



FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES

UNIVERSIDAD DE MENDOZA

MONOGRAFIA DEL SEMINARIO

DERECHO DE CONSUMO

**LA PROBLEMÁTICA DE LOS CONTRATOS DE CONSUMO POR LA PUBLICIDAD
ENGAÑOSA**

ALUMNA: Sotelo Catalá, Marysol

Profesor titular: Gustavo Campoy

2024

RESUMEN

La publicidad engañosa se define como aquella que, por su forma de presentación o por su información (o falta de ella), puede inducir al error o engaño al consumidor y/o usuario sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio, naturaleza, origen, cantidad, uso, etc. Esta definición se incluye en el art. 9° de la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial, donde se establece su prohibición. Uno de los principales problemas que se enfrentan los consumidores es que la publicidad ocupa el lugar de la información, y termina anulando el derecho a ser informados. Esto sumado a que la escasa información presente en las publicidades muchas veces es falsa, constituye un gran riesgo para el consumidor (tanto para su economía como para su salud o seguridad); por lo que es importante protegerlo de las publicidades engañosas.

Este trabajo de investigación examina la regulación jurídica de la publicidad engañosa en Argentina, como así también tiene intención de brindar información respecto de cómo debería ser el actuar de los consumidores al encontrarse con esta situación.

Contenido

CAPÍTULO 1	5
CONCEPTUALIZACIONES GENERALES PREVIAS	5
Conceptos y diferencias entre relación de consumo y contrato de consumo	5
Relación de consumo:	5
Contrato de consumo:	6
Noción de publicidad comercial:	6
CAPÍTULO 2	8
TIPOS DE PUBLICIDAD	8
Concepto y caracterización de publicidad ilícita	8
Publicidad engañosa:	8
Publicidad desleal:	9
Directa:	10
Indirecta:	10
Publicidad abusiva, discriminatoria o inductora de hábitos perjudiciales	11
Publicidad subliminal:	12
CAPÍTULO 3	13
ANTECEDENTES	13
CAPÍTULO 4	14
ESTADO ACTUAL	14
CAPÍTULO 5	15
PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ARGENTINA	15
CAPÍTULO 6	17
MARCO LEGAL:	17
Introducción	17
Constitución Nacional: Relación de la publicidad engañosa con el derecho de información del art 42 C.N.	17
Tratados internacionales	19
Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario y sus modificatorias	20
Ley N° 22.802 y resoluciones complementarias	20
Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia	21

LA PROBLEMÁTICA DE CONSUMO POR LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA.

Resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor	21
Resolución 789/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería:	23
Código Civil y Comercial	24
CAPÍTULO 7	26
NORMATIVA COMPLEMENTARIA	26
Ley N° 26.104 de publicidad con fines turísticos.....	26
Publicidad engañosa en el turismo	26
Ley N° 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco	27
Ley N° 24.788 de lucha contra el alcoholismo.....	27
CAPÍTULO 8	29
CASOS SANCIONADOS	29
CAPÍTULO 9	32
RESPONSABILIDAD CIVIL POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA	32
CAPÍTULO 10	34
SANCIONES PARA LOS INFRACTORES	34
BIBLIOGRAFIA:	36

CAPÍTULO 1

CONCEPTUALIZACIONES GENERALES PREVIAS

Más allá de la legislación existente sobre publicidad y sobre las relaciones de consumo en sí, tenemos que determinar y valorar la influencia que tiene sobre nuestro derecho y la forma de aplicarlo, la jurisprudencia que surgió a lo largo del tiempo, resolviendo cada uno de los conflictos sobre relaciones de consumo, y con mayor importancia los conflictos que surgían por el engaño de las grandes empresas utilizando publicidad que incita al error, y a la equivocación.

La publicidad se inserta en múltiples ámbitos y medios: en la televisión, en la radio, en correos electrónicos, en folletos, revistas, diarios, en carteles o afiches sobre la vía pública, etc. Es un instrumento necesario para las empresas con el fin de promocionar y vender sus productos y/o servicios, pero muchas veces la información contenida en la publicidad es inexacta o falsa con intención de persuadir aún más al público consumidor, configurando una publicidad ilegal. Es allí donde las normas de protección al consumidor deben actuar defendiendo los intereses del más débil de la relación de consumo: el consumidor y usuario.

En este capítulo se analizan los conceptos básicos para comprender la temática elegida para luego poder profundizar sobre la normativa vigente.

Conceptos y diferencias entre relación de consumo y contrato de consumo.

Relación de consumo: La relación de consumo es un vínculo que puede ser de carácter contractual o extracontractual, según el caso y es más amplio que el de contrato de consumo. Este último es la fuente contractual de la primera. La fuente extracontractual de la relación de consumo se refiere a hechos dotados de virtualidad jurídica como para vincular a consumidores con proveedores (Carranza Torres; Rossi, 2009).

Por ejemplo, la publicidad que se haga de un producto o servicio, tiene efectos jurídicos. Lo mismo ocurre con una oferta, o la información que se brinde a un cliente que ingresa al local o consulta telefónicamente. Son todos actos que se presentan antes de contratar pero que conforman una relación de consumo, por lo tanto, cuentan con protección jurídica. El Código Civil de Vélez no contenía normas destinadas a regular los contratos ni las relaciones de consumo. La Ley de Defensa del Consumidor que entró en vigencia en 1993 regulaba solo los vínculos causados en contratos de consumo onerosos. En el año 1994 se reformó la C.N., y se incorporó el art. 42, donde se menciona de manera expresa la noción de relación de consumo. En el año 2008 se reforma la LDC y allí se define a la relación de consumo como el “vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

Actualmente, la relación de consumo se encuentra definida tanto en el art. 1092 del CCyC de la Nación como en el art. 3° de la Ley 24.240 de una manera similar.

El art. 3° de la LDC dice en el 1° párrafo que: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario”.

La intención del legislador en esta definición fue ampliar el ámbito de aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor. Por otra parte, el art. 1092 del nuevo Código Civil y Comercial dice en la primera parte del 1° párrafo: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”.

Ambas normas dejan de lado la concepción del anterior art. 1° de la LDC (antes de la reforma del 2008 mediante la ley 26.361), que consideraba consumidor sólo al que trababa una relación contractual, lo que dejaba fuera de sus prescripciones a las situaciones que se presentaban en la faz precontractual o extracontractual.

Se interpreta entonces, que el consumidor actúa en el mercado desde mucho antes de celebrar el contrato de consumo. De lo contrario se dejaría desprotegido al potencial consumidor, que está en condiciones de consumir un determinado bien o servicio, pero no ha establecido aun un contrato con el proveedor del mismo.

Contrato de consumo:

El actual texto del art. 1093 del CCyC define expresamente al contrato de consumo: “Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

En el CCyC, se produce una fragmentación del tipo general de contrato. Plantea Lorenzetti (2014): “Hay un título relativo al contrato clásico y otro vinculado al contrato de consumo”. Esta diferenciación se produce con el objeto de neutralizar la vulnerabilidad producida por la asimetría de información, inferior capacidad técnica, y dispar capacidad jurídica y de negociación que suele presentarse entre los contratantes en los contratos de consumo.

Noción de publicidad comercial:

La publicidad es “el conjunto de medios destinados a informar al público y convencerlo de la necesidad de adquirir un bien o servicio” (Tambussi, 2015).

Ese convencimiento se produce estimulando, persuadiendo, sugiriendo. Otra parte de la doctrina, define a la publicidad como “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones” (Wajntraub, 2004).

Prestigiosa doctrina también define 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 de productos o servicios” (Lorenzetti, 2000, p. 101).

La publicidad “tiene por objeto vender un producto o servicio, sirve como un medio de información sobre la aparición de nuevas mercancías, sus cualidades, precios, etc.” (Stiglitz, 1994).

El mismo autor citado sostiene que la publicidad debe respetar ciertos principios básicos: Principio de legalidad, mediante el cual se debe respetar el conjunto de leyes vigentes en una Nación; principio de veracidad, que consiste en que la publicidad no debe inducir a error al público sobre la naturaleza y demás características del producto o servicio anunciado; principio de autenticidad, que determina que los anuncios deben ser reconocibles como tales, distinguiéndose de las informaciones o programaciones noticiosas o de otra índole; principio de libre y leal competencia, que consiste en el uso de los medios lícitos en la competencia, por lo que no es necesario llegar a la ofensa o ridiculización del usuario.

Por otro lado, Tambussi (2015) agrega a estos principios el de identificación, que consiste en que el destinatario tome conciencia que se trata de publicidad comercial, con el fin de vender, como contracara del anuncio clandestino y subliminal; el orden público, ya que el interés general está comprometido en el fenómeno regulado, descartando la publicidad abusiva, discriminatoria o desconocedora de derechos.

CAPÍTULO 2

TIPOS DE PUBLICIDAD

La publicidad se ordena con base en la responsabilidad empresarial y los principios de veracidad expuestos en apartados anteriores. Su forma engañosa puede ser clasificada de la manera siguiente, según sus características y condiciones:

Concepto y caracterización de publicidad ilícita: Aquella que vulnera la dignidad de las personas, sus valores o los derechos reconocidos por ley. Por ejemplo, la incitación de menores a un comportamiento violento o perjudicial para ellos mismos.

