fáctica en el conflicto sometido a su resolución, de modo de compatibilizar el principio general fijado en las normas con las circunstancias de hecho del caso concreto, ya sea que la desigualdad o discriminación venga establecida por los hechos, por la norma, o por la actividad de una autoridad pública o privada. Es la igualdad real de oportunidades, la igualdad de trato y el pleno goce de los derechos fundamentales, lo que exige al Estado, por un lado, legislar para posibilitar su concreción en la realidad y, por el otro, permitir el desarrollo de un sistema judicial en el cual se despliegue la función jurisdiccional a través de jueces dispuestos a accionar en el caso concreto con el fin de igualar entre desiguales³⁹.

Así, en un importante precedente judicial un menor había sufrido una lesión en una mano al intentar abordar un juego en un parque de diversiones ya que en momentos en que bajaron la barra de seguridad (arnés), le oprimieron el dedo meñique de la mano izquierda, lo que provocó su fractura. La Cámara responsabilizó totalmente al parque de diversiones demandado ya que el hecho que el parque de diversiones alertara con carteles o altavoces las precauciones que deberían adoptarse al abordar un juego es insuficiente para cumplir adecuadamente su obligación de seguridad, pues se trata de una actividad destinada a niños, que son proclives a desatender esas advertencias, máxime en el ambiente de jolgorio propio de tales lugares. En otras palabras, la imprudencia de la víctima debe en tales casos ser prevista por el proveedor⁴⁰.

Como resulta evidente, con la decisión judicial se igualó entre desiguales. Si al tomar la decisión el tribunal no hubiere considerado que la víctima era un sujeto hipervulnerable –niño-, probablemente la resolución del conflicto hubiere tenido un

³⁹ MORENO, *op. cit.*

⁴⁰ CN Apel. Civ., Sala A, “R., F. y otro c. Parque de la Costa S.A. y otro s/daños y perjuicios”, 21/11/2012, RCyS 2013-II, 183 con nota de Gabriel A. Stiglitz, La ley online AR/JUR/63681/2012.

final diferente y el proveedor habría sido eximido de responsabilidad –al menos en forma parcial- por el hecho de la víctima.

En otro orden, la reforma del art. 4 de la LDC mediante el DNU 27/2018⁴¹ en lugar de proporcionar un trato preferencial a los adultos mayores –como consumidores hipervulnerables-, los desprotege al establecer como principio general que la información sea proporcionada en formato digital. Dicha modificación a la LDC desoye la Convención Interamericana sobre derechos de las Personas Mayores y el mandato constitucional del art. 75 inc. 23 que manda a legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos en particular respecto ... los ancianos. Ello es así porque la “Encuesta Nacional sobre Calidad de Vida de Adultos Mayores 2012” del INDEC -última disponible-, concluyó que solo el 25,4% de los adultos mayores de entre 60 y 74 años utiliza internet, mientras que tan solo el 6,3% de los adultos mayores a 75 años utilizan esta tecnología.

Se trata de "analfabetos informáticos o digitales". El analfabetismo digital es concebido como el nivel de desconocimiento de las nuevas tecnologías, que impide que las personas puedan acceder a las posibilidades de interactuar con éstas, es decir, por una parte navegar en la web, disfrutar de contenidos multimedia, socializar mediante las redes sociales, crear documentación, discriminar información relevante de la superflua, etcétera⁴².

En consecuencia, debería mantenerse la solución legal del art. 4 LDC anterior a la reforma por el DNU disponiendo como regla que la información debe proporcionarse en formato papel y, sólo en el supuesto que se lo solicitare expresamente, poder hacerlo por medios electrónicos.

No debe olvidarse que la igualdad de derecho y de hecho⁴³ supone la difícil decisión de valorar las diferencias de modo tal de tratar idénticamente a lo igual y

⁴¹ Desde una posición favorable a la reforma, podría afirmarse que los medios digitales suministrados por la tecnología permiten reducir los costos de emisión y suministro de la información al consumidor, dentro de los cuales sobresalen los de impresión —en línea con el uso sustentable de los recursos naturales— y los relacionados con el envío postal.

⁴² ALVAREZ LARRONDO, Federico M., *Las reformas en el campo del derecho del consumo*, Sup. Esp. Decreto de desburocratización y simplificación 2018 (febrero), 147; La ley Online AR/DOC/407/2018.

⁴³ CAYUSO, Susana Graciela, *El principio de igualdad. Problemas e interrogantes, en Defensa de la Constitución. Garantismo y controles*, Libro en reconocimiento al doctor Germán J. Bidart Campos, Ediar, Buenos Aires, 2003, ps. 300 y ss.

diversamente a lo desigual, para alcanzar el respeto a la garantía constitucional puesta en juego⁴⁴.

⁴⁴ MORENO, *op. cit.*