

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

Autor: Santiago J. Peral¹

Con el aval de la Dra. María Belén Japaze²

Ponencia: "Los daños punitivos como mecanismo de tutela preventiva frente a la publicidad ilícita".-

Resumen: I- Introducción; II- La publicidad. Concepto y vinculación con la relación de consumo; III- La publicidad en el CCyC. Mecanismos de tutela de la regulación específica; IV- Los daños punitivos como mecanismo de tutela preventiva. La necesidad de una integración normativa; V- Conclusiones.-

I.- Introducción:

El objetivo de la presente ponencia será analizar la publicidad como fenómeno del mercado y como instrumento utilizado por los proveedores con el objeto de acercar a los consumidores y usuarios los bienes y servicios que comercializan. En el abordaje propuesto se hará hincapié en la regulación que el Código Civil y Comercial realiza de este fenómeno, en especial los mecanismos de tutela de los derechos de los consumidores frente aquellos supuestos de publicidades ilícitas.

En el análisis de la temática, se hará mención a los argumentos jurídicos que tornarían posible la aplicación autónoma y/o accesoria de daños punitivos ante supuestos de publicidades ilícitas, como un mecanismo de tutela preventiva frente a los potenciales daños que las mismas pueden ocasionar a los consumidores y usuarios.

El desarrollo del tema pretenderá tener especialmente en cuenta los derechos constitucionales involucrados, las normas del CCyC que regulan la tutela preventiva de daños, como así también el deber impuesto por el referido cuerpo legal, que dispone la aplicación integral de las normas mediante un diálogo de fuentes que permita una correspondencia con la Constitución Nacional y los Tratados internacionales constitucionalizados.

II.- La publicidad. Concepto y vinculación con la relación de consumo:

La actividad publicitaria desplegada por los empresarios constituye uno de los núcleos básicos en torno a los que gira la economía y se erige como el medio idóneo para facilitar el funcionamiento del mercado. La publicidad sirve como principal arma de lucha entre los empresarios competidores y es el puente entre aquéllos y el público consumidor³.

Se ha definido a la publicidad como una forma de comunicación producida por una persona física o jurídica, pública o privada, con el fin de promover la contratación o el suministro de productos o servicios⁴. Puede advertirse claramente que existe un

¹ Auxiliar de Primera categoría en Cátedra de "Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.-

² Profesora Asociada de la Cátedra de "Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán.

³ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Publicidad y consumidores" en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 5, RubinzalCulzoni, Santa Fe, Santa Fe, 1994, pág. 63 y sgtes.

⁴ Morosini, Fábio, *Visões acerca do novo direito da comunicação de massa*, em *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, RT, São Paulo, abri-jun. de 2004, págs. 182-214. Actualmente, cabe traer a consideración que la Ley n° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, en su art. 4 entiende por publicidad a: "Toda forma de mensaje que se emite en un servicio de comunicación audiovisual a cambio de una remuneración o contraprestación similar, o bien con fines de autopromoción, por parte

aspecto relativo a la emisión de un mensaje comunicacional por parte de una persona física o jurídica, lo que lleva a determinar si constituye un aspecto de la libertad de expresión. En segundo lugar, este mensaje contiene una finalidad comercial, lo que hace que constituya una subcategoría de la expresión, con una protección mucho más tenue⁵.

La publicidad tal como está pensada, diseñada e instrumentada, tiende a alcanzar su propósito persuasivo sobre una masa de consumidores de espectro diverso. Beneficiada por los aportes de psicólogos, sociólogos, especialistas en marketing, los llamados creativos, etc., y la fuerza potenciadora de los medios de comunicación masiva, la publicidad es ya un producto en sí mismo, que incorpora su propia sustancia al bien o servicio que promociona⁶.

No obstante considerar que resulta deseable el ofrecimiento de información suficiente acerca del bien o servicio comercializado en el mensaje publicitario⁷, no parece ser éste el propósito que define la esencia de la publicidad. En un estado ideal de cosas la publicidad debería cumplir una finalidad informativa.

Si bien la información encuentra en la actividad publicitaria un canal de expresión natural, debemos admitir que responden a funciones y objetivos esencialmente diversos. La información apunta a ilustrar, a iluminar, al discernimiento, a aportar datos objetivos, veraces y suficientes al consumidor respecto de los bienes o servicios ofrecidos. La publicidad por su parte, orienta sus esfuerzos hacia la persuasión, la seducción y la captación del público. Precisamente al hacer un paralelo entre ambas nociones, Kemelmajer de Carlucci señala que “se ha comprobado que la eficacia persuasiva de la publicidad es, como regla, directamente proporcional a la escasez de información⁸”.