La publicidad es ilegal cuando se realiza de algunas de las formas prohibidas por el ordenamiento jurídico. En nuestra legislación, no se define a la publicidad ilícita, pero se enumeran en el Código Civil y Comercial los tipos prohibidos: la publicidad engañosa, la comparativa en cuanto se base en falsedades y devenga en engañosa.

Además, repudia la publicidad abusiva, la discriminatoria más la inductiva de conductas perjudiciales. No incluye a la publicidad subliminal, aspecto que puede ser considerado erróneo, pero ésta se encuentra prohibida en la Ley de Medios Audiovisuales.

Publicidad engañosa: Aquella que induce al error y supone un perjuicio para el destinatario, pudiendo afectar su comportamiento, hábitos o salud. Lo mismo puede decirse en caso de dirigirse la publicidad a desprestigiar a un competidor. Tampoco puede adherir a un código de conducta de otra organización o de una institución pública sin previa autorización de la entidad en cuestión.

La publicidad puede engañar de diversos modos: ocultando información esencial, afirmando hechos o características que no coinciden con la realidad, brindando datos confusos o inexactos, entre otros. La publicidad engañosa es aquella que, en razón de datos falsos o inexactos, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias induce o puede inducir a error en sus destinatarios sobre elementos esenciales del producto: naturaleza, composición, propiedades, calidad, etc. (Mercuriali y Giay, 2005).

El inciso a) del art. 1101 del CCyC, prohíbe toda publicidad que: “contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio”.

El concepto de publicidad engañosa ya figuraba en la Ley de Lealtad Comercial N° 22.802, en el art. 9°: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error, engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precios, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios”.

Como se puede ver, la definición que brinda el art. 9° de la Ley de Lealtad Comercial, es más amplio y completo que el del CCyC. En este último, no se hace mención al ocultamiento de información; es decir, al engaño por omisión de información.

En el II Congreso de Derecho del Consumidor efectuado en Rosario, en mayo de 1994, se definió a la publicidad engañosa como “la que, mediante inexactitudes u ocultamientos, puede inducir a error, engaño o confusión, menoscabando la voluntad jurídica del consumidor o usuario” (Frustaglia y Ariza, 1994, punto 2, Tema N°1). Siguen expresando los autores que la publicidad engañosa, además de estar prohibida por la Ley de Lealtad Comercial, configura un supuesto de violación al deber de información, correspondiéndole al consumidor el derecho de plantear la nulidad total o parcial del acto, no siendo para ello necesario que se configure vicio del consentimiento.

La publicidad engañosa es una práctica cotidiana de las empresas, y la más seria, porque el público al momento de adquirir un bien o servicio basa sus elecciones en la información que recibe del oferente. Está dada por cualquier información o forma de presentación que pueda inducir al error público sobre el producto o servicio, sus cualidades, precio y cualquier otra característica. El engaño también se puede dar por la omisión de algún dato importante o esencial del producto o la oferta en sí (Stiglitz, 1991). Ejemplos de este tipo de engaños se pueden dar en los materiales o ingredientes con los que está hecho un producto, en la información que se da del precio, en la letra chica de la publicidad, en la oferta de productos sin informar el stock, etc.

Se puede incurrir en publicidad engañosa por exceso, o por defecto u omisión. La primera, refiere a exageraciones o falsedades sobre las propiedades, características o beneficios que tiene el producto o servicio. La segunda, consiste en no brindar información relevante sobre el mismo (Cohen Sabban, 2010).

Publicidad desleal: Definida por su contenido, es aquella que atenta contra un competidor u organización mediante cualquier descrédito, difamación o menosprecio por su actividad. También entran dentro de esta categoría aquellas comparaciones no objetivas sobre las características de los productos. El propósito de este tipo de publicidad es afectar el desempeño de rivales y competidores.

La publicidad desleal se clasifica en tres vertientes:

- Publicidad denigratoria: es la que provoca el descrédito o denigración de otra marca o de sus productos o servicios.

- Publicidad parasitaria o adhesiva: la que provoca confusión con las empresas, productos, signos de los competidores, así como aquella que haga un uso indebido de la denominación, marca, signo distintivo de otros productos.

- Publicidad comparativa: cuando no se apoya en características esenciales, afines y objetivamente demostrables de los productos o servicios, o cuando se contrapongan bienes o servicios con otros no similares o desconocidos, o de limitada participación en el mercado. En nuestro país la publicidad comparativa es legal cuando la comparación sea real, objetiva y verdadera. Un fallo importante en esta cuestión, para disipar dudas acerca de la ilicitud o litud de la publicidad comparativa, es el que se dictó en “Cervecería y Maltería Quilmes c/CASA Isenbeck s/incidente de apelación” donde la Sala reafirmó el criterio que debe ser utilizado cuando se compraran dos productos, afirmando que la comparación debe ser leal y veraz. Sostuvo en su pronunciamiento que la publicidad comparativa ayuda a equilibrar las fuerzas del mercado.

La publicidad comparativa “puede aportar al consumidor informaciones útiles y válidas, sobre los bienes y servicios ofrecidos” (Siglitz, 1990, p. 19). Siempre y cuando no degeneren en efectos engañosos, y, por otra parte, las aserciones no sean genéricas y abstractas, sino referidas a elementos esenciales y verificables.

En los autos “Unilever de Argentina S.A. c/DNCl” se puede observar un caso de publicidad comparativa ilegal. En la publicidad, se comparaba la información nutricional de una mayonesa con otros productos como la manteca, el queso crema y el aceite de oliva. El fallo remarcó que “los alimentos a ser comparados deben ser diferentes versiones de un mismo alimento”. La sentencia indica que los alimentos en comparación no son similares, y que además la publicidad contenía expresiones equivocadas, inexactitudes y ocultamientos que pueden inducir a error, engaño o confusión, menoscabando de tal modo la voluntad jurídica del potencial consumidor o usuario, violando el principio de veracidad del mensaje publicitario.

El inc. b) del art. 1101 del CCyC la prohíbe cuando “efectúe comparaciones de bienes o servicios de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor”. El legislador se ha limitado a prohibirla, pero no ha brindado parámetros para calificar como tal a la publicidad.

Tipos de publicidad comparativa (Mercuriali; Giay, 2005):

Directa: compara un producto o servicio propio con un producto o servicio competidor, identificándolo expresamente (referencia explícita) o permitiendo que éste sea identificable (referencia implícita).

Indirecta: efectúa la comparación con el resto de los competidores, sin referirse a ninguno en especial. Muchas veces busca resaltar caracteres exclusivos del producto, que pretenden distinguirlo de los otros, y hacerlo superior. En ese caso, las ventajas comparativas deben ser objetivamente determinables y ciertas, con base en aspectos importantes del producto o de su uso.

La publicidad comparativa se ha convertido con el paso del tiempo en un elemento clave en la estrategia de productos y empresas. De allí la importancia del respeto del consumidor y de los competidores, con el fin de realizar una publicidad legal, veraz, leal y socialmente responsable que, sin denigrar, logre el fin último de informar debidamente.

En síntesis, la publicidad comparativa no debe llevar a engaño al consumidor, debe ser veraz y respetar las normas de una leal competencia, basándose la comparación en elementos objetivamente verificables y equitativamente expuestos en la publicidad evitando la denigración de la competencia, sus marcas y productos. Ello implica ejercer responsablemente el derecho a la libertad de expresión comercial mediante la realización de una publicidad respetuosa del consumidor y de los competidores en favor de una competencia leal, evitando el uso de exageraciones o expresiones superlativas infundadas y contando con información, estudios de mercado o testeos de relevancia y pertinencia que respalden la información que se brinde en los mensajes, efectuados o avalados por terceros independientes de reconocido prestigio e idoneidad en la materia. Asimismo, debe comparar bienes o servicios equiparables que satisfagan las mismas

necesidades o que cumplan la misma finalidad. La publicidad comparativa es lícita, siempre que no sea engañosa o denigre el producto del tercero que se utiliza para la comparación.

Publicidad abusiva, discriminatoria o inductora de hábitos perjudiciales Esta publicidad está prohibida en el inc. c) del art. 1101 del CCyC que prohíbe toda publicidad que sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

La publicidad abusiva es la que atenta contra la dignidad de la persona, o vulnera los derechos y valores de la Constitución (Frustagli y Ariza, 1994). Sostiene Lorenzetti (2000) que uno de los principios básicos de toda publicidad es el de orden público, toda vez que el interés general está comprendido en su vigencia y eficacia; debiendo descartarse la publicidad abusiva, que atenta contra la igualdad democrática, promueve la discriminación o desconoce los derechos del niño, la mujer, la ancianidad; compromete la privacidad de las personas, etc.

Se basa e insiste en emociones, motivaciones y sugerencias directas. Apela al vértigo y la discriminación, miedo o creencias. Genera o exacerba ansiedades, ataca la libre elección y se entromete en la intimidad del consumidor (Tambussi, 2015). Asimismo, resulta abusiva la que utiliza el miedo o la superstición, o la que incita a la violencia.

