

XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor

Comisión 3: Perspectiva constitucional de la información y la publicidad dirigida a consumidores. Mecanismos de tutela

Ponencia: “La publicidad engañosa en las relaciones de consumo y posibles mecanismos de defensa”

Por Sergio Sebastián BAROCELLI (UBA)* y Esteban Javier ARIAS CÁU (UCSe-DASS)**

CONCLUSIONES:

Proponemos que el “XVIII Congreso Argentino de Derecho del Consumidor” declare que:

Lege lata

1º) Que la publicidad como derecho del proveedor y herramienta de difusión de sus productos puede ser lícita o ilícita, según se conforme o no con el ordenamiento jurídico en general, comprensivo de la Constitución Nacional, los Tratados de derechos fundamentales o humanos suscriptos por el Estado Nacional y la legislación infraconstitucional que reglamente su ejercicio.

2º) La publicidad lícita constituye un medio o recurso válido del cual se valen los proveedores en general para motivar o inducir al consumidor a la adquisición de bienes o servicios.

3º) La publicidad ilícita o prohibida ha sido receptada expresamente por el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1102 *in fine*), introduciéndole especies o subtipos (art. 1101) a saber: a) Publicidad engañosa (cfr., art. 6.IV CDC¹); b) Publicidad comparativa que induce a engaño o error; c) Publicidad abusiva, discriminatoria o peligrosa.

3º) La publicidad ilícita cuenta ahora con un instrumento procesal en el derecho fondal (art. 1102, CCyC) con una triple finalidad para el afectado: a) La cesación de la publicidad ilícita en general; b) La publicidad de anuncios rectificatorios; c) Publicación de la sentencia condenatoria.

4º) La acción de fondo puede instrumentarse por diversos medios procesales, según la urgencia o la gravedad del hecho denunciado, de acuerdo a los códigos procesales de la jurisdicción que corresponda. Por ejemplo, por la vía del amparo (art. 43, Const. Nacional), la medida autosatisfactiva, las medidas cautelares, etc. La incorporación de la tutela preventiva constituye también una herramienta idónea a tales efectos (arts. 1710 y conc., CCyC)

5º) La legitimación activa para promover la acción de fondo (arts. 1102 y 1712, CCyC) es amplia comprendiendo al *consumidor* en sus diferentes variantes o modalidades (consumidor jurídico, fáctico, hipervulnerable) y en particular a “todas las personas expuestas” (art. 1096, CCyC). También la Autoridad de aplicación, nacional y local (art. 52, LDC), como el Defensor del Pueblo y las Asociaciones de defensa del consumidor cuentan con legitimación activa a tales fines.

6º) Es posible, por lo menos técnicamente, la promoción posterior o conjunta de una acción de

* Profesor Adjunto Regular Contratos Civiles y Comerciales y Elementos de Derecho Civil (UBA) Profesor Titular Ordinario Derecho Civil III (USAL)

** Profesor Asociado Derecho Civil III “Contratos” y Profesor Adjunto “Derecho del usuario y del consumidor” (Universidad Católica de Santiago del Estero, DASS). Juez de Cámara Civil y Comercial de la Sala Primera, Poder Judicial de Jujuy.

¹ CDC, Art. 6.- “Son derechos básicos del consumidor: (...) IV) la protección contra la publicidad engañosa y abusiva, métodos comerciales coercitivos o desleales, así como prácticas y cláusulas abusivas o impuestas en el suministro de productos y servicios”.

daños en la medida que se acrediten los presupuestos de la responsabilidad civil exigidos por el ordenamiento jurídico.

Lege ferenda

1º) Proponemos que —en una futura reforma del régimen del consumidor— se incorpore como publicidad ilícita a la publicidad subliminal.

2º) Proponemos que se incorporen normas expresas que regulen la “contrapublicidad” a cargo del proveedor, conforme las pautas brindadas por el Código de Defensa del Consumidor de Brasil (arts. 56, 60 y conc., ley 8078)

3º) Proponemos que se incluyan normas específicas a fin de brindar conformación jurídica a la acción de daños para el supuesto de la publicidad ilícita, porque ciertas herramientas procesales no lo admite (ej. la acción de amparo).