En este orden de ideas, puede afirmarse que la publicidad cumple un rol de suma importancia en el ámbito de las relaciones de consumo, toda vez que se constituye en muchos casos en la primera y única información que recibe el consumidor, que muchas veces resulta suficiente para conducirlo a contratar un bien o servicio determinado. La cuestión relativa a la publicidad adquiere aún más relevancia cuando se analiza que las negociaciones previas a los contratos de consumo resultan prácticamente inexistentes, toda vez que el consumidor se ve movilizado principalmente por sus impulsos, incentivados en gran medida por la publicidad, la que como regla adolece de la información que el consumidor necesita para tomar un decisión razonada sobre el bien o servicio en particular⁹.

de una empresa pública o privada o de una persona física en relación con una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional con objeto de promocionar, a cambio de una remuneración, el suministro de bienes o prestación de servicios, incluidos bienes, inmuebles, derechos y obligaciones”.

⁵ Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Ed. RubinzalCulzoni, 2da. Edición Actualizada, Año 2009, págs. 182-183.

⁶ Japaze, María Belén, *Sobreendeudamiento del Consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento*, 1ra. Edición, Ed. Bibliotex, Tucumán, Año 2016, pág. 235.

⁷ Morello, Augusto M. – Stiglitz, Rubén S. – Stiglitz, Gabriel A., “Información al consumidor y contenido del contrato”, en: Stiglitz, Gabriel A., *Derecho del Consumidor*, 5, Juris, Rosario, 1993, pág. 151 y sgtes.

⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída, “Publicidad y consumidores”...*Ob. Cit.*, pág. 66.

⁹ Sobre esta cuestión cabe traer a consideración lo señalado por Lorenzetti: “...el modelo de “oferta-aceptación” del contrato clásico está elaborado sobre la base de un contratante interesado en la adquisición de un bien que no posee: alguien desea comprar una cosa o un bien y realiza una oferta que la otra parte acepta o no...Este procedimiento cambió sustancialmente en la sociedad de consumo, y por ello muda también el modelo legal. La demanda es creada por la publicidad, el marketing,...El consumidor, en muchos casos, no compra porque necesita ni es la necesidad la que crea la oferta; es a la inversa, *la oferta crea la necesidad*. Se compra porque se vio una buena publicidad, porque se desea un status particular al que va asociado el producto...” (Cfr. Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores...Ob. Cit.*, pág. 155). También se ha dicho que: “el mercado de bienes y servicios se caracteriza por la utilización de instrumentos, como la publicidad, con los que los empresarios aproximan sus ofertas a los consumidores. Estos instrumentos cuando acogen la forma de comunicaciones comerciales pueden

La relación de consumo, respecto de la publicidad no se refiere sólo a las relaciones contractuales en sentido estricto, sino comprende también a las etapas precontractual y poscontractual, a vínculos no contractuales de derecho público y privado, al acto unilateral del proveedor de emitir publicidad y al simple “contrato social”, ofreciendo de esta manera un espectro de protección más amplio que el contrato, siendo éste sólo una especie del género “relación de consumo”¹⁰.

Lo señalado precedentemente, pone de manifiesto la importancia de regular la actividad publicitaria dentro del ámbito del Derecho del Consumidor, atendiéndose a los diversos derechos que confluyen en dicho fenómeno¹¹. Tal como se expresará en el presente ensayo, resulta sumamente positivo que el CCyC haya introducido normas tendientes a regular la publicidad en el derecho argentino, las que de acuerdo a los arts. 1 y 2 del referido cuerpo legal, están llamadas a ser interpretadas y aplicadas mediante un diálogo de fuentes, de conformidad para con el denominado bloque constitucional y de modo coherente con todo el ordenamiento¹².

III.- La publicidad en el CCyC. Mecanismos de tutela de la regulación específica:

El CCyC incorporó normas tendientes a regular la publicidad dirigida a los consumidores, en los arts. 1101 a 1103 del referido cuerpo legal, debiendo dichas normas interpretarse y aplicarse en forma integral con las normas que hacían referencia a la publicidad y que ya se encontraban previstas en la LDC (arts. 7; 8; 11 y 19)¹³.

quedar acogidos dentro del concepto de publicidad. Es sabido que la publicidad tiene una incidencia en el comportamiento económico y negocial de los consumidores en el mercado y en el tráfico jurídico, y en un mercado de libre competencia la publicidad incita al consumidor y promueve la contratación de bienes y servicios” (García Sais, Fernando, *Derecho de los consumidores a la información. Una aproximación a la publicidad engañosa en México*, Porrúa, México, 2007, págs. 14 y 15).

¹⁰ Cfr. Krieger, Walter F. y Barocelli, Sergio Sebastián, *Derecho del consumidor*, El Derecho, Buenos Aires, 2016, pág. 41. Ver también: Barocelli, Sebastián en: *La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho del Consumidor – Número 1 – Noviembre 2016, IJ Editores, 30-11-2016, Cita: IJ-CCNI-180.