El art. 81 de la Ley 26.522 contiene tres incisos que hacen referencia a este tipo de publicidades: “h) La publicidad destinada a niñas y niños no debe incitar a la compra de productos explotando su inexperiencia y credulidad;

i) Los avisos publicitarios no importarán discriminaciones de raza, etnia, género, orientación sexual, ideológicos, socio-económicos o nacionalidad, entre otros; no menoscabarán la dignidad humana, no ofenderán convicciones morales o religiosas, no inducirán a comportamientos perjudiciales para el ambiente o la salud física y moral de los niños, niñas y adolescentes;

j) La publicidad que estimule el consumo de bebidas alcohólicas o tabaco o sus fabricantes sólo podrá ser realizada de acuerdo con las restricciones legales que afectan a esos productos...”

La publicidad discriminatoria puede referirse a cualquier categoría de menoscabo, pudiendo hallarse referida a la raza, al sexo, a la preferencia o inclinación sexual, a la condición social, a la nacionalidad, a la profesión y a las convicciones religiosas o políticas, la edad, entre otros.

Según Pino Abad (1991) el fundamento de la ilicitud de esta publicidad contraria a la dignidad de la persona y a los valores y derechos reconocidos en la Constitución, se encuentra en un hecho tan evidente como que toda actividad publicitaria contraria a esos valores es ilícita por carácter inconstitucionalidad. El elemento determinante de la ilicitud de la publicidad podemos encontrarlo no sólo en el contenido del mensaje, sino también en la forma utilizada para comunicar ese mensaje publicitario.

Al prohibir toda práctica publicitaria que lleve a conductas nocivas, adictivas o perjudiciales para el estado de salud de los destinatarios, hace referencia por ejemplo a

la publicidad de productos elaborados con tabaco o de medicamentos que no sean de libre venta.

Publicidad subliminal: Es todo mensaje audiovisual (compuesto por imágenes y sonidos) que se emite por debajo del umbral de percepción consciente y que incita el consumo de un producto. También es aplicable a aquellos mensajes visuales que contienen información que no se puede observar a simple vista. En el caso de las imágenes en movimiento el ser humano no es capaz de percibir de manera consciente cada una de las imágenes que se proyectan sobre una pantalla a una cadencia de más de 14 imágenes por segundo. Sin embargo, el cerebro sí es capaz de percibirlos, de tal manera que cualquier mensaje que se inserte por este método puede ser percibido de manera subconsciente, lo que ha llevado a algunos a afirmar que este tipo de imágenes influyen en la voluntad del individuo a la hora de realizar una determinada actividad (consumir un determinado producto o marca, por ejemplo). Los estudios más recientes han demostrado que si las condiciones son las correctas los mensajes subliminales funcionan (Motluk, Alison).

Argentina ha legislado en contra de la publicidad subliminal porque se considera ilícita la violación de la conciencia a través de esta técnica. Así, la ley N° 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual promulgada en el año 2009, en su art. 81 Inc. f) establece la prohibición a los licenciarios o autorizados de los servicios de comunicación audiovisual de emitir publicidades subliminales, entendidas estas como las que poseen aptitud para producir estímulos inconscientes presentados debajo del umbral sensorial absoluto. Esta publicidad no ha sido incluida en el art. 1101 del CCyC.

CAPITULO 3

ANTECEDENTES

Para entender sobre los orígenes de la publicidad engañosa, tenemos que tener en cuenta la historia que marca, los orígenes del consumismo y en sí, las relaciones de consumo. La demanda, en definitiva el consumo, ha cambiado a lo largo de la historia, tanto es así, que podemos afirmar que fue a partir de la crisis de los 70 cuando se produjeron una serie de cambios que repercutieron de forma notable en el consumo. Como todos sabemos, toda época de crisis, es una época de cambios, cambios fundamentalmente sociales, que afectan a la sociedad en su conjunto, a su forma de pensar, de enfrentarse al mundo, de organizarse en el trabajo, de ver el futuro.

A partir de esta crisis se inició el fin del capitalismo industrial tal y como se había conocido hasta entonces. No es que dejaran de existir las minas, la siderurgia, la industria mecánica, la textil o la química, propiamente dichas, pero sí la manera en la que todas estas eran vistas en esa época.

Concretamente, fue partir de la Segunda Guerra Mundial, en la década de los 50, cuando la producción cobró una gran importancia, contribuyendo a *aumentar las necesidades*; entre otras causas, porque las exigencias del propio desarrollo capitalista condujeron a una situación en la que la demanda del consumidor debía ser a la vez estimulada y orientada, en un mercado en constante expansión y transformación cualitativas internas, como consecuencia del cambio estructural del primitivo capitalismo de producción en el que podemos llamar *neocapitalismo de consumo*.

Atendiendo a este nuevo capitalismo de consumo, surgen dos conceptos diferentes para tener en cuenta que son el consumo y el consumismo.

Por consumo entendemos que es el acto a través del cual las personas físicas y jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios como destinatario final, es decir, como consumidores o usuarios.

El consumismo es una práctica por la cual una persona compra más allá de lo indispensable. Sumado esto, aunque el nivel de ingresos del consumidor no se lo permita, buscará algún tipo de financiamiento.

Se puede decir que existen diferentes tipos de consumismo y son producto de un sistema económico que impulsa la compra, con diversos mecanismos como el crédito, y a lo cual debemos añadir el desarrollo de publicidad por parte de las empresas. Sin embargo, mientras que el consumo es la acción de utilizar y/o gastar un producto, un bien o un servicio para atender necesidades humanas, el consumismo es el exceso del consumo, incluso a veces sin tener una razón para realizarlo.

CAPITULO 4

ESTADO ACTUAL

Debido a los altos niveles de consumismo que la población actual efectúa en forma diaria, surgen muchos más casos en los que la gente por el solo hecho de adquirir lo que las publicidades nos ofrecen no constatan la veracidad de las mismas y mucho menos que realmente cumplan con lo que se ofrece, y ante estas situaciones es que nace la publicidad engañosa.

La publicidad engañosa es aquella que, en el afán de vender más, falsea o tergiversa información, promete cualidades improbables, pregona como únicas características del producto que en realidad comparte con todos los de su tipo, etc.

Debemos recordar que la publicidad siempre tiene una finalidad informativa, por más simplificada que sea esta: qué es el producto, cuáles son sus usos o ventajas, en qué beneficia al consumidor, etc. Muchas veces se quiere hacer ver que la publicidad sólo tiene como finalidad convencer al consumidor de comprar, pero sin tener en sí una finalidad informativa, y esto es erróneo. Con esta postura se quieren justificar las exageraciones o mentiras, alegando que como no es la información “adecuada y veraz” que el proveedor tiene el deber de proporcionar, no debe necesariamente ser cierta.

La información brindada en la publicidad es vinculante, pero la medida de esa obligatoriedad dependerá de la interpretación que se haga de ella. Es trabajo de los jueces tomar esa determinación, una vez que el caso se plantea en un juicio. La Ley de Defensa del Consumidor estipula que todo lo ofrecido publicitariamente es obligatorio para el proveedor, y forma parte del contrato con el consumidor.

El consumidor, ante el incumplimiento del contrato, tiene derecho a ejercer cualquiera de las opciones que la Ley de Defensa del Consumidor estipula en su favor en los artículos 10 bis y 19: devolver la cosa o pedir la disminución del precio (y eventualmente pedir una devolución parcial del monto desembolsado si ya pagó).

CAPITULO 5

PUBLICIDAD ENGAÑOSA EN ARGENTINA

La publicidad como actividad para informar no es buena o mala moralmente en sí misma, pero es cierto que persuade a mucha gente para que confíe en una empresa, sus productos o servicios. Avisos publicitarios de todo tipo informan una cosa, que luego resulta ser otra muy distinta. Allí los que caen en un juicio de valor ético por los mensajes que emiten son: los anunciantes, agencias de publicidad, medios de comunicación y también el público consumidor que con su compra avala los contenidos de las campañas publicitarias.

Se considera engañosa la publicidad que induce a error, silencie datos o afecte económicamente a los destinatarios, o perjudique a un competidor.

La Subsecretaría de Defensa al Consumidor dependiente del Ministerio de Economía y Producción de la Nación está sancionando actualmente a las empresas en Argentina a través de la Ley de Defensa del Consumidor 24.240 y Ley de Lealtad Comercial 22.802 por publicidad engañosa. Las causas más comunes que lideran las denuncias: son las de falta de información en los anuncios, limitaciones en las ofertas anunciadas y el tamaño de la letra muy pequeña utilizada en los anuncios.

Carteles, avisos, promociones de todo tipo informan una cosa, que luego resulta ser otra muy distinta. Por ejemplo, los cursos publicitados como carreras universitarias que duran sólo un año o carreras terciarias publicitadas como universitarias, menú turístico a un precio promocional que luego se le agrega un recargo por servicio de cubiertos, promociones en góndola de dos productos al precio de uno pero cuando se llega a la caja la oferta terminó, aires acondicionados en oferta que no están en stock, un banco que usa letra muy pequeña para informar recargos y comisiones, un locutor promociona a velocidad indescifrable un medicamento que se vende bajo receta, pelotas de cuero que son de plástico, lomitos que son cuadril, Internet rápida que no lo es tanto, plantillas que al caminar adelgazan, entre tantos otros casos.