I.- FUNDAMENTOS

Como hemos sostenido en otras oportunidades, el Derecho del Consumidor se erige como un sistema de normas principiológicas, de orden público y fuente constitucional, transversal, con perspectiva de derechos humanos de tercera generación² y carácter esencialmente protectorio de los consumidores en las relaciones de consumo³.

El “diálogo de fuentes” constituye una herramienta fundamental a los fines hermenéuticos y puede ser útil en la aplicación del Código Civil y Comercial, en tanto resulta una expresión simbólica del nuevo paradigma de coordinación y coherencia restaurada de un sistema legal, de fuentes múltiples y con diversos campos de aplicación.

Empero, tratándose el derecho de defensa del consumidor, de una rama jurídica con anclaje constitucional, en tanto el consumidor es el nuevo sujeto de derecho de la sociedad de consumo, este diálogo deberá necesariamente realizarse bajo un *código compartido*, a luz de los estándares constitucionales y legales y de los principios y valores, conforme disponen los artículos 1 y 2 (CCyC).

La guía siempre será el *principio protectorio* (art. 42 de la Constitución Nacional) aplicado generalmente bajo tres modalidades: a) regla *in dubio pro consumidor*; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa.

La publicidad engañosa no ha sido prevista como supuesto dentro de la norma constitucional nacional, a diferencia de otros ordenamientos extranjeros⁴.

La actividad publicitaria es un “fenómeno de la comunicación cuyo desarrollo se produjo

2 En efecto, los derechos de primera generación comprenden los civiles y políticos; los de segunda generación son los económicos y sociales; y por último, los derechos colectivos o nuevos derechos, entre los cuales podemos mencionar el medio ambiente, los derechos de consumidores y usuarios, etc. Conf., GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*, 4ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, p. 582. Cfr., BALBÍN, Carlos F., *Tratado de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. I, p. 113 quien refiriéndose a la evolución del reconocimiento de los derechos, explica: “En este proceso de crecimiento es posible distinguir, aún con las arbitrariedades propias de cualquier clasificación, tres períodos: a) los derechos civiles y políticos, b) los derechos sociales, económicos y culturales, y c) los nuevos derechos o también llamados derechos colectivos. Así, clasificamos los derechos en individuales, sociales y colectivos –más allá de las críticas razonables y que incluso compartimos- sobre este relato. En el caso de los derechos individuales, es posible estudiarlos como libertades públicas de contenido esencial y libertades económicas”.

3 BAROCELLI, Sergio S., "Seguros, derecho del consumidor y daños punitivos", *Revista de Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa*, La Ley, febrero 2014, ps. 80 y ss.

4 Constitución de la República de Ecuador, art. 52.- “Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de las consumidoras y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor”.

principalmente en el campo de la economía con la finalidad de aumentar la difusión de los productos que se producen en escala⁵". Por lo tanto, la producción en masa de bienes y servicios, conjuntamente con la repetición de actos en serie, conlleva también la publicidad como uno de los "instrumentos de que se vale la empresa para influir sobre la acción humana, predominantemente mediante la manipulación de las representaciones, con el objeto de presentar o dar a conocer el bien o servicio que será objeto de la oferta, para atraer cliente, con ánimo de lucro⁶".

La publicidad no informa, por lo menos en principio, sino lo que hace es sugestionar o inducir⁷ al consumidor ofreciéndole algo que cree necesita; o bien, generándole la necesidad de adquirirlo; o que dicho producto o servicio posee ventajas comparativas con otro de similares características, influyendo en su adquisición por sus ventajas, funciones; o simplemente porque dicho producto le dará un estatus especial por su precio o exclusividad⁸.

Es factible clasificar la publicidad en *lícita* y *ilícita*. Precisamente, una de las especies de publicidad ilícita es aquella conocida como "engañosa". La doctrina la define como aquella que "induce o puede inducir a error a sus destinatarios, pudiendo afectar sus decisiones de modo positivo, lo que incluye la presentación misma de la publicidad, o de modo negativo por silenciar información fundamental relativa a los bienes o servicios objeto de la misma⁹".

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial contamos con una noción legal describiéndosela cuando la publicidad "contenga indicaciones falsas" o pueda inducir a error, especificándose que será tal cuando la falsedad o engaño recaiga "sobre elementos esenciales del producto o servicio" (art. 1101), utilizándose una frase similar al derecho de información (art. 1100).