¹¹ Al respecto se ha afirmado: “La regulación necesariamente debe atender a tres centros de interés. Por un lado, se debe garantizar el derecho de expresión del empresario proveedor, en tanto la publicidad es una manifestación evidente de dicha libertad. Se impone que, conforme los principios propios del sistema democrático y de libertad de los mercados, sea respetado el ejercicio regular de este derecho. Por otra parte resulta inexorable que por vía de la regulación se establezcan condiciones para asegurar la transparencia del mercado, desterrando prácticas distorsivas, desleales o deshonestas. En este supuesto, existe una doble esfera de intereses: no sólo los competidores, que aspiran a una competencia leal, sino la comunidad toda, interesada en un mercado transparente, de prácticas regulares y honestas. Por último se impone arbitrar dispositivos legales que, bajo el paradigma tutelar, contemplen la situación de los consumidores. Precisamente porque en el campo de la actividad publicitaria es donde suelen manifestarse situaciones de desequilibrio y vulnerabilidad” (Cfr. Japaze María Belén, *“Publicidad y prácticas comerciales”*, Capítulo VII, en: Rusconi D. (Coord.), *Manual de Derecho del Consumidor*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2015, pág. 310 y sgtes. Ver también: Japaze, María Belén, *Sobreendeudamiento del Consumidor. Remedios preventivos y de saneamiento...Ob. Cit.*, pág. 237).

¹² “Artículo 1 CCyC: Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho”.

“Artículo 2 CCyC: Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

¹³ Art. 7 LDC: “Oferta. La oferta dirigida a consumidores potenciales indeterminados, obliga a quien la emite durante el tiempo en que se realice, debiendo contener la fecha precisa de comienzo y de

Al estudiar la temática atinente a la publicidad dirigida a consumidores y usuarios, resulta de notoria relevancia lo relativo a los efectos y consecuencias jurídicas que el ordenamiento le confiere a la misma, toda vez que ante el supuesto de divergencias entre el contenido de la publicidad y el texto del contrato, deberá privilegiarse las estipulaciones de la publicidad por sobre las cláusulas contractuales. Uno de los fundamentos de esto lo constituye la aplicación de los subprincipios de transparencia y de confianza, derivaciones de la buena fe de especial envergadura en el Derecho del Consumidor en pos de la salvaguarda de las legítimas expectativas de los consumidores que vislumbran en la publicidad el principal motor a la contratación en relaciones de mercado configuradas como contratos de adhesión en los que su poder negocial es casi escaso cuando no nulo y limitado a aceptar o rechazar en su totalidad las estipulaciones formuladas por el proveedor¹⁴. Esta solución encuentra su fundamento también en la teoría general de las obligaciones, en el principio de identidad del pago establecido en el art. 867 y 868 del CCyC¹⁵.

En lo que respecta al CCyC cabe decir que el mismo establece supuestos legales prohibidos en materia de publicidad, así la norma del art. 1101 considera como publicidad ilícita diversos supuestos o casos, entre los cuales distingue especies de publicidad, aspecto que no había sido reglado en el régimen especial de la LDC, y que ahora está presente en el contrato de consumo¹⁶.

El primer supuesto contenido en la norma referida *ut supra* se refiere a la publicidad engañosa, habiéndose definido por tal, 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, de modo negativo por silenciar información fundamental relativa a los bienes o servicios objeto de la misma¹⁷. En tal sentido se afirmó que tiene “la capacidad real o potencial de generar en el consumidor un estado de error, o confusión respecto del producto que va a consumir, y que puede direccionarse en creencias equivocadas sobre las bondades del producto, su calidad, prestaciones distintas a las ofrecidas, o en general, cualquier dato que de ser conocido hubiera motivado la no adquisición del bien o servicio”¹⁸.

finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La revocación de la oferta hecha pública es eficaz una vez que haya sido difundida por medios similares a los empleados para hacerla conocer”.

Art. 8LDC: “Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente...”.

El art. 11 LDC incluye dentro del contenido de la garantía legal de cosas muebles no consumibles a “la falta de identidad entre lo ofrecido y lo entregado”, mientras que el art. 19 LDC, referido a la prestación de servicios, establece que “quienes presten servicios de cualquier naturaleza están obligados a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos”.

¹⁴ Cfr. Barocelli, Sebastián en: *La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial*, Revista de Derecho del Consumidor – Número 1 – Noviembre 2016, IJ Editores, 30-11-2016, Cita: IJ-CCNI-180.

¹⁵ Cfr. Barocelli, Sergio Sebastián, “El régimen de garantías en el sistema de defensa del consumidor”, DJ 09/05/2012, 15.

¹⁶ Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: *Código Civil y Comercial, Comentado. Tratado Exegético*, Dir. Gral. Alterini Jorge H., La Ley, Buenos Aires, Año 2015, Tomo V, pág. 853.

¹⁷ Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, 2ª edición actualizada y ampliada con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 163. Morales Moreno A. M., “Información publicitaria y protección del consumidor. (Reflexiones sobre el art. 8º de la LGCU)”, en *La modernización del derecho de las obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pág. 227.

¹⁸ Tambussi, Carlos E., “Contrato de consumo”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. Bueres, Alberto J. Hammurabi, Buenos Aires, Año 2014, Tº 1, pág. 635.

La norma del art. 1101 inc. a del CCyC, por su parte, califica a la publicidad engañosa¹⁹ cuando tenga indicaciones falsas o pueda inducir a error, especificándose que será tal cuando la falsedad o engaño recaiga “sobre elementos esenciales del producto o servicio”. En lo que interesa, el mensaje publicitario engañoso que incita o impulsa a contratar conduce a la insatisfacción del interés contractual del consumidor, quien tiene un legítimo derecho a decidir el acto de consumo sobre la base de una información veraz²⁰.