La Asociación Consumidores Argentinos, analizó cien publicidades (gráficas, televisivas, radiales y de Internet) durante dos meses y detectó que el 55% no cumplía con los requisitos exigidos en la Ley de Lealtad Comercial. Falta de información clave, inexactitudes o mensajes ambiguos fueron las infracciones más frecuentes”

Al mismo tiempo, el Centro de Educación al Consumidor analizó, durante un periodo de tiempo de seis meses, la publicidad de institutos que ofrecen carreras terciarias. “Los expertos pusieron bajo la lupa 132 publicidades y detectaron que el 36% era engañosa [...] porque hay publicidades que no brindan información clara, precisa y veraz como indica la Ley de Defensa al Consumidor [...]”.

Por su parte, la Subsecretaría de Defensa al Consumidor dependiente del Ministerio de Economía de la Nación “duplicó en un año los sumarios y actas de infracción por publicidad engañosa. En lo que va del año se instruyeron 148 expedientes y hubo 45 sanciones”. Las causas más comunes que lideran las denuncias: son las de falta de información en los anuncios, limitaciones en las ofertas anunciadas y el tamaño de la letra muy pequeña utilizada en los anuncios.

Todo esto provoca en el consumidor una falta de credibilidad tanto en los productos como en los servicios y en las empresas, ocasiona cierto desgano y se va perdiendo «la fe» publicitaria, que se demuestra diariamente en datos que no se ven, no se leen, no se entienden, que los vendedores no explican y que repercute seriamente en la confianza hacia las empresas, hacia la publicidad y hacia los publicistas y comunicadores. Con esto no sólo está en riesgo la imagen de la compañía que anuncia sino también la imagen de quienes arman los avisos publicitarios y a través de los medios de comunicación en donde se pautan los anuncios.

CAPÍTULO 6

MARCO LEGAL:

Introducción: La regulación de la publicidad -y dentro de ella la engañosa- en Argentina, se encuentra inserta en múltiples disposiciones normativas, que se analizarán en el siguiente capítulo.

Ley de Defensa del consumidor; Ley de Lealtad Comercial; Ley de Defensa de la Competencia; Código Civil y Comercial; Ley de Publicidad con Fines Turísticos; Ley de Lucha Contra el Alcoholismo; Ley de Medios, son solo ejemplos de la dispersión jurídica existente en nuestro país en materia de publicidad.

Se intentará comparar la legislación nacional con el régimen legal de otros países de América y de Europa, para más adelante poder definir la eficacia de la primera y la conveniencia de una regulación específica, como existe en otras naciones.

Constitución Nacional: Relación de la publicidad engañosa con el derecho de información del art 42 C.N.

Como se viene mencionando, con la reforma de la Constitución Nacional de 1994 los derechos del consumidor pasan a tener jerarquía constitucional en el art. 42 que reza:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, 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 de usuarios.

La legislación establecerá 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.

Información resulta ser todo aquello que puede ser comunicable, por cualquier medio, sean hechos u opiniones. El término hechos se refiere a fenómenos objetivos, sin análisis de valor; opinión se refiere a un análisis subjetivo, sobre cualquier acontecimiento u opiniones de terceros, donde interviene el sujeto con su apreciación valorativa (Carranza Torres; Rossi, 2009).

El derecho a la información del consumidor es uno de los pilares más importantes para asegurar la vigencia del régimen protector, pues resulta un presupuesto necesario para resguardar la libre decisión del consumidor.

Lorenzetti (2009) explica que el derecho a ser informado se refiere a que el consumidor sea enterado de manera acabada y veraz de las características del bien o servicio que se le ofrece a fin de que pueda decidir en forma libre y razonada si adquirirá o no aquellos; es decir, que busca que el mismo preste un consentimiento informado.

En el art. 42 antes transcripto se reconoce al consumidor su derecho a una información adecuada y veraz. Esto se cumple si la que proporcionan las empresas respecto de sus productos o servicios, cumple con los caracteres de ser objetiva, detallada, suficiente y exacta, que brinde una idea acabada que impida confusiones. E implica también el control de parte del Estado para impedir los abusos de publicidad o propaganda.

El consumidor toma sus decisiones desde una asimetría informativa respecto del proveedor del bien o servicio. Por esta razón tiene derecho a una información adecuada y veraz; para contar con los datos necesarios para resguardar sus intereses económicos y tomar una decisión evaluando los datos que obtuvo.

La obligación de informar se incumple por parte del vendedor del producto o prestador del servicio, no sólo al omitir información, sino también cuando se da información de modo parcial, contradictorio o engañoso, o de cualquier otro idóneo para inducir a error a los potenciales interesados.

Una forma de engaño se constituye cuando existe contradicción en el mensaje respecto del producto que se ofrece, por ejemplo, cuando el nombre del producto hace pensar que su contenido es uno, mientras que en la descripción de sus componentes se declara otro. El derecho a la información, comprende tanto el contenido como el modo en que se proporciona, ya que la interpretación que se le dé a la información va a depender del contexto y de la persona que la recibe.

El acceso a la información es una herramienta importante para mejorar la transparencia en las transacciones comerciales. El deber de información disuade malas prácticas y motiva desempeños claros por parte de los proveedores. El consumidor al poder acceder a la información, puede comparar entre las diversas ofertas y así ejercer un control sobre las mismas.

Entender a la información como un derecho exigible sobre determinados datos de las relaciones de consumo, implica no sólo conferir la posibilidad al consumidor (individualmente o por intermedio de sus asociaciones) de poder exigirla jurídicamente, sino que tiene como necesario correlato el deber de informar de parte del proveedor (Carranza Torres y Rossi, 2009). Este deber de una información adecuada y veraz es exigible aun en el caso de que su inobservancia no haya causado un daño concreto al consumidor.

Esta obligación se debe cumplir en las diferentes fases de la contratación: en la etapa de promoción, se debe proteger al consumidor de la publicidad engañosa; al tiempo de celebrar el contrato debe conocer el contenido del negocio a celebrar y las condiciones de contratación; después de celebrar el contrato y durante la ejecución del mismo, el consumidor tiene derecho a un servicio postventa. De esta manera al momento de adquirir un bien o servicio el consumidor prestará un consentimiento informado.

El deber de información debe ser asumido además por los organismos representativos de los consumidores (asociaciones) y por el Estado (Nacional, Provinciales y Municipales), quien deberá brindar educación al consumidor y controlar la información que brindan los empresarios, a fin de evitar abusos y engaños.

El derecho a ser informado consagrado en el art. 42 se relaciona directamente con la publicidad, ya que es la manera en que el bien o servicio llega generalmente a conocimiento del consumidor para su adquisición. La finalidad del mensaje publicitario busca aumentar la propensión a la adquisición recurriendo muchas veces a técnicas de persuasión que confrontan con el derecho a la información por cuanto se efectúan afirmaciones en relación a los bienes o servicios que no siempre son reales o que pueden inducir a errores, falsas creencias o confusiones que perjudican al consumidor al momento de tomar la decisión de adquirir el bien o producto, ya que le impiden formarse una idea real de aquello que consume. Por lo tanto, el derecho del consumidor a ser informado adecuadamente tiene como corolario la prohibición del uso de publicidades engañosas o inexactas que generen que el mismo adquiera un producto o contrate un servicio formándose una opinión de ellos que no se condice con la realidad. Los engaños o deficiencias en la publicidad comprometen el goce de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Nacional.

Tratados internacionales: Convención Americana sobre Derechos Humanos y Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica establece en el art. 13.1 el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento y de expresión. “Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”. Si bien esta norma no protege directamente al consumidor, introduce el derecho de recibir información de toda índole, que no tenía reconocimiento expreso en la legislación de nuestro país.

Por otro lado, el Convenio de París para la protección de la Propiedad Industrial contiene el art. 10 bis que dice:

“1) Los países de la Unión se obligan a asegurar a los súbditos de la Unión una protección eficaz contra la competencia desleal.

2) Constituye un acto de competencia desleal todo acto de competencia contrarios a los usos honrados en materia industrial o comercial.

3) Principalmente deberán prohibirse:

1° Cualquier acto de tal naturaleza que cree una confusión, por cualquier medio que sea, con el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

2° Las alegaciones falsas, en el ejercicio del comercio, que tienden a desacreditar el establecimiento, los productos o la actividad industrial o comercial de un competidor;

3° Las indicaciones o alegaciones cuyo uso, en el ejercicio del comercio, sea susceptible de inducir al público a error sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de las mercancías.

Este artículo principalmente defiende los intereses de las empresas y busca que exista una competencia leal entre ellas; indirectamente, importa una protección a los consumidores ordenando la prohibición de afirmaciones que induzcan a error sobre los productos comercializados.

Ambos acuerdos internacionales aprobados por nuestro país tuvieron una importancia fundamental, ya que en ese entonces no existía otra legislación vigente que regule expresamente la información recibida al público por parte de los comerciantes.

Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y Usuario y sus modificatorias La Ley de Defensa del Consumidor es sancionada por el Congreso de la Nación el 22 de septiembre de 1993 con varios e importantes artículos vetados por el Poder Ejecutivo como se mencionó al describir el proceso de evolución de la protección del consumidor en Argentina.

Esta ley fue reglamentada en 1994 por el PEN mediante el decreto 1798/94 y modificada luego por las leyes 24.568, 24.787, 24.999, 26.361, 26.994, 27.250, 27.265 y 27.266.