En el caso particular de la publicidad ilícita, bajo su modalidad de engañosa, tendrán repercusión las demás normas del ordenamiento jurídico (art. 3, LDC) que regulan el fenómeno (art. 9, Ley 22.802).

⁵ ARIZA, Ariel C., "Formación del consentimiento en el contrato de consumo", en NICOLAU, Noemí L., *Fundamentos de Derecho contractual*, La Ley, Bs. As., 2009, t. I, pág. 477.

⁶ STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada, con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Bs. As. 2012, pág. 136.

⁷ BESSA, Leonardo R. – MOURA, Walter J. Faiad de, *Manual de direito do consumidor*, 4ª edição, Escola Nacional de Defesa do Consumidor, Brasília, 2014. pág. 94.

⁸ MIRAGEM, Bruno, *Curso de direito do consumidor*, 3ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012. pág. 208: "En este sentido, estudiosos del fenómeno de la publicidad relacionan como cinco tareas a ser realizadas por el anuncio publicitario: a) Llamar la atención; 2) Despertar el interés; 3) Estimular el deseo; 4) Crear convicción; y 5) Inducir a la acción".

⁹ STIGLITZ, Rubén S. – STIGLITZ, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada, con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Bs. As. 2012, pág. 163.

La jurisprudencia provincial¹⁰ hizo un saludable uso de esta herramienta para un caso de publicidad engañosa, en materia turística, posibilitándose la cesación de la publicidad ilícita y reconociendo una amplia legitimación activa a su promotor.

En el derecho comparado, el Código de defensa del consumidor brasileño, a diferencia de otros ordenamientos¹¹, regula la publicidad ilícita (art. 37) y como tal establece su prohibición legal, distinguiéndola en especies: *engañosa y abusiva*.

Será *engañosa* “cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, entera o parcialmente falsa, o que por cualquier otro modo, aunque por omisión, pueda inducir al consumidor en error cuanto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio y otros datos sobre los productos y servicios¹²” (art. 37, §1). La publicidad engañosa tiene previsto la inversión de la carga probatoria en contra del proveedor como también la sanción administrativa de contrapropaganda¹³ (art. 60). Es decir, recaerá sobre el proveedor probar que la publicidad no induce al consumidor en error, en cuanto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio del producto o servicio. En otros términos, la “carga probatoria de la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria es responsabilidad de quien la patrocina¹⁴” (art. 38). Sin embargo, la publicidad engañosa tiene más consecuencias administrativas que civiles, cuestión que sería relevante tener en cuenta para el ordenamiento argentino, mediante la inclusión de normativa expresa en materia de daños.

¹⁰ Cám.CivyCom.Jujuy, sala I, 19/03/2018 in re “ACCION PREVENTIVA DE DAÑOS: ESTADO PROVINCIAL – FISCALIA DE ESTADO c/ DLP GROUP S.R.L. Y OTROS, Expte. N° C-106022-2018, eIDial.com - AAA783.

¹¹ Por todos: Ley N° 24240 de defensa del consumidor para la República Argentina.

¹² CDC, Art. 37.- “Es prohibida toda publicidad engañosa o abusiva. § 1. Es engañosa cualquier modalidad de información o comunicación de carácter publicitario, entera o parcialmente falsa o que por cualquier otro modo, aunque por omisión, pueda inducir al consumidor en error cuanto a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio y otros datos sobre los productos y servicios.

¹³ CDC, Art. 60.- “La imposición de la contrapropaganda será prescrita cuando el proveedor incurra en la práctica de publicidad engañosa o abusiva, conforme lo dispone el art. 36 y sus párrafos, siempre a expensas del infractor. § 1. La contrapropaganda será divulgada por el responsable de la misma manera, frecuencia, dimensión y preferiblemente en el mismo vehículo, local, espacio y horario, de manera que sea capaz de deshacer el maleficio de la publicidad engañosa o abusiva. § 2. (Vetado). § 3. (Vetado)”.

¹⁴ CDC, Art. 38.- “La carga probatoria de la veracidad y corrección de la información o comunicación publicitaria es responsabilidad de quien la patrocina”. Esta es una de las diferencias con la propaganda, en la cual no siempre puede advertirse quien es el patrocinante, en virtud de su contenido ideológico.