Cabe decir que el derecho tutelado en materia de publicidad engañosa es el derecho a la información de los consumidores, que conforme a las disposiciones constitucionales y legales (art. 42 CN, art. 4 LDC y art. 1100 CCyC, entre otros), debe ser adecuada, veraz, cierta, clara, detallada, gratuita, comprensible, transparente y oportuna con la protección de la confianza y las legítimas expectativas de los consumidores frente a las apariencias o falsas representaciones provocadas por el proveedor. Si bien la publicidad combina información y “seducción” y muchas veces en la seducción se resaltan las bondades y se disimulan los defectos, cierto es que el proveedor debe obrar de buena fe y conforme al principio de transparencia; no podría en el mensaje publicitario emplear aseveraciones falsas, incompletas u oscuras, omitir datos relevantes, generar impresiones erróneas sobre el producto promocionado o crear expectativas que éste no puede satisfacer bajo pena de considerarse su publicidad como engañosa²¹.

Por último, cabe decir que respecto del estándar de conducta a evaluar a la hora de determinar la aptitud de engaño o inducción a error de la publicidad, se debe abandonar la idea de “hombre medio”, para tener especial atención a la situación de vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado y, especialmente, la de los consumidores hipervulnerables en razón de su edad, nacionalidad, situación de discapacidad, sociocultural, pertenencia a grupos históricamente desfavorecidos o similar²².

El segundo supuesto de publicidad ilícita previsto en el art. 1101 inc. b del CCyC se refiere a la publicidad comparativa, mediante la cual los proveedores, con la finalidad de obtener clientela de su competidor, utilizan medios para confrontar productos, bienes o servicios, pero no lo hacen de forma leal, verídica u objetiva²³. Esta modalidad de publicidad ilícita ha sido definida como “aquella en la que el anunciante coteja su oferta o producto con los de otros competidores, con el fin de resaltar las ventajas del propio, siendo determinante para su licitud que se realice sobre parámetros comprobables, objetivos o ciertos”²⁴.

Dentro de las publicidades comparativas, algunos autores distinguen la publicidad personal (aquella que hace referencia a las circunstancias personales del competidor), la publicidad adhesiva o parasitaria (Cuando se equiparan los productos

¹⁹ En el derecho argentino la Ley n° 22.802 de Lealtad Comercial fue la primera norma que estipuló la prohibición de esta ilicitud publicitaria en su art. 5°, al establecer: “Queda prohibido consignar en la presentación, folletos, envases, etiquetas y envoltorios, palabras, frases, descripciones, marcas o cualquier otro signo que pueda inducir a error, engaño o confusión, respecto de la naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla o cantidad de los frutos o productos, de sus propiedades, características, usos, condiciones de comercialización o técnicas de producción”.

²⁰ De la Cuesta Rute José María, “La Directiva de la CEE sobre publicidad engañosa”, en *Estudios sobre Consumo*, nro. 7, abril 1986, pág. 89. Cita en: Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., *Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección del consumidor*, 2° edición actualizada y ampliada con la ley 24.240 y el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, Buenos Aires, 2012, pág. 166.

²¹ Barocelli, Sebastián en: *La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial*, Ob. Cit.

²² *Idem*.

²³ Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: *Código Civil y Comercial, Comentado. Tratado Exegético*, Ob. Cit., Tomo V, pág. 854.

²⁴ Tambussi, Carlos E., “Contratos de Consumo”, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, Ob. Cit., T°1, pág. 635.

o servicios propios con los del competidor, con el fin de aprovecharse de su renombre), la publicidad de tono excluyente (se resalta la posición de preeminencia que tiene el anunciante en el mercado, sin aludir a ningún competidor expresamente)²⁵.

Al igual que en el supuesto de la publicidad engañosa, en la publicidad comparativa el derecho fundamental de los consumidores y usuarios que se ve infringido es su derecho a recibir información adecuada, veraz, cierta, clara y transparente acerca de las características del bien o servicio que se publicita, a los efectos de contar con los elementos esenciales que le permitan tomar una decisión razonada, acorde a sus necesidades y en la etapa precontractual.

El tercer supuesto previsto por la norma se refiere a la publicidad, ya sea abusiva o discriminatoria, que sea un medio potencial para que el consumidor actúe de manera peligrosa para su salud o seguridad. Al respecto, la doctrina invita a pensar en aquellas publicidades de camionetas en las cuales se demuestra sus características para vadear terrenos difíciles o superar obstáculos imprevistos²⁶.

Se puede caracterizar a la publicidades abusivas como aquellas que se basan e insisten en emociones, motivaciones y sugerencias directas, apelan al vértigo y a la discriminación, a los miedos, creencias, generan o exacerban ansiedades, directamente o a través de mecanismos subliminales²⁷.