La normativa de la LDC es de orden público. Esto quiere decir que, contra su incumplimiento, no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas o estipulaciones en contrario. Los derechos del consumidor consagrados en esta ley son irrenunciables.

La Ley 24.240 se integra con el Código Civil y Comercial y prevalece además sobre las regulaciones que pudieran contrariar sus disposiciones. El art. 3°, en su segundo párrafo establece:

“Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor.

Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

A un contrato de compraventa, por ejemplo, se le aplican normas del CCyC, pero si se trata de una compraventa de consumo, las normas de la LDC se integran al Código Civil y Comercial, y se aplicará aquella que sea más favorable para el consumidor, como dice el art. 3°. Por su parte, el proveedor puede estar alcanzado por otra norma, como por ejemplo la actividad de los bancos. Sin embargo, su relación con el consumidor se rige por la Ley de Defensa del Consumidor.

Ley N° 22.802 y resoluciones complementarias: La ley 22.802 de Lealtad Comercial, dictada en 1983, sienta en su exposición de motivos una pauta importante: mediante la inserción de normas referentes a la identificación de mercaderías y a la publicidad de

bienes y servicios, se pretende también proteger al consumidor. Esta ley, su reglamentación y las resoluciones complementarias revisten vital importancia para los consumidores, ya que sus normas se complementan con la Ley de Defensa del Consumidor.

Entre los objetivos fundamentales de esta ley se mencionan en la exposición de motivos los siguientes:

- regular jurídicamente la publicidad de servicios;
- establecer normas de procedimientos para el juzgamiento de las presuntas infracciones a la ley, y - delegar en las autoridades locales el control, vigilancia y juzgamiento de las mismas.

La lealtad comercial consiste en la conducta de las empresas productoras por la que los consumidores pueden disponer de toda la información necesaria para la toma de decisión de compra, relativa al origen, calidad, precio, y características de los productos que se ofrecen en el mercado, ya sea en sus envases, etiquetas o publicidad, procurando que esta información coincida con la realidad de los productos ofrecidos, sin inducir a error, engaño o confusión.

Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia: fue sancionada en 1999 y tiene por objetivo sancionar la afectación del interés económico general. El resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de los actos prohibidos por la ley, puede ser reclamado no sólo por los competidores lesionados, sino también por los consumidores perjudicados por la actuación de la empresa (Stiglitz, 1999).

El art. 1 de la Ley 25.156 expresa:

“Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma, manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general...”.

La publicidad comercial engañosa puede incluirse como un acto que distorsiona la competencia, si el acto engañoso afecta el interés general económico.

Resolución 7/2002 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor: establece el perfeccionamiento de los mecanismos que garantizan el derecho de los consumidores a recibir la más completa información acerca de los precios de los bienes y servicios que le son ofrecidos. Debido al surgimiento de nuevas modalidades comerciales de bienes y servicios, se hizo necesario puntualizar las formas y características en que se deben exhibir o publicar sus precios o tarifas.

El art. 1° de dicho cuerpo legal establece que quienes voluntariamente publiciten precios de bienes y servicios deberán hacerlo conforme a las disposiciones de la Resolución. Si bien los oferentes tienen la libertad de publicar la información que consideren relevante para sus objetivos, tienen la obligación de incluir los datos exigidos por las normas vigentes. De modo que la publicidad que no cumple con las previsiones

de esta norma, es engañosa y atenta contra la finalidad de la reglamentación, o sea, proteger al público consumidor permitiéndole la comparación de precios y productos en forma inmediata. Tratándose de la publicidad voluntaria de bienes y/o servicios dirigidos a potenciales consumidores, el oferente tiene el deber de ajustar dicha actividad a las exigencias y prescripciones establecidas por las normas que la rigen.

La comercialización de productos sin indicar el precio por unidad de medida, la existencia de productos ofrecidos como "Oferta" sin indicar su precio anterior y la no exhibición de listas de precio, entre otras conductas, conduce a que los clientes carezcan de información completa, sin poder evaluar y comparar el precio de los productos con el fin de elegir entre las opciones a su alcance. Quien comercializa un producto debe arbitrar los medios necesarios para que aquél se encuentre en las condiciones que por las normas vigentes se imponen para que resulten protegidos los consumidores. Como bien lo indica Surín (2003), la exhibición de precios facilita su comparación y genera una mayor transparencia a toda actividad comercial, tratándose de brindar mayor resguardo posible a los eventuales clientes.

De esta manera, la publicidad engañosa puede quedar configurada cuando el precio de la góndola o de un cartel o de una revista institucional no coincide con el cobrado en la caja del negocio o cuando se hace creer que un combo de productos es más económico que la compra por separado de cada uno de los elementos que lo componen.

Entre los aspectos más importantes que regula el Dec. 7/2002 se pueden destacar:

- Es obligatorio indicar el precio de los bienes en moneda de curso legal y forzoso en la Argentina (pesos), de contado efectivo y que corresponda al importe total a abonar. Se podrá indicar su precio en moneda extranjera con caracteres menos relevantes que los correspondientes a la indicación en pesos (Art. 2°). Si bien en ciertas prácticas comerciales pueden resultar frecuentes que los precios de bienes y servicios sean determinados en dólares estadounidenses, la norma de aplicación tiende a evitar que el potencial consumidor o usuario se vea obligado a realizar el cálculo de la cantidad de pesos que debe entregar efectivamente en concepto del producto publicitado, en garantía del derecho a una información adecuada, completa y veraz. Por ende, la infracción a esta norma no se configura por el hecho de consignar el precio en dólares, sino no por no incluir ese valor en la moneda de curso legal de la República Argentina (pesos);

- Quienes ofrezcan bienes o servicios con reducción de precio deberán consignar en forma clara el precio anterior del mismo junto con el precio rebajado (Art. 2°);

- Cuando los precios se exhiban financiados en los puntos de venta deberá indicarse el precio de contado, el anticipo si los hubiere, y la cantidad y monto de cada una de las cuotas. Cuando los precios financiados se den a publicidad por cualquier medio masivo de comunicación, deberá indicarse el precio de contado, el anticipo si los hubiere, la cantidad y monto de cada una de las cuotas, y el costo financiero total de cada alternativa de financiación que se publicite. No podrán incluir en sus anuncios, publicidades o mensajes, bajo cualquier forma de difusión (oral o escrita, radial, televisiva o por internet, entre otras) la frase "sin interés" (o cualquier otra similar), cuando el costo de financiación del producto o servicio sea trasladado total o parcialmente al precio de venta al

consumidor, entendiéndose por ello cuando el precio de contado sea inferior a la sumatoria del valor de las cuotas correspondientes al precio financiado (Art. 4°).

La publicidad que no indica el precio final financiado que efectivamente debe abonar el consumidor, el monto de las cuotas y la tasa de interés anual aplicable a las cuotas de financiación, ni aclara su no existencia, infringe las disposiciones del art. 4° de la res. 7/2002, resultando incompleta y engañosa no porque sea falsa o constituya una mentira, sino porque tiene la potencialidad de inducir al consumidor a error en la decisión que va a adoptar respecto de la adquisición del bien ofertado en el mercado afectando su libertad e intereses económicos y la transparencia de la contratación.

- La exhibición de los precios deberá efectuarse por unidad, en forma clara, visible, horizontal y legible. Cuando se realice mediante listas, éstas deberán exponerse en los lugares de acceso a la vista del público, y en los lugares de venta o atención a disposición del mismo (Art. 5°);

- Cuando se publiciten voluntariamente los precios de bienes o servicios, por cualquier medio de comunicación (radio, revistas, periódicos, televisión, internet u otros), deberá hacerse de conformidad a los arts. 2°, 3° y 4° de la resolución, debiendo especificar junto al bien publicitado: la marca, el modelo, tipo o medida y país de origen del bien. También deberá indicarse razón social del oferente y su domicilio en el país. La información deberá exhibirse en caracteres legibles, de buen realce, destaque y visibilidad; debiendo, para la indicación del país de origen, utilizarse caracteres de tamaño no inferior a los que se utilicen para colocar la denominación del producto y su marca (Art. 8°).

La cita del nombre comercial en el aviso publicitario no cumple con el requisito legal exigido de consignar la razón social del oferente y su domicilio en el país junto al bien publicado, pues no puede admitirse que el consumidor deba averiguar cuál es el domicilio del oferente.

No se requiere un daño concreto, pues las exigencias que deben cumplir quienes ofrecen públicamente bienes o servicios derivan del deber de tutelar el derecho constitucional de información de una masa heterogénea de consumidores y usuarios.

Resolución 789/98 de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería: de noviembre de 1998, complementaria de la ley 22.802, agrega requisitos a los que se deben ajustar quienes publiciten bienes y/o servicios por cualquier medio. Tiene como objetivo que la información obligatoria o necesaria para el consumidor, llegue a sus destinatarios en condiciones que posibiliten su apropiada percepción y comprensión.

El art. 2° de esta resolución indica toda publicidad de bienes y/o servicios difundida a través de medios gráficos, debe indicar la información exigidas por las normas legales vigentes, con caracteres tipográficos no inferiores a 2 mm de altura o, si ésta estuviera destinada a ser exhibida en la vía pública, el 2% de la altura de la pieza publicitaria. La misma debe tener un sentido de escritura idéntico y contraste de colores equivalente al de la mención del bien o servicio y tipo de letra fácilmente legible.