A diferencia de los dos supuestos de publicidad ilícita analizados anteriormente, en éste último la doctrina, -acertadamente a nuestro criterio-, ha considerado que se encuentra vulnerado principalmente el derecho al trato digno y equitativo del consumidor, garantizado por el art. 42 de la CN, el art. 8 bis de la LDC, los arts. 1097 y 1098 del CCyC y el conjunto de derechos, principios y valores reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional conforme el art. 75 inc. 22 CN²⁸.

Luego de haberse expuesto en los párrafos precedentes de este acápite los distintos supuestos de publicidad ilícita regulados por el CCyC y los efectos de la información y demás aseveraciones brindadas a los consumidores a través de la publicidad, cabe ahora analizar las acciones que el referido cuerpo legal confiere a los consumidores afectados por la publicidad ilícita en el art. 1102.

El art. 1102 del CCyC²⁹ reconoce legitimación activa al consumidor afectado como también a todos aquellos que "resulten legalmente legitimados". Se ha dicho que el afectado puede ser "cualquier consumidor expuesto a la publicidad, sin que sea exigible un daño concreto e individualizable a su persona"³⁰.

²⁵ Lorenzetti, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, 2da. Ed. Actualizada, Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 186.

²⁶ Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: *Código Civil y Comercial, Comentado. Tratado Exegético, Ob. Cit.*, Tomo V, pág. 855.

²⁷ Cfr. Pérez Bustamante, Laura, *Derecho Social del Consumo*, La Ley, Buenos Aires, Año 2005, pág. 403.

²⁸ Barocelli, Sebastián en: *La regulación de la publicidad en el Código Civil y Comercial, Ob. Cit.*

²⁹ Art. 1102 CCyC: "Acciones. 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".

³⁰ Tambussi, Carlos E., "Contratos de Consumo", en *Código Civil y Comercial de la Nación, Ob. Cit.*, T°1, pág. 636. Sobre esta cuestión cabe señalar que el *bystander* o "consumidor expuesto", -excluido por el CCyC de la noción de consumidor establecida en el art. 1092-, mantiene su vigencia en el régimen legal protectorio de los consumidores en el art. 1096 del CCyC que regula las prácticas comerciales abusivas, por lo tanto, estos sujetos que, sin haber adquirido o utilizado directamente un bien o servicio introducido en el mercado por los proveedores, que sufran o estén en peligro de sufrir un daño o lesión en sus derechos, como consecuencia de una acción u omisión originada en una actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios, en el caso de la publicidad han de ser considerados como potenciales consumidores, que conservan legitimación activa frente a publicidades supuestos de ilícitas.

La norma dispone que el consumidor afectado *lato sensu* puede requerir al juez la cesación de la publicidad ilícita. Esta posibilidad ya se encontraba prevista en el régimen especial de la LDC y podía materializarse a través de medidas preventivas en sede administrativa, pero no estaba claro si también se admitía en sede judicial. Además se dispone la publicación de anuncios o avisos rectificatorios por parte del proveedor condenado. Entendiendo la doctrina que deberá realizarse por el tiempo y en los mismos medios en los cuales se realizó la difusión del aviso tachado de ilícito³¹.

Empero, con acierto se ha afirmado que una vez obtenida la declaración de ilícita de determinada publicidad, su cesación y publicación, los principios generales de la responsabilidad civil admiten una acción de daños. Esta posibilidad no está incluida, por lo menos de modo expreso, en la norma pero, sin lugar a dudas, resulta perfectamente factible³². Es por ello que en el siguiente acápite se indagará acerca de la posibilidad legal, mediante una interpretación integral de las normas del CCyC con todo el ordenamiento jurídico y de conformidad para con el denominado “bloque constitucional” (arts. 1 y 2 CCyC)-, de incoarse acciones judiciales tendientes no sólo a la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que la publicidad ilícita pudiera ocasionar, sino también la viabilidad tanto de tutelas preventivas de daños, como de eventuales aplicaciones de daños punitivos a aquellos proveedores que exterioricen, a través de la publicidad de sus bienes y servicios, una notoria desaprensión para con los derechos de los consumidores y usuarios destinatarios de las mismas.

IV.- Los daños punitivos como mecanismo de tutela preventiva. La necesidad de una integración normativa:

En el punto anterior se analizaron las normas que incorporó el CCyC a los fines de regular el fenómeno de la publicidad dirigida a consumidores y usuarios, razón por la cual, en oportunidad de aludir a las acciones o mecanismos judiciales con los que cuenta el consumidor frente a publicidades ilícitas, se hizo referencia a la acción de cese de la publicidad ilícita y a la posibilidad de solicitar la publicación de anuncios rectificatorios. No obstante ello, dichas acciones no son las únicas que podrían articularse frente a aquellas publicidades ilícitas que infrinjan derechos de consumidores y usuarios y que, eventual o efectivamente, ocasionen daños a los mismos.