De la misma manera, el art. 3° impone para las publicidades difundidas a través de medios televisivos o cinematográficos, la obligación de indicar la información del producto

o servicio con caracteres tipográficos de altura igual o mayor al 2% de la pantalla utilizada en el respectivo mensaje publicitario. Los caracteres deben ser exhibidos con un tipo de letra fácilmente legible, un contraste de colores equivalente al de la mención del bien o servicio ofrecido y deben tener permanencia continuada en la pantalla no inferior a 3 segundos.

De esta manera, el consumidor podrá visualizar toda la información sin ocultamientos ni engaños. Las condiciones de la oferta que se detallan en letra pequeña al pie de los avisos publicitarios, forman parte de las características esenciales de los bienes y servicios, que deben ser suficientemente informados por los proveedores conforme la normativa vigente.

La circunstancia de que las limitaciones o condicionamientos de lo ofrecido, se informen en una letra de tamaño mucho menor a la utilizada para promocionar el producto o servicio, es una práctica que desalienta, dificulta, y en algunos casos, hasta impide a sus destinatarios advertir o comprender los verdaderos alcances de lo promocionado. Pero más importante resulta ser que esas características esenciales y condicionamientos –informados en letra pequeña- no contradigan o restrinjan de tal forma lo ofertado que terminen por desnaturalizar lo publicitado y ofrecido en el texto destacado y de mayor tamaño.

Código Civil y Comercial. El código civil y comercial, ha incorporado en la última reforma de 2014 pautas concretas sobre la publicidad y oferta de bienes y servicios, reflejando un criterio de equidad, con base en la opinión doctrinaria y jurisprudencial mayoritarias (Barbieri, 2013)

Art. 1101. Publicidad “Está prohibida toda publicidad que:

- a) Contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan a puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio;
- b) Efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor;
- c) Sea abusiva, discriminatoria o induzcan al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad”.

El concepto de publicidad engañosa receptado en este artículo constituye un supuesto en el cual el uso de informaciones inexactas pueda inducir a error al consumidor, por recaer sobre elementos esenciales del producto o servicio, llevándolo a concretar actos que le generen perjuicios.

Se puede comentar como crítica a este artículo, la omisión de definir e incluir en la prohibición ciertos tipos de publicidades, como la omisiva o la subliminal.

La publicidad comparativa se prohíbe en tanto conduzca a error al consumidor, como se describió al analizar los diversos tipos de publicidad engañosa. La publicidad que efectúa comparaciones, en tanto éstas no sean engañosas, puede beneficiarlo. La comparación adecuada implicaría ampliar la producción de información y brindarle mayores elementos al consumidor para que tome decisiones (Sigal, 2014).

El inc. c) describe dos tipos de publicidad abusiva: la publicidad discriminatoria, que es la que vulnera el derecho de igualdad constitucional. Ejemplos típicos son las publicidades que estereotipan al género femenino, que estigmatizan por condición social, etc.; y la publicidad que induzca al consumidor a comportarse en forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

CAPÍTULO 7

NORMATIVA COMPLEMENTARIA

Ley N° 26.104 de publicidad con fines turísticos. La ley 26.104, sancionada el 7 de junio de 2006, establece los requisitos que deben cumplir quienes publiciten con fines turísticos, utilizando imágenes que exhiban atractivos turísticos, por medios gráficos, televisivos o cinematográficos. Estos deben hacer constar la denominación del atractivo y de la localidad reproducida, seguida de la provincia a la que pertenece. Estos requisitos se aplican 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.

La información requerida en el art. 1°, para publicidades contenidas en medios gráficos, debe ser indicada con caracteres tipográficos no inferiores a 2 mm de altura o, si ésta estuviera destinada a ser exhibida en la vía pública, el 2% de la altura de la pieza publicitaria. La misma debe tener un sentido de escritura idéntico y contraste de colores equivalente al de la imagen reproducida, debiendo ser fácilmente legible. Lo mismo rige para las publicidades contenidas en medios electrónicos.

Respecto a las publicidades exhibidas a través de medios televisivos o cinematográficos, deben indicar la información con caracteres tipográficos de altura igual o mayor al 2% de la pantalla utilizada en el respectivo mensaje publicitario. Los caracteres deben ser fácilmente legibles y el contraste de colores debe ser equivalente al de la imagen reproducida y tendrán permanencia continuada en la pantalla ni inferior a 3 segundos.

Los que infrinjan lo dispuesto por esta ley, serán sancionados conforme a la Ley N° 22.802 de Lealtad Comercial.

Publicidad engañosa en el turismo: La Ley 26.104, junto a las demás disposiciones que regulan la información al consumidor y la publicidad engañosa, sirven para controlar la actividad de las empresas turísticas, que en el afán de vender viajes o excursiones, crean falsas expectativas en los futuros viajantes.

Los actos susceptibles de ser calificados como de publicidad engañosa en el ámbito del sector turístico resultan amplios y variados en la práctica. La publicidad engañosa puede producirse dentro de las estrategias generales de marketing y promoción de los destinos turísticos, servicios o instalaciones no sólo por parte de las empresas turísticas privadas sino de las administraciones o entidades públicas y sus organismos, particularmente las que tienen lugar a través de las páginas de internet o de las redes sociales. También resultan frecuentes en la práctica aquellos actos de publicidad engañosa que tienen su origen en la actividad desarrollada por los establecimientos hoteleros y en el transporte de turistas. Son cotidianas las sanciones a compañías aéreas como consecuencia de ello.

Ley N° 26.687 de regulación de la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco, sancionada el 1° de junio de 2011, regula la publicidad, promoción y consumo de productos elaborados con tabaco, y deroga el régimen de la ley 23.344 anteriormente vigente. Esta última ley prescribía la inclusión obligatoria de la leyenda “El fumar es perjudicial para la salud” en los envases en que se comercializaban productos elaborados con tabaco. También estipulaba una serie de limitaciones a la publicidad: no se podía practicar en publicaciones dirigidas a menores de edad; en escuelas, colegios, universidades, etc.; no se podía efectuar por figuras del mundo artístico cuyo público se constituyera preferentemente por menores de edad; se prohibía la participación en la publicidad de menores de edad; entre otras.

La ley 26.687, a diferencia de su antecesora, prevé en el art. 2° un conjunto de objetivos que sirven como instrumento de interpretación en caso de laguna u oscuridad de la norma y como medio para evaluar la eficacia de la norma para la concreción de fines (Ríos, 2012).

El objetivo principal que pretende alcanzarse es la prevención del daño que acarrea el consumo de cigarrillos.

Como lo señala Márquez (2005) la relación que vincula a fumadores y empresas proveedoras es una relación de consumo, resultando aplicables las normas previstas por la Ley de Defensa del Consumidor y modificatorias. Como se viene afirmando, a través de la información suministrada al consumidor, se procura minimizar riesgos y preservar la libertad de decisión del consumidor salvando la brecha de información. Si la instrucción, advertencia, prospecto o mensaje que acompaña al producto no es capaz de satisfacer ese objetivo, se configura el incumplimiento de la obligación. La ley 23.344 preveía la obligación de incorporar una leyenda estandarizada en cada etiqueta. La ley 26.687 prescribe en el art. 10 que los envases de los productos elaborados con tabaco tendrán una imagen y un mensaje sanitario, que será actualizado regularmente. Como ejemplos se pueden mencionar los siguientes mensajes: “Fumar causa cáncer”; “Fumar causa enfisema pulmonar”; “Fumar causa adicción”; “Fumar quita años de vida”; entre otros.

Ley N° 24.788 de lucha contra el alcoholismo., sancionada el 5 de marzo de 1997 y reglamentada recién en el año 2009, establece en su art. 6°: “Queda prohibida toda publicidad o incentivo de consumo de bebidas alcohólicas, que:

- a) Sea dirigida a menores de dieciocho (18) años;
- b) Utilicen en ella a menores de dieciocho (18) años bebiendo;
- c) Sugiera que el consumo de bebidas alcohólicas mejora el rendimiento físico o intelectual de las personas;
- d) Utilice el consumo de bebidas alcohólicas como estimulante de la sexualidad y/o de la violencia en cualquiera de sus manifestaciones;
- e) No incluya en letra y lugar visible las leyendas "Beber con moderación". "Prohibida su venta a menores de 18 años.

La violación a lo dispuesto por este artículo se sanciona con multa al anunciante y a la empresa publicitaria de \$5.000 a \$100.000.

La publicidad de bebidas alcohólicas en los medios de comunicación masiva (televisión, radio, gráficos, etc.) deberá incluir las leyendas “Beber con moderación” y “Prohibida su venta a menores de 18 años”. En medios audiovisuales las advertencias deberán estar sobreimpresas al pie de la imagen, de manera que permita su lectura por parte del público sin ningún esfuerzo, durante toda la emisión. Esta sobreimpresión podrá ser reemplazada por una imagen fija con las advertencias en letras blancas sobre fondo negro, que se emita durante un lapso no inferior a 5 segundos como finalización del aviso. Tratándose de publicidad gráfica, tanto en la vía pública como en periódicos, revistas e impresos en general, las leyendas deberán insertarse dentro del espacio destinado al aviso de publicidad, ocupando no menos del 3% de la superficie total del aviso o de la fracción del mismo destinada a publicitar bebidas alcohólicas cuando estén integradas en un aviso para distintos productos.