En este sentido, ante cualquiera de los supuestos de publicidades ilícitas, los consumidores en forma individual, o bien cualquiera de los demás legitimados para la protección de los derechos de consumidores y usuarios³³, pueden reclamar judicialmente tanto la reparación plena de los daños patrimoniales y/o extrapatrimoniales que pudieren haberse ocasionado, como también, en el marco de una acción de cesación de publicidad ilícita, -entendiéndose a ésta última como una especie de tutela preventiva de daños del art. 1711 del CCyC-, podría solicitarse incluso la aplicación de una sanción civil por daños punitivos (art. 52bis de la LDC) a los efectos disuasorios como también preventivos de éste tipo de conductas reprochables. En virtud del eje temático propuesto para este ensayo, haremos hincapié principalmente en ésta última posibilidad.

En lo que respecta a los mecanismos de tutela preventiva de daños, incorporados ahora en el CCyC en los arts. 1710 a 1715, cabe decir que la

³¹ Cfr. Leiva Fernández, Luis F. P., en: *Código Civil y Comercial, Comentado. Tratado Exegético, Ob. Cit.*, Tomo V, pág. 857.

³² Tambussi, Carlos E., “Contratos de Consumo”, en *Código Civil y Comercial de la Nación, Ob. Cit.*, T°1, pág. 636.

³³ El art. 52 LDC confiere legitimación activa para iniciar acciones judiciales en materia de consumo “al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizados en los términos del art. 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal...”

consagración de la función preventiva del Derecho de Daños en el referido cuerpo legal ha elevado a la categoría de principio del Derecho Privado a la prevención del daño. Este principio ya tiene reconocimiento en otras áreas muy próximas como el Derecho del Consumidor expresado a través del paradigma de la seguridad del producto; el Derecho Alimentario que basado en el paradigma de la seguridad alimentaria adopta como idea directriz la prevención del daño, y el Derecho Ambiental que muy ampliamente lo reconoce como un principio (art. 4, Ley n° 25.675)³⁴.

Siguiendo a autorizada doctrina puede decirse que el CCyC adopta una posición que impulsa la prevención de daños cuando se regulan las acciones judiciales de cesación (art. 1102) derivadas de la existencia de una publicidad abusiva, engañosa o comparativa (art. 1101). En efecto, en el art. 1102, en línea con lo que ocurre en el derecho Comparado, se prevé una acción preventiva para obtener una “cesación de la publicidad ilícita”.³⁵ La “nueva función preventiva” de la responsabilidad civil tiene enormes proyecciones pues: (a) instrumenta no sólo deberes generales vinculados a la evitación del daño, sino también (b) provee una acción judicial genérica para la prevención de los daños que podrá ser puesta por los operadores del campo legal al servicio de la prevención de los daños³⁶.

El deber de evitar causar un daño, consagrado en el art. 1710 inc. a) del CCyC es el equivalente al deber general de no dañar a otro que se establece en el art. 1716 del CCyC y que funciona como fundamento último del sistema de reparación de daños, con lo cual, tanto la prevención como la reparación compartirían una misma “raíz”³⁷: el deber de no dañar al otro (*alterum non laedere*), respecto del cual cabe decir que la CSJN ha sostenido que tiene raigambre constitucional que surge del art. 19 de la CN³⁸.

Luego de la precedente y obligada referencia a la consagración normativa en el CCyC del deber de evitar causar un daño y de la función preventiva de la responsabilidad, cabe ahora aludir a los argumentos jurídicos que permiten concebir a los daños punitivos, como un mecanismo de tutela preventiva de daños con el que cuentan los consumidores frente a los supuestos de publicidad ilícita antes desarrollados.

Los daños punitivos han sido definidos como “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir graves inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro”³⁹. En sentido similar se ha dicho que: “Los daños punitivos o multas civiles son sanciones de carácter civil y de origen legal, que pueden implicar no sólo una obligación de dar sino también de otra índole, disuasiva, accesoria, de aplicación

³⁴ Cfr. Sozzo, Gonzalo, “El principio de prevención del daño y los daños derivados del déficit de prevención” en: *“Contratos Comerciales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. RubinzalCulzoni, 2017-3, pág. 616.

³⁵ *Idem*, pág. 617.

³⁶ En la teoría del Derecho de Daños sin duda el debate en torno a la prevención del daño ha estado vinculado directamente a la escuela del Análisis Económico del Derecho que, en una de sus corrientes de pensamiento más destacadas, sostiene que la prevención del daño es la función primaria de todo sistema de daños. Desde la perspectiva de Gonzalo Sozzo, esta función preventiva del Derecho de Daños sólo puede cumplir una función subsidiaria de la administración, porque es el Estado quien en principio tiene la función primaria de velar por la seguridad de los ciudadanos en un Estado Democrático de Derecho. Cfr. Sozzo, Gonzalo, “El principio de prevención del daño y los daños derivados del déficit de prevención” en: *“Contratos Comerciales”, Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. RubinzalCulzoni, 2017-3, págs. 618 y sigtes.

³⁷ Cfr. Sozzo, Gonzalo, “El principio de prevención del daño y los daños derivados del déficit de prevención” en: *Ob. Cit.*, pág. 630.

³⁸ CSJN, “*Santa Coloma, Luis F. y otros c/ Empresa de Ferrocarriles Argentinos*”.

³⁹ Pizarro, Ramón Daniel, *Daño Moral*, Hammurabi, Buenos Aires, Año 1996, pág. 453.

excepcional, que se impone al condenado en ciertos casos en los cuales el mismo ha actuado con dolo o culpa grave, generalmente con el fin de evitar que el mismo conserve ganancias (económicas, políticas o de otra especie) derivadas de su accionar ilícito, no obstante haber pagado las indemnizaciones correspondientes, aunque también su aplicación procede en otros supuestos en los cuales puede justificarse para castigar y prevenir conductas que merezcan un grado muy alto de reprochabilidad por parte de la sociedad”⁴⁰.

De las definiciones citadas, cabe resaltar que la finalidad de la aplicación de los daños punitivos en su carácter de multa civil, no tiende tan sólo a punir o castigar sino también a prevenir conductas notoriamente reprochables de los proveedores de bienes y servicios, por resultar las mismas desaprensivas respecto de los derechos de los consumidores y usuarios. Lo señalado, conlleva a la necesidad de analizar para su procedencia el elemento subjetivo con el que ha obrado el proveedor, a los fines de aplicar la sanción civil cuando éste haya incurrido en dolo o culpa grave.

En este orden de ideas, cabe traer a consideración lo afirmado por la doctrina en el sentido de que el principio de reparación plena o integral no cubre todos los daños y todas las consecuencias, y de allí, que la exigencia ética y jurídica de “no dañar” requiere ante todo impedir daños injustos, al margen de reparar los causados, de manera tal que las infracciones serias al deber de prevención son pasibles de sanciones privadas contra el dañador que deberían satisfacer una función disuasoria⁴¹.

Respecto de los requisitos de procedencia de los daños punitivos cabe mencionar que existen algunas posiciones encontradas en la doctrina, en razón de que para algunos resulta necesaria la existencia de un daño resarcible para que en forma accesoria pueda reclamarse la sanción civil por daños punitivos, mientras que otro sector, -cuya opinión se comparte-, concibe la posibilidad de una sanción autónoma, aún ante la inexistencia de un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial efectivamente sufrido por el consumidor⁴².

En virtud de lo señalado y teniéndose particularmente presente que la acción de cesación de publicidades ilícitas constituye una especie de tutela preventiva de

⁴⁰Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto de Defensa del Consumidor Comentado*, La Ley, Buenos Aires, Tomo II, págs. 257.258.

⁴¹Zavala de González, Matilde, *Función preventiva de daños*, La Ley, Publicado: 03/10/2011, 1, pág. 1. En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia: “Es claro que la aplicación de la multa responde a una causa distinta a la reparación integral del daño causado, esto es la necesidad de instituciones sancionatorias y preventivas que desalienten estas conductas desaprensivas y antisociales de las empresas...en la sociedad actual es imprescindible desalentar aquellas conductas que pueden virtualmente dañar a la sociedad en su conjunto o a una vasta pluralidad de individuos, como es el caso del consumo, otorgando un plus a quien denuncia y persigue judicialmente tales actos” (Cám. Civ. y Com. de Tucumán, Sala II, en autos: “*Esteban Noelia Estefanía c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.G. s/ Daños y Perjuicios*”. Sentencia n° 388 de fecha 27/07/2017.

⁴²En efecto, para algunos, quien solicite la pena está forzado a reclamar que le indemnicen, aunque sea por pequeños perjuicios (podrían ser daños patrimoniales o extrapatrimoniales “mínimos” incluso) o de lo contrario, su pedido no podrá ser tenido en cuenta (Cfr. Chamatropulos, Demetrio A., *Estatuto de Defensa del Consumidor. Comentado, Ob. Cit.*, Tomo II, pág. 282. En sentido similar: Lorenzetti, Ricardo L, *Consumidores, Ob. Cit.*, pág. 563). Otros autores, -cuya opinión se comparte-, se pronuncian a favor de que el art. 52 bis LDC permite aplicar la multa civil de modo autónomo, señalando al respecto que no se requiere la existencia de un perjuicio para imponer daños punitivos, y que haya o no daños, si se da una grave inconducta, se deben aplicar daños punitivos, de lo contrario habría que esperar que la conducta gravemente reprochable del dañador se cobre una víctima para que recién pueda tener lugar la condena por daños punitivos. (Cfr. Colombres, Fernando M., “*Los daños punitivos en la nueva Ley de Defensa del Consumidor*”, La Ley, 2008-E, 1159. En sentido similar se ha afirmado que lo que se debe buscar es detener “el obrar riesgoso o lesivo” de ciertos proveedores, por lo que exigir como requisito de procedencia la prueba de un daño sufrido contrariaría la finalidad de la propia norma (Cfr. Álvarez Larrondo, Federico M., “*La incorporación de los daños punitivos en el derecho de Consumo argentino*” JA, 2008-II-1246.

daños (art. 1711 CCyC), no encontramos valladar legal alguno para que, en el marco de dicha acción judicial de cesación, pueda esgrimirse también una pretensión de aplicación de daños punitivos a aquel proveedor que infringió lo dispuesto en el art. 1101 CCyC, ello sin necesidad de que se reclame además el resarcimiento o indemnización de algún daño patrimonial o extrapatrimonial. No obstante ello, cabe decir que siendo los daños punitivos sanciones civiles de carácter excepcional, su aplicación no debiera proceder como regla, sino en aquellos supuestos en los que el proveedor haya incurrido en un accionar reprochable por su dolo o culpa grave respecto de la publicidad ilícita que realizó de sus bienes o servicios.