CAPÍTULO 8

CASOS SANCIONADOS

El ente de regulación de medicamentos y alimentos de los Estados Unidos FDA (Food & Drug Administration) exige a los laboratorios Bayer Pharmaceuticals como a Pfizer Inc. que sólo realicen promesas con evidencia sustancial en sus comerciales y avisos. El ente pidió a ambas compañías que retiren las campañas publicitarias de los medios, tanto el spot de televisión de Levitra como los tres avisos de direct mail. Bayer también cometió otra falta, al no transcribir las advertencias de efectos secundarios y otras informaciones del producto y en el caso de Pfizer, al ser la cuarta advertencia por el mismo tema, el laboratorio debe incluir en su respuesta un esquema de cómo planea hacer avisos veraces de ahora en adelante. Así aparece publicado en Adlatina: “Un comercial de un producto contra la disfunción eréctil – Levitra, de Bayer- y avisos de direct mail de un antialérgico – Zyrtec, de Pfizer- fueron prohibidos por la FDA [...]. En ambos casos, se objetan afirmaciones imposibles de comprobar de sus textos. A Pfizer, reincidente por cuarta vez, se lo intima, además, a responder en detalle qué hará para que sus anuncios sean, de ahora en adelante, veraces, no engañosos y completos.”

A nivel local, se pueden citar algunos casos sancionados en Argentina, como la denuncia presentada a Telecom Argentina a fines del 2004, por el Presidente de la Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur, Proconsumer, a partir de 24 denuncias de usuarios, en donde se solicita una investigación ante la publicidad gráfica masiva en diarios, emitida en octubre del mismo año, de su servicio ADSL, referido a las rápidas conexiones a Internet. A los 10 días del petitorio, la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires intimó al cese de la promoción aludida y se sancionó a la empresa responsable de la situación irregular denunciada. (Denuncia presentada el 08/11/04 contra ARNET/Telecom Argentina por Ricardo Leandro Nasio, abogado y presidente de PROCONSUMER.

El aviso de Telecom anunciaba: “Duplicamos la velocidad de banda ancha”, aparentemente en forma gratuita y obligatoria, sin consentimiento ni aceptación alguna por parte de los mismos. Una semana después los usuarios del servicio en la página web de la empresa (Vínculo o link denominado “Volumen de tráfico” en página web de Telecom Argentina: [http:// www.telecom.com.ar.ar/adsl/](http://www.telecom.com.ar.ar/adsl/)). Este vínculo fue dado de baja o modificado, aparentemente, a partir de la imputación efectuada a la empresa, el sitio fue visitado el 23/07/05) se encontraron con la desagradable sorpresa que a partir del 2005 sus clientes tendrían limitada la bajada de información en forma de datos de Internet. Pasado los límites en la cantidad de datos que una persona en forma regular baja de Internet, se le cobraría un precio adicional establecido por la prestataria. Evidentemente, el objeto de esta desleal estrategia de marketing y de comunicación era ganar más dinero al tener cautivo al usuario.

Estas claras conductas infractoras están amparadas por las disposiciones contenidas en los arts. 7° y 8° de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor: “Obliga a quien realice una oferta a indicar la fecha precisa de comienzo y de finalización, así también como sus modalidades, condiciones o limitaciones y establece que las

precisiones formuladas en la publicidad o en cualquier medio de difusión obligan al oferente y se consideran incluidas en el contrato” y el art. 9º de la Ley 22.802 de Lealtad Comercial: “Queda prohibida la realización de cualquier clase de presentación, de publicidad o propaganda que mediante inexactitudes u ocultamientos pueda inducir a error o engaño o confusión respecto de las características o propiedades, naturaleza, origen, calidad, pureza, mezcla, cantidad, uso, precio, condiciones de comercialización o técnicas de producción de bienes muebles, inmuebles o servicios.

Mediante esta prohibición se intenta evitar que el consumidor pueda ser inducido a adquirir un producto o contratar un servicio diferente del promocionado. Pero en estos momentos de gran tensión en la publicidad, se debe hacer una tarea de esclarecimiento. Ya se sabe que no todas las empresas se equivocan y que no todas lo hacen de la misma manera y que las generalizaciones suelen agravar a buenos y malos sin distinción. Solamente el sentido de responsabilidad personal y empresario pondrá a buen recaudo el sistema, siempre que se repriman los deslices.

El objetivo de los mensajes publicitarios es asegurar cambiar la vida de la gente que se preste a ser convencida por ella, lo cual le da un papel de seductora todopoderosa. Luis Melnik lo expresa diciendo: “Cuando una actividad se plantea semejante objetivo, tiene que necesariamente que sentirse poderosa y genial”. Y sigue diciendo: “Como la gente tiene tendencia a creer o dejarse seducir por esos mensajes, los críticos más severos de la publicidad y el sistema que ella representa no pueden menos que apuntarle al entrecejo y declararla pernicioso, mortal, símbolo de todos los males de nuestro tiempo y poderosa por encima de sectas, sindicatos, universidades y políticos, aunque todos los nombrados (y muchos no nombrados), también prometen mejorar las vidas”. Pero esta lucha, tan antigua como la publicidad misma, es encontrar el equilibrio publicitario justo está en: “cómo producir imágenes favorables sin mentir o cómo decir la necesaria verdad sin falsear la imagen buscada. Llegó así a ser más importante la imagen que la verdad y ciertas formas de negar la verdad sin mentir. El 5 de noviembre de 2021 la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial condenó a Almundo.com por publicidad engañosa y revocó así la sentencia de primera instancia (“Almundo”).

En los autos caratulados “B, M. L. c/ Almundo.com S.R.L. sobre Ordinario” (Expte. 2810/2018) la actora interpuso demanda por considerar que la conducta de Almundo había sido engañosa y, por ende, contraria a la Ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240 y la entonces vigente Ley de Lealtad Comercial.

En resumidas cuentas, la actora describió los siguientes hechos:

El 27 de noviembre de 2017, mientras navegaba por Facebook, recibió un anuncio publicitario que decía “¡Vola al mundo con Cyber Monday! ¡SÓLO POR HOY! El pasaje que querías para Londres está por solo \$17.686”. Dicho anuncio no especificaba ni fecha, ni horario, aerolíneas, stock ni otras condiciones como la clase del pasaje. Consecuentemente, la actora comprendió que podía elegir cualquier pasaje a Londres por \$17.686. Dado que tenía un casamiento en Londres en julio de 2018, la oferta la interpeló. No obstante, al hacer click fue redirigida al sitio web de Almundo donde al seleccionar la opción de pasaje para dos personas el precio ascendía a \$297.693,5 por persona. Consecuentemente, se vio obligada a dejar el pasaje seleccionado por otro más

económico, aunque el precio de cada pasaje ascendía a \$31.089, duplicando el precio inicialmente publicitado

El 1 de diciembre de 2017, nuevamente navegando por Facebook, encontró una publicidad que decía “¡SÓLO POR HOY! El pasaje que querías para Miami está por solo \$2.318. Atrapa esta oferta y aprovecha la mejor financiación para tus vacaciones en serio”. Nuevamente al hacer click se la redirigió al sitio web de Almundo donde observó un sinsentido: que el vuelo publicitado a ella, que vivía en Buenos Aires, salía desde Nueva York.

El 2 de diciembre de 2017, nuevamente recibió al navegar por Facebook un anuncio publicitando un vuelo a Barcelona. Al hacer click se la redirigió al sitio de Almundo donde pudo observar que el vuelo partía desde Roma.

Tras rechazarse su demanda, la actora interpuso recurso de apelación y reclamó que en ninguna de las tres publicaciones se le dio información clara, detallada, adecuada y veraz. Asimismo, argumentó que la demandada actuó en forma dolosa toda vez que omitió información en las publicidades para llamar la atención del consumidor y lograr mayor tráfico en su sitio web.

De esta forma, la Cámara se encuentra en el deber de dilucidar si las condiciones publicitadas en los anuncios fueron cumplidas por la demandada, y si contienen indicaciones falsas o que induzcan a error a los consumidores.

En primer lugar, los jueces de Cámara sostuvieron que, de hecho, la actora era una “consumidora potencial” ya que había estado expuesta a la práctica comercial de recibir publicidades donde la demandada ofrecía sus productos. Ergo, argumentaron que la carga probatoria pesaba sobre la demandada, quien estaba en mejores condiciones de aportar las pruebas y proveer las publicidades denunciadas.

Luego analizaron las publicidades y los derechos de los oferentes y los consumidores. En este sentido, se explicó que toda publicidad se forma de una parte objetiva (información) y una subjetiva (lo que decora) pero que ambas partes buscan persuadir al consumidor para que adquiera un producto.

CAPÍTULO 9

RESPONSABILIDAD CIVIL POR PUBLICIDAD ENGAÑOSA

La salud y seguridad de los individuos puede tener perjuicios aun no conteniendo vicios los productos adquiridos, ya que manejo se torna peligroso cuando el empresario no respeta las normas establecidas para la promoción de su producto o servicio.