Se considera la solución legal propuesta acorde a la función preventiva de la responsabilidad civil y al deber de evitar ocasionar daños consagrados en el CCyC, normas que conducen a afirmar la posibilidad de punir graves inconductas de proveedores a través de sus publicidades con el fin de prevenir su concurrencia a futuro, y ello con independencia de haber tenido lugar un menoscabo patrimonial o extrapatrimonial sufrido por los consumidores. Esta alternativa resulta de una interpretación y aplicación integral de las normas jurídicas presentes en la Constitución Nacional, el CCyC y la LDC, efectuada de conformidad para con lo dispuesto en los arts. 1 y 2 del CCyC, sin perder de vista que por tratarse de una aplicación de normas en el marco de una relación de consumo, ha de estarse siempre a una interpretación en el sentido más favorable al consumidor en virtud de su concepción como débil jurídico (art. 1094 CCyC y art. 3 LDC)⁴³.

Para concluir, cabe señalar que el objetivo que se propone el diálogo de fuentes y sus reglas derivadas es poner en práctica una labor de integración de las diferentes fuentes en las que se hallan cada una de las reglas en conflicto. Es importante destacar, -siguiendo a Gonzalo Sozzo-, que el diálogo de fuentes es doble, el diálogo intraregulación de las relaciones de consumo que está guiado por la directiva de progresividad maximalista, que pretende lograr componer respuestas normativas a los casos que se presenten, que asegure el mayor nivel de protección del consumidor posible. Por otro lado, se encuentra el diálogo extramicrosistema de protección del consumidor, que debe estar guiado por la directiva desarrollista tendiente a que todos los derechos fundamentales en juego se vean potenciados⁴⁴.

V.- Conclusiones:

- 1)- La publicidad constituye un canal de expresión natural para la información dirigida a consumidores y usuarios, no obstante lo cual, debe tenerse presente que información y publicidad responden a intereses y objetivos completamente distintos.
- 2)- La publicidad cumple un rol de suma importancia en el ámbito de las relaciones de consumo, toda vez que se constituye en muchos casos en la primera y única información que recibe el consumidor en forma previa a contratar un bien o servicio.
- 3)- Las normas regulatorias de la publicidad en el CCyC han de ser interpretadas en forma integral con las demás normas del ordenamiento jurídico nacional, mediante un

⁴³En el campo del derecho del consumidor existen ahora tres niveles de regulación: a) normas fundamentales; b) normas codificadas y c) normas establecidas en las leyes especiales, lo que torna ineludible clarificar de qué manera interactúan esos preceptos normativos. En lo que respecta a esta cuestión, se ha dicho que el operador del campo debe partir de las normas fundamentales, en particular del principio de protección del consumidor, procurando lograr la composición de normas que más favorezca la protección del consumidor. Cfr. Sozzo, Gonzalo, *La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012* Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/gonzalo-sozzo-resistemizacionregulacion-consumo-proyecto-codigo-civil-2012-dacf130079/123456789-0abc-defg9700-31fcanirtcod>

⁴⁴Sozzo, Gonzalo, *La resistemización de la regulación del consumo en el Proyecto de Código Civil 2012*, págs. 84 y 101. Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/gonzalo-sozzo-resistemizacionregulacion-consumo-proyecto-codigo-civil-2012-dacf130079/123456789-0abc-defg9700-31fcanirtcod>

diálogo de fuentes guiado por una directiva de progresividad maximalista, que pretende lograr componer respuestas normativas que aseguren el mayor nivel de protección del consumidor posible y por una directiva desarrollista, que respete en la mejor medida posible los derechos fundamentales involucrados (derecho a la información y a un trato digno de los consumidores y derecho a la libertad de expresión de los proveedores de bienes y servicios).

4)- En la tarea de interpretación y aplicación de normas en una relación de consumo ha de tenerse especialmente presente el principio de interpretación de las normas en el sentido más favorable al consumidor (art. 3 LDC y art. 1094 CCyC).

5)-La aplicación de daños punitivos de manera autónoma frente a los diversos supuestos de publicidades ilícitas constituye un mecanismo de tutela preventiva, con sustento legal en de las normas del CCyC consagratorias de la tutela preventiva de daños, del deber legal de no dañar y del deber de interpretación de las normas que regulan la relación de consumo en el sentido más favorable al consumidor en cuanto débil jurídico.

6)- La aplicación de daños punitivos frente a supuestos de publicidad ilícita se encuentra en todo casosujeta a determinadas circunstancias del caso particular, consistentes en la existencia de dolo o culpa grave por parte del proveedor, que tornen necesaria y prudente la aplicación de la sanción civil.