Los mensajes carentes de comunicaciones esenciales, o con comunicaciones falsas o inexactas, llevan a un consumo diferente del que hubiera resultado de mediar la información debida. Así, los intereses del consumidor devienen burlados, frustrándose sus expectativas, por los anuncios engañosos y desleales, que inciden sobre una adquisición motivada por la falsa representación lograda en el destinatario.

Responsabilidad en las relaciones de consumo. Características Si de la falta de debida información resulta un daño para el consumidor o usuario, o un menoscabo de lo que razonablemente esperaba de la cosa o prestación, habrá de generar la correspondiente responsabilidad de aquel (Farina, 2004).

Como lo explica Shina (2016) en el derecho del consumidor, un contrato firmado entre un proveedor y un consumidor vincula a muchos otros sujetos que no aparecen directamente involucrados en ese contrato. Por ejemplo, el fabricante, el distribuidor y el importador de la cosa. Además, a partir de la incorporación como consumidor directo del sujeto “expuesto a la relación de consumo” (conf., art. 1º, LDC), no es necesaria la existencia de un contrato para que un sujeto tenga los amparos previstos en la ley de defensa del consumidor.

No solamente es posible imponerle los efectos de un contrato a quien no fue parte, sino que también se puede demandar al proveedor sin ser ni usuario ni consumidor directo de un bien o servicio.

La ley de defensa del consumidor crea un sistema de responsabilidad autónomo, donde no admite diferencias entre la responsabilidad contractual y extracontractual. Si existe una relación de consumo se aplicarán todos los principios y las normas contenidas en la ley.

En la gran mayoría de los casos las obligaciones que asume el proveedor frente al usuario o consumidor son de resultado y si ese resultado no se concreta, se enciende automáticamente su responsabilidad. Pero el proveedor no solamente se obliga a cumplir un resultado, sino también a satisfacer las expectativas de ese resultado. Porque ellas fueron alentadas desde publicidades que, conforme lo establece en los arts. 7º y 8º de la LDC, integran la oferta contractual y son de cumplimiento obligatorio. El proveedor responde entonces por la concreción de un resultado (aspecto objetivo) y también por las expectativas que las publicidades crearon en la conciencia de los usuarios (aspecto subjetivo).

La ley 24.240 contempla la figura de los daños punitivos en el art. 52 bis. Esta indemnización agravada es escasamente aplicada en Argentina. Las pocas veces que se aplicaron, sus montos fueron tan reducidos que no cumplieron su finalidad disuasiva.

El art. 40 bis de la LDC contempla que la autoridad de aplicación fije una pequeña recompensa a favor de los consumidores que tramitan reclamos en la sede administrativa. Al igual que el daño punitivo, ha generado pocas resoluciones a favor de los consumidores, pero no deja de ser su incorporación algo positivo.

Jurisprudencia

Caso “M.M y otro c/ Carrefour Argentina S. A”.

Con fecha 30 de agosto de 2007, la Cámara Nacional en lo Civil, Sala F, en autos “M.M. y otro c/ Carrefour Argentina S.A.”, condenó a la empresa Carrefour Argentina S.A., a pagarle al consumidor, una suma de dinero en concepto de indemnización por la lesión sufrida en sus legítimas expectativas, las cuales fueron originadas en una oferta realizada por el hipermercado, utilizando publicidad engañosa. La empresa presentó una promoción que consistía en la posibilidad de adquirir ciertos productos, y por ese hecho participar de un sorteo con diferentes premios. Por cada \$5 invertidos en aquellos productos, se obtenía un cupón para participar en un concurso, donde el premio más importante consistía en 160 viajes a Walt Disney World en Orlando, Florida.

El menor de edad, A.F.G., junto a su padre M.M., adquirieron los productos identificados con la silueta de Mickey Mouse, para obtener los cupones para participar del sorteo. Llenaron los cupones a nombre del menor, que era el interesado en el premio. El día 14/05/2001, se comunicaron desde Carrefour con el actor, a efectos de comunicarle que era beneficiario de uno de los viajes a Disney promocionados. Sin embargo, al consultarle la edad del beneficiario del cupón, le comunicaron que no podía ser acreedor por ser menor de edad. Sin embargo, no se encontraba establecido claramente que debían abstenerse de participar los menores de edad.

La Cámara entendió que lo relevante era determinar si las bases y condiciones habían sido debidamente publicadas y podían ser visualizadas fácilmente por los clientes que concurrieron a los locales de la demandada, toda vez que, así como los productos que participaban de la promoción estaban individualizados por la silueta del ratón Mickey, para llamar la atención de los menores, de ese mismo modo deberían haber estado publicadas las bases y condiciones. Destacaron la evidencia de que la publicidad se hallaba dirigida a los niños, y que, llevaba a colegir que eran destinatarios del premio.

También consideraron procedente la indemnización por daño moral, al verse frustradas las expectativas del niño.

CAPÍTULO 10

SANCIONES PARA LOS INFRACTORES

Antes de desarrollar las sanciones para los infractores, se recuerda el contenido de los arts. 7° y 8° de la LDC. El último establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios se tienen incluidas en el contrato y obligan al oferente. Es decir, en los contratos de consumo, la publicidad constituye la oferta y el contenido de ella se debe tener por incluida en los mismos. El art. 7° indica que 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 finalización, así como también sus modalidades, condiciones o limitaciones. La no efectivización de la oferta será considerada negativa o restricción injustificada de venta, pasible de las sanciones previstas en el art. 47 de la LDC.

El art. 10 bis de la Ley de Defensa del Consumidor establece: “El incumplimiento de la oferta o del contrato por el proveedor, salvo caso fortuito o fuerza mayor, faculta al consumidor, a su libre elección a:

- a) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación, siempre que ello fuera posible;
- b) Aceptar otro producto o prestación de servicio equivalente;
- c) Rescindir el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, sin perjuicio de los efectos producidos, considerando la integridad del contrato.

Todo ello sin perjuicio de las acciones de daños y perjuicios que correspondan”.

Por otra parte, el artículo 37 de la misma ley reza sobre las cláusulas ineficaces:

“Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

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

Las violaciones a los deberes de informar y de obrar con buena fe y con lealtad comercial, vician de nulidad el contrato de conformidad con la previsión del art. 37 LDC, último párrafo, lo que genera el deber de las partes de restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

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

El art. 37 LDC establece un sistema abierto de cláusulas facilitando la discrecionalidad judicial y una mayor amplitud en cuanto a su aplicación ya que resulta adaptable a distintas formulaciones.

La ley contempla cuatro supuestos que pueden generar la nulidad del contrato o de algunas de sus cláusulas. Las cláusulas pueden no ser abusivas conforme el artículo 37 primera parte o sus normas reglamentarias, pero sí tornarse nulas ellas o el contrato íntegro, en virtud de la falta de cumplimiento del deber de buena fe, de la falta de información, o de la legislación de defensa de la competencia o lealtad comercial. Debe mediar una declaración de nulidad de la norma contractual que hasta ese momento existía en el mundo jurídico, aunque viciada.

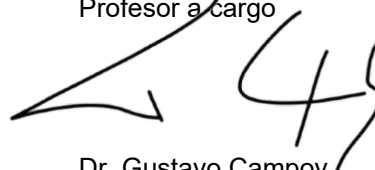
El consumidor puede exigir el cumplimiento forzado del contrato, si ello fuese posible. Aquí se puede recordar el fallo "Gastaldi, Miguel Antonio Contra Amx Argentina, SA Sobre Incumplimiento Contractual", donde se condenó a la demandada a entregar un Mini Cooper 0 Km. al actor por incurrir en publicidad engañosa a través de un concurso por SMS, donde se participaba por un premio consistente en el automóvil 0 km.

Otra opción que tiene el consumidor o usuario es aceptar otro producto o servicio equivalente.

BIBLIOGRAFIA:

- Cohen Sabban, Judith. (16/07/2010). "Publicidad engañosa". Diario judicial. Recuperado el 20/05/2016 de <http://www.diariojudicial.com/nota/20743>.
- Gómez Calle Esther. (1995). "Los deberes precontractuales de información". Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley.
- Infobae Profesional (2013). "Buscan por ley castigar a las telefónicas que envíen SMS con publicidades engañosas o falsas. Rescatado de http://www.iprofesional.com/notas/162691-Ahora-buscan-por-ley-castigar-a-las-telefonicas-que-envien-SMS-con-publicidades-falsas-o-enganosas?page_y=4543 el 02/01/2018.
- Kemelmajer de Carlucci, Aída (dir.) - Bueres, Alberto J. (dir.) (1997). "Responsabilidad por daños en el tercer milenio (Homenaje a Atilio A. Alterini)". Buenos Aires, Argentina. Editorial LexisNexis – Abeledo – Perrot.
- Lorenzetti, Ricardo L. (2009). "Consumidores", 2ª Edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Rubinzal Culzoni.
- Lorenzetti, Ricardo L. "Tratado de los Contratos", Tomo III (2000). Buenos Aires, Argentina. Ed. Rubinzal Culzoni Editores.

La presente monografía está aprobada. Calificación: 10 (diez). Mendoza, 7 de noviembre de 2024.

Profesor a cargo

Dr. Gustavo Campoy